

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği  
© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

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

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

## Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Hüseyin Özbek

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

## Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD  
Araştırma Görevlisi

## Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

## Danışma Kurulu / Board of Advisors\*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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

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

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

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

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

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

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

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 105 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 03. 09. 2019

# 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 kelimeleri; 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 içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** 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 elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.  
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.  
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.  
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına 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 telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.





# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## 7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 13 Ahmet EKİNCİ

Latin Amerika Ülkelerinde Başkanın Sorumluluğunu İşletmek İçin Parlamentoların Kullandığı Araçlar / Tools Used by the Parliaments in Order to Operate the President's Responsibility in Latin American Countries

#### 59 Hakan KIZILARSLAN

Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi / Decisions for the Resolution of the Investigations (Dris) and Scrutiny for the Decisions Through the Criminal Reasoning Systematic

#### 105 Batuhan AKTAŞ / Serkan SEYHAN

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme / A Study on the Definition of the Competence of Administrative Jurisdiction in the Light of the Decisions of the Court of Jurisdictional Disputes

#### 173 Orhan EROĞLU

İflâsta Sıra Cetveline İtiraz Davası (İflâsta Kayıt Kabul Davası) / Object to the Table For Ranking of Creditors Case in Bankruptcy (Registration Acceptance Case in Bankruptcy)

#### 213 Aziz Erman BAYRAM

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi / Evaluation of the Decision of the Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers Dated 25.10.2018, Numbered 2017/2-1891, 2018/1577 Regarding Temporary Alimony

#### 249 Eda ŞAHİN

Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları / Terms and Consequences of Declaration of Absence Regarding Inheritance Law

**277 Şebnem AKİPEK ÖCAL / Levent ÖCAL**

Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi / Legal Characteristic and Evaluation of Pre-Paid Housing Contracts

**299 Onur SARI**

Türkpatent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi /Legal Assessment of Obtaining Patent Process through the Turkish Patent and Trademark Office

**355 Atiye B. UYGUR**

Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi / Evaluation of Physician's Defect

**MAKALELER / ARTICLES**

**383 Hakan PEKCANITEZ**

Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi

# başkan'dan

**Sayın Cumhurbaşkanım,**

**Sayın Dinleyenler,**

Yeni adli yılın tartışmaların değil, barış ve huzurun müjdecisi olmasını diliyorum. Umut ederim adli yıl; ÷lkemize, milletimize, avukat, hâkim, savcı tüm meslektaşlarımıza ve adliye çalışanlarına adalet ve mutluluk getirir.

Mesleğini icra ederken şehit olan meslektaşlarıma, Vatan mücadelesinde şehit olan tüm güvenlik güçlerimize, terör eylemlerinde kaybettiğimiz vatandaşlarımıza Allah'tan rahmet diliyorum. Ruhları şad olsun.

Bu sene, 19 Mayıs 1919'un 100. yılını gururla idrak ediyoruz. Samsun'a çıktığında *"elimizde hiçbir kuvvet yoktu, yalnız Türk Milleti'nin asaletinden doğan ve benim vücudumu dolduran yüksek ve manevi kuvvet vardı. İşte ben bu milli kuvvete, Türk Milleti'ne güvenerek işe başladım"* diyen Gazi Mustafa Kemal Atatürk başta olmak üzere, kurtuluşa ve kuruluşu kanıyla, canıyla, mücadelesiyle ortak olmuş herkese saygı ve şükranlarımızı bir kez daha ifade ediyorum. Hepsinin ruhları şad olsun.

O günlerden bugünlere uzanan bir ses duyuyorum. Diyor ki; "Ey Türk Gençliği! Birinci vazifen, Türk istiklalini, Türk Cumhuriyetini ilelebet muhafaza ve müdafaa etmektir. Mevcudiyetinin ve istikbalinin yegâne temeli budur. Bu temel senin en kıymetli hazinendir." İşte bizlere görevimizi hatırlatan bu ses, bizim her daim yüreğimizdedir. Bizim için vatan söz konusu ise, gerisi teferruattır.

\*\*\*



Bugün buradayız.

Çünkü;

Vatandaşlarımızın yargıya ilişkin sorunları ve bizlerden beklentileri vardır.

Avukatların yargıya ilişkin sorunları ve bizlerden beklentileri vardır.

Bu sorun ve beklentiler birbirinden farklı ve bağımsız değildir.

Avukatın sorunu, vatandaşın sorunudur. Çözümler de ortaktır.

\*\*\*

Burada bunlardan bazılarına değineceğim. Sayın Cumhurbaşkanımızın ve Sayın Adalet Bakanımızın yadsınamaz destekleriyle, ilgili her kesimin katkılarıyla hazırlanmış olan Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde sorunlarımızın önemli bir kısmının çözümüne yer verilmiştir. Ben de bu sorunların bazılarını çözümleriyle birlikte ortaya koyacağım.

Ancak bundan önce şu hususları vurgulamakta fayda görüyorum:

- Türkiye Barolar Birliği hiçbir siyasi partinin muhalifi veya destekçisi değildir. Yargı Erki'nin üç eşit kurucu unsurundan savunmayı temsil eder.
  - Yargı Reformu Strateji Belgesi, Türkiye Barolar Birliği'nin etkin katılımıyla hazırlanmıştır.
  - Reform paketleri süratle çıkarılmalı ve hızla uygulamaya geçirilmelidir.
1. Ülkemizin kanayan yarası, biz avukatların da hedefi olduğumuz toplumsal şiddetle ve kadına - çocuğa karşı şiddetle hep birlikte mücadele etmek zorundayız. Amacımız o ilk tokat, o ilk şiddet eyleminden itibaren mağdurun yanında onu sarıp sarmalayacak bir avukatın bulunmasının sağlanmasıdır. Bu konu partiler üstüdür. Milli bir meseledir. Hiç kimse ve hiçbir kurum kendi başına yeterli değildir. Herkes ve her kurum üzerine düşeni yaparsa çözüm olacaktır.

2. Hukuk alanındaki mesleklere giriş sınavı bir an önce getirilmelidir. Bilgiyi ölçen, zor bir sınav olmalıdır. Böylece hukuk fakültelerinin eğitim öğretim seviyelerini çağın gereklerine uygun hale getirmeleri sağlanacaktır.
3. Yeni hukuk fakültesi açılmasına, mevcutlar arzu edilen seviyeye gelinceye kadar son verilmelidir.
4. Hâkim ve savcı yardımcılığı müessesesi getirilmelidir. Türkiye'nin son dönem gerçeği olan iki üç yıl kıdemli, yani tecrübesiz hâkim ve savcılarla adalet dağıtılmasında büyük sorun vardır. Bu müesese bu sorunu çözecektir.
5. Hâkim ve savcı adayları dahil olmak üzere kamuya personel alımlarında mülakat uygulamasına bir disiplin getirilmelidir. Örneğin 500 kişinin alınacağı bir pozisyona, yazılıyı geçen 3000 kişi çağrılmamalı, yazılı sınav anlamsız kılınmamalıdır. Kadroya alınacak kişi sayısının yüzde on veya on beş fazlası, yazılı puanlarına göre mülakata davet edilmelidir. Mülakatlar kamera kaydına alınmalıdır. İlgili kamu kurumunun web sitesinde isim isim yayınlanarak şeffaflık sağlanmalıdır. Böylece yargı denetimi fiilen mümkün kılınmalıdır.
6. Bugün verilen hükümlerin yaklaşık yüzde doksanı istinaf aşamasında kesinleşmektedir. İstinaf mahkemelerinin kararlarının daha büyük bir yüzdesi Yargıtay denetimine açılmalıdır. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi özelliği güçlendirilmelidir. Düşünce özgürlüğünü ilgilendiren her suç tipi mutlaka Yargıtay'ın denetiminden geçmelidir.
7. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulardaki ilke kararlarına uygun kararlar vermek, hakimlerin yükselmelerinde en önemli ölçüt haline getirilmelidir.
8. Tutuklama tedbirinin peşin ceza gibi uygulanmasına sebebiyet veren katalog suçlar kanundan çıkarılmalıdır.
9. Vatandaşlarımızın üzerindeki avukatlık hizmetinden kaynaklanan KDV yükü azaltılmalıdır. Kararname konusudur. Hızlıca çözülebilir.

10. Kamuda çalışan avukatların özlük hakları sorunu ve bu çerçevede ek gösterge sorunu artık çözülmelidir.
11. Stajyer avukatlara, avukat yanında ücretli ve sigortalı çalışma imkânı getirilmelidir. Staj kredilerinin ödenmesi işe girişten sonraki sene başlamalı ve vadeleri de uzatılmalıdır.
12. Uyuşmazlıkların doğmadan önlenmesini hedefleyen koruyucu avukatlık uygulamaları geliştirilmelidir. Belirli miktarın üzerindeki sözleşmeler ile gayrimenkullün aynına ilişkin sözleşmelerin avukatlar eliyle yapılması, belirli davaların avukatlar eliyle takip edilmesi zorunluluğu getirilmelidir.
13. İş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculukta işçinin yanında avukatı olmadan müzakereye katılmasını adalet ve sosyal devlet ilkesi karşısında yanlış buluyoruz. Talep eden her işçiye maddi durum araştırması yapılmaksızın baro tarafından avukat görevlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Görevlendirilecek avukatların müzakere yöntemleri, iletişim becerileri ve işçi alacağının hesaplanması konularında meslek içi eğitim almalarını sağlamaya hazırız. Bu konuda bir düzenleme ve adli yardım fonunun desteklenmesini bekliyoruz.

\*\*\*

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Yargı Reformu Strateji belgesi, doğru bir belgedir.

Kalıcı çözümlere odaklanmıştır.

Adalet Bakanlığının çatısı altında mümkün olan en çoğulcu katılımcı anlayışla hazırlanmıştır.

Paketler halinde kanunlaşacaktır.

Katkıda bulunan ve bulunacak, her kurumdan ve her seviyeden herkes Türkiye için doğru bir iş yapmıştır. Teşekkür ediyoruz.

82 milyon vatandaşımızın kucaklaşacağı zemin, güven veren ve erişilebilir yargıdır. Milli birlik ve beraberlik, sadece ve sadece güvenilir bir yargı varsa mümkün olabilir.

Her vatandaşımızın kendini Türk Milleti'nin asli ferdi olarak bilmesi, hissetmesi ve bu hissi evlatlarına geçirmesi, güvenilir bir adalet hizmetiyle mümkün olacaktır. Bir anne ve baba, ülkesinin yargısına güven duyarsa, evlatlarının geleceğine güven duyar. Bu güven duygusu, millet olma bilincinin en etkili unsurudur.

Yerli ve yabancı yatırımcıların da Türkiye'ye gönül rahatlığıyla yatırım yapmalarını sağlayacak en etkili teşvik, güven veren bir adalet sistemini kurmamız olacaktır. Böyle bir adalet sistemi, daha çok fabrika, daha çok turizm yatırımı, daha çok iş ve istihdam, daha bol refah ve refahın adil dağılımı demektir.

Türkiye'ye yönelik çeşitli algı operasyonlarının yürütüldüğü ve bunların hedefi malumumuzdur. Yabancı kamuoylarının ülkemize karşı olumsuz etkilenmesini önleyecek en etkili çare, hukuk devletinin taşıyıcı kurumlarını güçlendirmektir. Yargı Reformu Strateji Belgesi bu sebeple de önemlidir. Hayata geçirilmelidir. Eksiklikleri de süreç içerisinde giderilmelidir.

Meclisimiz açılır açılmaz bir an önce ilk paketi kanunlaştırmalıdır. Pek çoğu buldukları yerde kanaat önderi olan, müvekkil çevrelerini dikkate aldığımızda milyonlarca vatandaşımızla etkileşim içinde bulunan 125.000 avukat meslektaşımızın beklentisi budur. Vatandaşlarımızın beklentisi budur.

\*\*\*

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Ülkemiz 15 Temmuz darbe girişimi ile iç savaşa sürüklenmek istenmiştir. Milletçe tek yumruk olarak bunu önledik. Bir daha böyle bir felaketle karşılaşmamak için demokratik kurumlarımızı ve hukuk devletinin taşıyıcı sütunlarını güçlendirmek zorundayız. Türkiye'nin normalleşme sürecinde Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun yapısının kuvvetler ayrılığını tam olarak sağlayacak şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde uzlaşma ile yeniden düzenlenmesini öneriyoruz.

Tartışmaya açmak istediğimiz önerimiz şudur: Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin yarısını TBMM'nin örneğin 3/5 gibi nitelikli

bir oyla, dolayısıyla yüksek bir uzlaşmayla belirlemesi. Bu durumda uzlaşma kaçınılmaz olarak liyakat temelli olacaktır. Kalan üyelerin de Yargıtay ve Danıştay genel kurullarında yine nitelikli oyla belirlenmesi. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'na da aynı şekilde belli sayıda üye seçme yetkisi verilmesi. Elbette önerimizi tüm yönleriyle tartışmaya hazırız. Çünkü Türkiye'nin ortak akla konuşarak ve tartışarak ulaşabileceğini biliyoruz.

\*\*\*

**Sayın Cumhurbaşkanım,**

**Değerli Dinleyenler,**

Sorunların her birinin çözümü vardır.

İstek olursa, çözüm bulunur.

Kararlılık olursa, sorunlar çözülür.

Çıkış yolumuz, Anayasamızın 2. maddesinde tanımlanan Cumhuriyetin kuruluş felsefesine sınıksız sarılmaktır.

Türkiye'nin hukuk devletini ve demokrasiyi eksiksiz inşa edeceğine dair inancımız sonsuzdur.

En derin saygılarımla.

**Av. Metin FEYZİOĞLU**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

# LATİN AMERİKA ÜLKELERİNDE BAŞKANIN SORUMLULUĞUNU İŞLETMEK İÇİN PARLAMENTOLARIN KULLANDIĞI ARAÇLAR\*

## TOOLS USED BY THE PARLIAMENTS IN ORDER TO OPERATE THE PRESIDENT'S RESPONSIBILITY IN LATIN AMERICAN COUNTRIES

Ahmet EKİNCİ\*\*

**Özet:** Bu çalışmanın amacı, Latin Amerika ülke uygulamaları kapsamında başkanın siyasal sorumluluğunu incelemektir. Başkanın halk tarafından seçildiği siyasal sistemlerde, başkanın görev süresi sabittir. Çünkü başkanın parlamento tarafından güvensizlik oyları ile görevden alınması mümkün değildir. Kural olarak bunun tek istisnası impeachmenttir. Bununla birlikte, Latin Amerika ülkeleri incelendiğinde farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Şayet başkan halk desteğine sahip değilse ve parlamentoda kendisini istikrarlı bir şekilde destekleyen bir çoğunluk yoksa başkanın görev süresini tamamlaması sanıldığı kadar kolay olmamaktadır. Parlamentonun başkanın görev süresi dolmadan görevini sona erdirmesinin impeachment dışında iki yolu daha vardır. Bunlar başkanı istifaya zorlamak ve başkanlık makamında daimi boşalma olduğunu ilan etmektir. Bu iki yöntem, daha ziyade, parlamentoda başkana muhalif olan partilerin impeachment için gerekli olan anayasal şartları sağlayamadığı durumlarda gündeme gelmektedir. Başkanın fiziksel ve/veya zihinsel yetersizliği dolayısıyla başkanlık makamında boşalma olduğunu karar vermek, parlamento tarafından kullanılan anayasal bir yetkidir. Ancak parlamentolar bu yetkiyi kapsamı dışında kullanmaktadır. Sonuç olarak bu araçların kullanılması, başkanlık sisteminin katılığında bir yumuşmaya sebep olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Başkanın Siyasal Sorumluluğu, Başkanın Görevinin Sona Ermesi, İmpeachment, Başkanın İstifası, Fiziksel ve Zihinsel Yetersizlik

\* Makalenin yazım aşamasında, yorum ve değerlendirmeleri ile makalenin gelişmesini ve zenginleşmesini sağlayan Arş. Gör. Dr. Murat Erdoğan'a ve Arş. Gör. Gizem Güner Yaşar'a değerli katkıları için teşekkür ederim.

\*\* Arş. Gör., Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ekinciconstitution@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0803-6449, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.02.2019, Kabul Tarihi: 04.02.2019



**Abstract:** The purpose of this study is to examine the political responsibility of the president within the experiences of Latin American countries. In the political systems that the presidents are elected, the presidential term is fixed. Because it is not possible that the parliament dismiss the president by vote of non-confidence. As a rule, the only exception of that is impeachment. However, when the Latin American countries are examined, a different result is obtained. If the president does not have the public support and majority of parliament that steadily support the president, president would not complete his term as easily as it seems. Parliament has two way to dismiss the president before the end of his term other than impeachment. These are to force the president to resignation and to declare that there is a permanent vacation in the presidency because of incapacity of the president. These methods, mostly, are used when the opposition parties cannot fulfill the requirements for impeachment process. The decisions of incapacity of the president is a power of the parliament. However, the parliaments use that power in a different way. Finally, the use of this methods causes to a flexibilization on the rigidity of presidentialism.

**Keywords:** The Political Responsibility of the President, the End of Presidential Term, Impeachment, the Resignation of the President, the Physical, Mental and Moral Incapacity

## GİRİŞ

Bu çalışmada Latin Amerika ülkelerinde devlet başkanının siyasal sorumluluğunun işletilmesi yöntemlerinin karşılaştırmalı ülke uygulamaları ışığında ele alınarak incelenmesi amaçlanmaktadır.

Bilindiği üzere başkanlık sisteminin ayırt edici özellikleri, devlet başkanının hem yürütmenin hem de devletin başı olması, doğrudan ya da dolaylı olarak halk tarafından seçilmesi ve parlamento karşısında siyasal sorumluluğunun bulunmamasıdır.<sup>1</sup> Bu nedenle başkanlık

<sup>1</sup> Alan B Ball, *Modern Politics and Government*, Macmillan Press, 1971, Büyük Britanya, s. 145; Rett R Ludwikowski, "Latin American Hybrid Constitutionalism: The United States Presidentialism in the Civil Law Melting Pot", *Boston University International Law Review*, C. 21, Sa. 29, 2003, ss. 29-61, s. 34; Arendt Lijphart, *Demokrasi Motifleri-Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, Çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006, s. 117, 120; Matthew Soberg Shugart, John Carey, *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press New York, 1992, s. 29; Juan J Linz, "Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri" Çev. Ergun Özbudun, *Demokrasi'nin Küresel Yükselişi*, Ed. Larry Diamond, Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, 1995, ss. 143-160, s. 155; Scott Mainwaring, "Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination", *Comparative Political Studies* 1993, ss. 198-228, s. 207-208; Hasan Tunç, Bülent Yavuz, "Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi", *TBB Dergisi*, Sa. 81, 2009, ss. 1-39, s. 19.

sisteminde devlet başkanı sabit bir görev süresi için seçilmektedir. Her ne kadar başkanın impeachment gibi bir vasıtayla parlamentoya karşı cezai sorumluluğu olduğu kabul edilmekte ise de söz konusu mekanizmanın işletimesin sıkı şartlara bağlanmıştır. Dolayısıyla impeachment usulünün uygulamasının istisnai olduğu kabul edilir. Latin Amerika ülkelerinin çoğu, her ne kadar ABD tipi başkanlık sistemleri olarak kabul edilmese de,<sup>2</sup> başkanlık sistemi (ya da başkancı sistem) olarak kabul edilmektedir. Ancak bilhassa Latin Amerika ülkeleri göz önüne alındığında devlet başkanlarının görevde kalmalarının asla garanti olmadığı görülmektedir.

Latin Amerika ülkelerinde başkanlar sistemi domine etmektedir. Yasama alanına ilişkin yetkileri ve yürütme içerisindeki otoriteleri onları bir anlamda istedikleri her şeyi yapabilecekleri bir konuma oturtmaktadır. Öyle ki tek yapmaları gereken şey seçilmektir. Sonrasında güçlerini sadece siyasi sınırlar belirleyecektir.<sup>3</sup> Bu rejimlerde politikayı genelde başkan belirler ve yürütür. Parlamentoların ise çoğu zaman tepkisel bir konumda buldukları, yani kendi politikalarını üretmek-sizin ancak başkanın politikasını kabul ya da reddetme gibi sınırlı bir alanda etkin olabildikleri düşünülür.<sup>4</sup> Ancak parlamentoların tepkisel nitelik taşımaları, başkanın parlamento iradesini görmezden gelmesi

<sup>2</sup> Doktrinde Latin Amerika tipi başkanlık sistemi için için saflığını yitirmiş ya da bozulmuş başkanlık sistemi ya da hiperbaşkanlık sistemi nitelemesi yapılmaktadır. Peru gibi, sistemde parlamentoya karşı sorumlu bir Bakanlar Kurulu olsa da pratikte başkanın güdümünde olan, bu yönüyle de başkanlık sistemi olarak kabul edilebilecek olan başkancı-parlamentar sistem örnekleri de mevcuttur. Juan J. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracies: Does It Make Difference", *The Failure of Presidential Democracy* içinde (ed. Juan J. Linz ve Arturo Valenzuela), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994, s.3-64, s. 35; Cristopher Larkins, "The Legacies of Hyper-Presidentialism: Executive-Judicial Relations, Constitutional Cultures, and The Future of Democratic Governance in Argentina and Peru", Ph. D Thesis, University of Southern Carolina, 1998, s. 64; Sandra Lindembert Aguilar, "La Censura Ministerial en el Peru", *Gaceta Constitucional*, S. 53, 2013, ss. 395-406, s. 395; Domingo Garcia Belaunde, "El Presidencialismo Ate-nuado y Su Funcionamiento (Con Referencia al Sistema Constitucional Peruano)", *Biblioteca Juridica Virtual del Instituto de Investigaciones Juridicas de la Unam*, Meksika, 2009, ss. 119-135, s. 122

<sup>3</sup> Guillermo O'Donnell, bu tip demokrasiler için havaledi-delegasyoncu demokrasiler (Delegative democracies) tabirini kullanmaktadır. Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, C. 5, S. 1, 1994, ss. 55-69.

<sup>4</sup> Gary Cox, Scott Morgenstern, "Latin America's Reactive Assemblies and Proactive Presidents", *Comparative Politics*, Vol. 33, No. 2 (Jan., 2001), pp. 171-189, s. 171 vd.

ile sonuçlanmamalıdır.<sup>5</sup> Zira başkan parlamentolar ile anlaşamadığında ve giderek halk desteğini kaybetmeye başladığında görev süresini devam ettirememek gibi bir durum ile karşı karşıya kalabilmektedir.

Başkanlık sistemi olarak kabul edilen sistemlerde başkanın görev süresini doldurmaksızın görevinden alınabilmesi için tek yolun impeachment usulü olduğu kabul edilir. Bu usulün işletilebilmesi için başkanın anayasayı ya da bir kanunu ihlal etmesi şartı aranır.<sup>6</sup> Ancak pratikte başkanların görevini terk etmesi için impeachment dışında yöntemlere de başvurulduğu görülmektedir. Bu yöntemlerden biri başkanın istifaya zorlamaktır. Diğerisi ise başkanlık makamında daimi boşalma olması halleridir. İkinci husus, normalde hayatın olağan akışı içerisinde rastlanılan ölüm, istifa, görevi yerine getirmeye engel akli ve fiziki yeterliliklerin kaybedilmesi gibi olağanüstü durumlara karşı devletlerin hazırlıksız yakalanmasını engellemek için anayasalarına dâhil ettikleri hükümler iken parlamento tarafından bu yetkinin politikasını beğenmediği devlet başkanını görevden almak amacıyla kullanıldığı görülmektedir.

Çalışmanın kapsamı, Latin Amerika ülkelerinin uygulamaları ışığında devlet başkanının görevinin sona ermesine sebep olan durumların incelenmesidir. Doktrinde bu tür durumları nitelendirmek için başkanlık kırılmaları (*presidential breakdown*), başkanlık düşmesi (*caídas presidenciales* veya *presidential falls*)<sup>7</sup> sekteye uğramış başkanlık (*interrupted presidency*) ya da başkanlık sektesi (*presidential interruption*),<sup>8</sup> başkanın görevden alınması (*presidential removal*), başkanlık kusuru (*presidential failure*) gibi nitelendirmeler yapılmaktadır.<sup>9</sup> Çalışmamızda bir

<sup>5</sup> Cox, Morgenstern, (2001), s. 171 vd.

<sup>6</sup> Marsteintredet, (2008), s. 34.

<sup>7</sup> Maio Daniel Serrafiero, "Siete Cuestiones en Torno de la Teoria de las Caidas Presidenciales", *Politica y Gobierno*, Vol. 25, No. 2, 2018, ss. 403-440.

<sup>8</sup> Marsteintredet, bu ifadeyi, 2002 tarihli bir çalışmasında demokratik olarak seçilmiş bir başkanın görev süresini doldurmadan önce görevini terk etmesi durumu olarak ifade etmektedir. Leiv Marsteintredet, "Las Consecuencias Sobre el Regimen de las Interrupciones Presidenciales en America Latina", *America Latina Hoy*, Vol. 49, 2008, pp. 31-50, s. 32; Yazar 2014 tarihli başka bir çalışmasında ise aynı kavramı, süresi dolmadan, olağanüstü bir şekilde ve zorlama yoluyla ve demokratik bir kırılmaya yol açmadan seçilmiş bir başkanın görevini terk etmesi anlamında kullanmaktadır. Leiv Marsteintredet, "Explaining Variation of Executive Instability in Presidential Regimes: Presidential Interruptions in Latin America", *International Political Science Review*, Vol. 35, No. 2, 2014, pp. 173-194, s. 174.

<sup>9</sup> İlgili nitelendirmelerin kullanıldığı kaynaklar ve değerlendirmeler için Bkz. Kathryn Hochstetler, "The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From De-

isimlendirme tercih edilmeksizin başkanın görev süresini tamamlayamaması olgusu, impeachment, yetersizlik kararı ile ya da görevi terk etme sonucu makamın boşalması ve başkanın istifası kapsamında incelenmiştir. Şüphesiz başkanın görevini tamamlayamaması üzerinde birçok sebep aynı anda etkili olabileceği gibi bazen yolsuzluk ya da kötü ekonomik performans gibi tek ve etkili bir sebep de etkili olabilir. Bu sebeplerin neler olduğunu detaylı bir şekilde bu çalışmada incelemek ise çalışmanın kapsam ve sınırlılıkları ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle yalnızca doktrinde öne çıkan kötü ekonomik performans algısı, başkanın popülaritesinin düşmesi ve parlamento desteğini kaybetmesi ve başkanın anayasal yetkilerini kötüye kullanması sebepleri, tanıtıcı yönleri bakımından ele alınmıştır. Ayrıca bu sistemlerdeki parlamento ve başkan arasındaki gerilim çoğu zaman basit bir siyasal sorumluluk hadisesinin ötesinde, demokrasi<sup>10</sup> ve hukuk devleti sorununu da bünyesinde barındırır. Öyle ki bazı başkanların görev süresi dolmadan görevden alınmasının demokratik düzeni restore etmeye imkân tanıdığı dahi ifade edilmektedir. Bu kapsamda Fujimori'nin (Peru), Balaguer (Dominik Cumhuriyeti) ve Serranazo'nun (Guatemala) görevden alınması bu tip başkanlık krizleri olarak değerlendirilmektedir.<sup>11</sup> Ancak ülkeleri bu yönüyle in-

---

mocratic Breakdown to Impeachment to Presidential Breakdown", *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 1, 2011, p. 125-141, s. 127-128.

<sup>10</sup> Örneğin Marsteintredet'in araştırmasına göre kriz, siyasi gerekçelerle ve siyasal yöntemler vasıtasıyla çözülmeye çalışıldığında başkan görevden alınsa bile kriz devam etmektedir. Yazar bu kapsamda, impeachment ile görevden alınan bir başkan sonrasında krizin devam etmediğini, ancak diğer yöntemler benimsendiğinde krizin devam ettiğini vurgulamaktadır. Benzer şekilde yazar, demokratik kurallar vasıtasıyla yönetmekten vazgeçer ve örneğin bir yürütme darbesi yapmaya kalkarsa bazen muhalefetin bu başkanı görevden alması demokrasiye hizmet edebilir. Ancak salt ekonomik gerekçelerle, demokratik yönetimi benimsemiş bir başkanı görevden almak için farklı yolların benimsenmesi, örneğin asker ile ittifaklar kurulması, demokrasiyi daha fazla zedeleyebilir. Yazar, tamamen siyasi gerekçelerle, halkı sokağa davet etmenin ve bir sonraki seçimleri beklemeksizin başkanı görevden almaya girişmenin yarı-samimi (semi-loyal) bir davranış olduğunu belirtmektedir. Marsteintredet, (2014), s. 173-194.

<sup>11</sup> Einar Berntzen, Tor-Einar Holvik Skı-inlo, "Peru and the Fujimori Presidential Breakdown in 2000: Continuismo Gone Bad", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 197-213; Maren Christensen Bjune, Stina Petersen, "Guarding Privileges and Saving the Day: Guatemalan Elites and the Settlement of the Serranazo", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 165-181; Leiv Marsteintredet, "The Dominican Republic and the Fall of Balaguer 1994-1996: Presidential Breakdown or Democratic Transition", Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010,

cemek, çalışmanın kapsam ve sınırlılıklarını aşmaktadır. Bu nedenle çalışmanın kapsamı sadece başkanın görevinin sona ermesi halleri ile sınırlandırılmıştır.

## I. BAŞKANIN PARLAMENTO KARŞISINDAKİ SORUMLULUĞU VE PARA-ANAYASAL UYGULAMALAR

### A. Başkanın Görev Süresini Tamamlayamaması ve Latin Amerika

Başkanın siyasal gerekçeler ile görevinden alınamaması başkanlık sisteminin maddi kriterlerinden biridir. Yani başkan, ancak anayasada öngörülen ve işlediği iddia edilen suçlar dolayısıyla ve yine anayasada öngörülen bir yöntem vasıtasıyla görevden alınabilir. Bu yöntem *impeachment* yöntemidir. Kelime anlamı itibarıyla “siyasi suçlama” (*juicio politico*) anlamına gelen impeachment, açıkça başkanın cezai sorumluluğuna yol açabilecek bir yasama soruşturmasıdır.<sup>12</sup> Impeachment süreci ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte temelde yasama organı tarafından başlatılan ve başkanın işlediği iddia edilen açıkça kanunları veya anayasayı ihlal eden suçlara dayanması gereken bir süreçtir.<sup>13</sup> ABD’de Temsilciler Meclisi tarafından başkan aleyhine suçlama yapılır. Akabinde ise Yüksek Mahkeme başkanının başkanlık ettiği bir oturumda Senato, başkanı yargılar. Senato da başkanı suçlu bulur ise başkanın görevden alınmasına karar verilir. Eğer başkanın eylemi ceza hukuku bakımından cezayı gerekli kılan bir eylem ise ayrıca ceza yargılaması da gereklidir. Bu açıdan impeachment, *yar-yargısal* bir yoldur.<sup>14</sup> Güvenoyu uygulamasından farklı olarak başkan aleyhine açık bir suçlama yöneltilmelidir. Bu suçlama, başkanın anayasa veya yasalara aykırı davranması şeklinde olabilir. Parlamento, tamamen siyasal saikler ile bu süreci başlatamaz.<sup>15</sup> Ayrıca yine parlamenter sistemler-

ss. 181-197; Marsteintredet, (2014), s. 182.

<sup>12</sup> Kemal Şahin, Yasamanın Yürütme ve Yargı Üzerindeki Kılıcı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 10.

<sup>13</sup> Annibal Perez-Liñan, Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 133-134; Marsteintredet, (2008), s. 35.

<sup>14</sup> Dixie Faye Mercer Mcneil, “Presidential Impeachment, Executive Accountability nad the Collective Executive”. Dissertation. Texas Tech University, 1978, s. 10.

<sup>15</sup> Ramiro Daniel Sanchez Gayyoso, Alberto Escamilla Cadena, “La Interrupcion del Mandato Presidencial en America Latina (1992-2016), Polis, C. 13, Sa. 1, ss. 47-84,

deki güvenoyu mekanizmasından farklı olarak impeachment sürecinde, başkanın işlediği iddia edilen suçlar ile ilgili olarak parlamento bir komisyon kurarak iddiaları araştırır. Bu sayede başkana da belirli bir savunma hakkı tanınmış olur.<sup>16</sup> Şili, Paraguay ve Arjantin gibi bazı ülkelerde başkanın “yasaları ihlali ile usulsüz bulunan, ancak ceza hukuku anlamında suç oluşturmayan eylemleri nedeniyle de yasama tarafından görevden alınabilmesine imkân tanıyan anayasa hükümleri bulunmaktadır. Elbette bu hükümlerin yasama organı tarafından aşırı bir yorumu devlet başkanının siyasi saikler ve “kötü yönetim” gerekçesiyle görevinden alınması sonucunu doğurabilecektir.<sup>17</sup>

Başkanın sadece bu tür bir yöntemle görevinden alınabilecek olması, kuvvetlerin birbirinden bağımsız olması gerekliliği ile tutarlıdır. Ancak uygulamada problemlere yol açabilecek bir sertliği (*rigidity*) de beraberinde getirebilmektedir.<sup>18</sup> Özellikle 90’lı yıllara kadar bu katılığı aşmanın yolu darbelerden ve güç yoluyla başkanı görevinden almakta geçmekte idi. Bu durumda ise sivil yönetim sürekli sekteye uğradığından başkanlık sisteminin parlamenter sistem kadar demokrasi ile uyumlu bir sistem olmadığı tartışmaları ortaya çıkmıştır.<sup>19</sup> Ancak 90’lı yıllarla birlikte yükselen yeni demokrasi dalgası, artık ülkelerin askeri darbelerle olan bakış açısını değiştirmiştir. Burada Sovyetler Birliği’nin yıkılması ile birlikte ABD’nin dış politikasındaki değişimler, özellikle Latin Amerika’da Amerikan Devletleri Örgütü’nün ve Katolik Kilisesi’nin tutumundaki değişimler esaslı rol oynamıştır. Bu sayede artık uluslararası toplum askeri diktatörlere eskisi kadar tolerans göstermemeye başlamıştır.<sup>20</sup> Perez-Liñan ve Polga-Hecimovich’in

---

2017, s. 51-52.

<sup>16</sup> Serrafro, (2018), s. 427 vd.

<sup>17</sup> Şule Özsoy Boyunsuz, “Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 49, Sa. 3, 2016, ss. 1-40, s. 5.

<sup>18</sup> Shugart, Carey, (1992), s. 29; Linz, (1995), s. 155; Mainwaring, (1993), s. 207-208; Tunç, Yavuz, (2009), s. 19.

<sup>19</sup> Alfred Stepan, Cindy Skach, “Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism”, *World Politics*, C. 46, Sa. 1993, ss. 1-22, s. 5-13.

<sup>20</sup> Ana Maria Mustapic, “Presidentialism and Early Exits: The Role of Congress”, *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave Macmillan, 2010, ss. 17-32, s. 18; Michael Alvarez, Leiv Marsteintredet, “Presidential and Democratic Breakdowns in Latin America: Similar Causes, Different Outcomes”, *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillan, 2010, ss. 33-55, s. 35.



araştırması, Güney Amerika bölgesindeki askeri diktatörlüklerin sayısı arttıkça, komşu ülkelerdeki darbe olasılığının da arttığını, bölgedeki demokratik rejim sayısı artmaya başladıkça da askeri diktatörlüklerin ve askeri darbelerin de sayısının azaldığını göstermektedir.<sup>21</sup> Örneğin 1907-1966 yılları arasında 12 Latin Amerika ülkesinde toplamda 105 askeri darbe ile karşılaşmıştır. 1977 sonrasında ise bu tecrübenin ciddi oranda azaldığı ifade edilmektedir.<sup>22</sup> Bunun sonucunda ise istenmeyen başkanların görevinden alınabilmesi için uygulanacak yöntemlerin anayasal sınırlar dâhilinde belirlenmesine özen gösterilmeye başlanmıştır. Bu sayede istenmeyen bir başkanın görev süresi dolmadan görevden alınması gerçekleşmişken demokrasi de sekteye uğramamış ve sivil yönetim etkinliğini devam ettirmiş olacaktır.<sup>23</sup> Bu başarının, başkanlık sisteminin özünde mevcut bulunan katılığın esnetilmesi paahasına elde edildiği ve sistemin de bu ölçüde parlamenterleştiği görülmektedir.<sup>24</sup> Hochstetler'in çalışmasına göre 1978-2003 yılları arasında halk tarafından seçilen 40 başkanın 16'sı (%40) görevlerini tamamlayamama tehlikesini yaşamış ve 9'u (%23) görevlerinden erken ayrılmak zorunda kalmıştır.<sup>25</sup> Sonuç olarak şöyle bir gerçek ortaya çıkmıştır: başkan halk tarafından sabit bir görev süresi için seçilmekte ise de görevini tamamlaması artık garanti değildir.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Annibal Perez-Liñan, John Polga-Hecimovich, "Political Elites, Democratic Breakdown, and Presidential Instability in Latin America", ponencia, XXII International Political Science Association (ipsa) Conference, Madrid, 8-12 Temmuz; XLIV International Congress of Americanists (ica), Viena, 15-20 Temmuz, 2012, s. 2, 12.

<sup>22</sup> Perez-Liñan, Polga-Hecimovich, (2012), s. 3.

<sup>23</sup> Kathryn Hochstetler, Margaret E Edwards, "Failed Presidencies: Identifying and Explaining a South America Anomaly", *Journal of Politics in Latin America*, C. 1, Sa. 2, ss. 31-57, s. 36-37; Alvarez, Marsteintredet, (2010), s. 34; Perez-Liñan, Polga-Hecimovich, (2012), s. 2; Marsteintredet, (2014), s. 174; Serrafiero, (2018), s. 404..

<sup>24</sup> Marsteintredet, (2008), s. 38.

<sup>25</sup> Kathryn Hochstetler, "Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America", *Comparative Politics*, C. 38, Sa. 4, 2006, ss. 401-418, s. 402; Ayrıca Kim ve Bahry'nin çalışmasına göre ise 1974-2003 yılları arasında, 52 adet 3. Dalga demokrasinin 19'unda (1/3) başkanlar istifa ya da görevden alınma yoluyla görevini erken terk etmiştir. Çoğunluğu Latin Amerika ülkesi olsa da Filipinler'de (başkan Estrada-impeachment) ve Gürcistan'da (başkan Shevardnadze-istifa) benzer durumlar yaşanmıştır. Young Hun Kim, Donna Bahry, "Interrupted Presidencies in Third Wave Democracies", *The Journal of Politics*, Vol. 70, No. 3, 2008, pp. 807-822, s. 807.

<sup>26</sup> Hatta bu gerçek ile Mustapic, başkanlık sisteminin başkan ve parlamentonun bağımsız seçimler ile görevle geldiği ve sabit görev süresine sahip oldukları tanımlamasının artık revize edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, başkanlık sisteminin sabit görev süresinin sadece parlamentoya ait olduğunu ve artık başkanın sabit görev süresine sahip olmasının başkanlık tanımından çıkartılması gerektiğini ifade etmektedir. Mustapic, (2010), s. 18.

Tablo: Latin Amerika Ülkelerinde Görevden Alınma Usullerine Göre Görev Süresi Dolmadan Görevden Ayrılan Başkanlar

Impeachment	Yetersizlik/Görevi Terk etme	İstifa-Krizin Başkan Tarafından Çözümü	İstifa-Krizin Parlamento Tarafından Çözümü
Venezuela-Perez-1993 Paraguay-Lugo-2012 Brezilya-Rousseff-2016	Ekvator-Bucharam-1997 Ekvator-Gutierrez-2005 Peru-Fujimori-2000 <sup>27</sup> Venezuela-Maduro-2019	Arjantin-Alfonsin-1989 Arjantin-Duhalde-2003 Dominik C. Balaguer-1994 Bolivya-Zuazo-1985	Brezilya-Collar-1992 Paraguay-Cubas-1999 Arjantin-Rua-2001 Arjantin-R. Saa-2001 Bolivya-Sanchez-2003 Bolivya-Mesa-2005 Guatemala-Serrano-1993 Peru-Kuczynski-2017

Başkanı impeachment vasıtasıyla görevinden alabilmek için 3/5 veya 2/3 gibi genelde ulaşılması güç karar yeter sayıları aranmaktadır. Bu da ülkeleri farklı arayışlara itebilmektedir. Örneğin Ekvator'da (*Bucharam ve Gutierrez*), Peru'da (*Fujimori*) ya da Venezuela'da (*Maduro*<sup>28</sup>) olduğu gibi parlamentolar impeachment yöntemine başvurmak-tansa başkanını fiziksel, zihinsel ya da ahlâki yetersizlik (*physical, mental or moral incapacity*) veya görevi terk etme gerekçeleri ile görevden alma yolunu tercih edebilmektedir. Şüphesiz parlamentolar bu yöntemle başkanları görevden alırken yine bir anayasa maddesinden destek almaktadır. Ancak açıkça ilgili anayasa hükmünün imâ ettiği yöntemi zorlayarak, yani bir anlamda anayasa hükümlerini kötüye kullanarak, böyle bir sonuca gitmektedir.<sup>29</sup> Sonuç olarak ise anayasal olarak olma-

<sup>27</sup> Peru'da başkan Fujimori, istifa dilekçesini parlamentoya göndermişse de parlamentoda bu istifa dilekçesi kabul edilmemiştir. Parlamento'nun başkanı ahlâki yetersizlik (*moral incapacity*) gerekçesiyle görevden aldığı görülmektedir. Bu nedenle Fujimori'nin görevden alınması bazen yetersizlik gerekçesiyle görevden alınma bazen de istifa olarak ele alınabilmektedir. Biz çalışmamızda yetersizlik gerekçesiyle görevden alınan başkanlar arasında incelemeyi uygun bulduk.

<sup>28</sup> Bu sayfaların kaleme alındığı sıralarda Venezuela muhalefetinin de benzer bir gerekçe ile başkanın görevinde olmasına engel bir hal olduğuna karar vererek başkanlık makamının daimi olarak boşaldığına hükmetmiştir. "Líderes políticos reaccionan al juramento de Juan Guaidó de asumir las competencias del Poder Ejecutivo", <https://espanol24.com/cnnes/lideres-politicos-reaccionan-al-juramento-de-juan-guaido-de-asumir-las-competencias-del-poder-ejecutivo/>, (Erişim Tarihi: 24.1.2019); İlgili anayasa hükmü, başkanın ölüm, görevi terk etme gibi sebeplerle makamında daimi bir boşalma olması durumunda otuz gün içinde seçime gidilmesini ve bu süre zarfında boşalan makamın parlamento başkanı tarafından doldurulmasını öngörmektedir., Venezuela Anayasası, md. 233.

<sup>29</sup> Bu da bir anlamda anayasanın öngördüğü anlamı, anayasaya karşı hile yapmak suretiyle değiştirmek anlamına gelmektedir. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 188.

sa bile uygulamada başkanın siyasi saikler ile görevden alındığı bir durum ortaya çıkmaktadır. Yani şeklen anayasaya uygun olan ancak anayasada öngörülen esasın dışına çıkan bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle başkanı yetersizlik kararıyla görevden almak, *para-anayasal* (*para-constitutional*) bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>30</sup> Bu da sisteminin sınırlarını ciddi anlamda zorlamaktadır.<sup>31</sup>

Belki de son otuz yılda özellikle Latin Amerika'da etkili olan bir diğer yöntem ise başkan üzerinde siyasi bir baskı kurarak onu istifaya yönlendirmektir. Elbette bunu gerçekleştirebilmek için başkanın yasama ile olan ilişkisi önemlidir. Ancak bir o kadar da başkan aleyhine şekillenen sokak hareketlerinin de belirleyici olduğu görülmektedir.<sup>32</sup>

Bu üç uygulamanın da başkanlık sistemi ve kuvvetler ayrılığı düşüncesi ile uyumluluğu bakımından incelenmesi gerekmektedir. Impeachment süreci temelde başkanlık sisteminin ruhuna uygun ve zaten ABD menşeli bir anayasal kurumdur.<sup>33</sup> Dolayısıyla impeachment ile görevden alınmanın başkanlık sistemine aykırı olduğu söylenilemez. Ancak parlamentonun bu mekanizmayı başkan aleyhine, yolsuzluk ya da kötü yönetim<sup>34</sup> gibi hukuki bir gerekçe ile de olsa, siyasi bir amaçla ve başkana işlediği iddia edilen suç ile ilgili olarak savunma imkânı da vermeksizin<sup>35</sup> işletmesi, doktrinde impeachment uygulamasını parlamenter sistemdeki güvenoyu uygulamasına yaklaştıran bir hal olarak değerlendirilmektedir.<sup>36</sup> Benzer şekilde parlamentonun başkanı, siya-

<sup>30</sup> John Carey, Matthew Soberg Shugart, "Calling Out the Tank sor Filling Out the Forms?", *Executive Decree Authority*, Cambridge University Press, 1998 s. 14; Serrafiero, (2018), s. 408-409.

<sup>31</sup> Kathryn Hochstetler, "The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From Democratic Breakdown to Impeachment to Presidential Breakdown", *Journal of Politics in Latin America*, C. 3, Sa. 1, ss. 125-141, 2011, s. 134.

<sup>32</sup> Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitebevi Yayınları, 2017, s. 103.

<sup>33</sup> Aslında bu kurumun köklerinin İngiliz hukukunda olduğu ve ABD'lilerin bu kurumu oradan iktibas ederek kendi sistemlerine uyarladıkları ifade edilmektedir. Şahin, (2001), s. 20-21.

<sup>34</sup> Özsoy Boyunsuz, (2016), s. 5.

<sup>35</sup> İlgerge görüleceği üzere Paraguay'da 2012 yılında Fernando Lugo hakkında başlatılan impeachment sürecinde başkana savunmasını hazırlaması ve Senato'ya sunması için iki saatlik bir süre verilmiştir.

<sup>36</sup> Leiv Marsteintredet, Mariana Llanos, Detlef Nolte, "Paraguay and the Politics of Impeachment", *Journal of Democracy*, Vol. 24, No. 4, 2013, pp. 110-123, s. 111-112; Serrafiero, (2018), s. 416; Aníbal Pérez-Liñán, "Brasil: Es Preciso Repensar el Juicio Político", *Clarín*, 25 Nisan, 2016, [https://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico\\_0\\_E1v\\_XG8xb.html](https://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico_0_E1v_XG8xb.html), (Erişim Tarihi: 31.1.2019)

setini beğenmediği için fiziksel ya da zihinsel yetersizlik kararı yoluyla görevinden alması tam anlamıyla anayasal kurumların kötüye kullanılması örneğidir. Burada açıkça parlamento, impeachment usulünün gerektirdiği çoğunluğu sağlayamayacağı düşüncesiyle daha kolay olduğunu düşündüğü bir yöntemle ve tamamen siyasi saiklerle başkanı görevden almaktadır. Kanımızca bu uygulama başkanlık sisteminin ruhuna uygun değildir.

Her ne kadar sonuçları itibarıyla tartışmalı olsa da başkanı görevinden istifaya zorlamak da benzer şekilde başkanlık sisteminin ruhuna aykırı bir uygulama değildir. Çünkü ilerde görüleceği üzere istifa, genelde halk desteğini kaybeden bir başkanın, yine halkın baskıları sonucu aldığı bir karardır. Yani hesap verebilirlik mekanizması hâlen dikeydir (*vertical*).<sup>37</sup> Başkan dilerse istifa etmeyebilir. Kaldı ki bu durumlarda istifa tek seçenek de değildir. Sokak hareketleri ve parlamentonun baskısı başkanı politikasında bir yumuşamaya da sevk ederek uzlaşma kanallarının aranması sonucunu da doğurabilmelidir. Fakat burada tartışılması gereken husus, başkan istifa edince yerine kimin görevi devralacağıdır. Bu sorunun genelde cevabı anayasada açıkça belirtilir. Genelde başkan gibi halkoyları ile seçilen<sup>38</sup> başkan yardımcılarının başkanın yerine geçmesi ve başkanın görev süresini tamamlaması gerekir.<sup>39</sup> Fakat uygulamanın her zaman bu şekilde şekillenmediği görülmektedir. Özellikle Latin Amerika'da ya başkanlık makamında boşalma olduğu anda bir başkan yardımcısının görevde olmaması dolayısıyla ya da başkanlık makamındaki boşalmada etkili olan muhalif güçlerin mevcut başkan yardımcılarının göreve gelmesini reddetmesi sonucunda yeni başkanın parlamento ve/veya başkanın görevden alınmasında etkili olan sokak hareketinin seçtiği kişiler olduğu görülmektedir.<sup>40</sup> Bu durumda da başkanlık sisteminin bir di-

<sup>37</sup> Marsteintredet, (2008), s. 40.

<sup>38</sup> İstisnai olarak Venezuela ve Türkiye'de başkan yardımcıları başkan tarafından atanmakta iken Bolivya'da 1967-2009 döneminde ise başkan yardımcılarının, şayet başkan yardımcısı adaylarından hiçbiri seçimlerde %50 oy elde edememişse, parlamento tarafından atanması gibi bir uygulama benimsenmiştir. Ömer Anayurt, Ahmet Ekinci, "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getiril Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, ss. 401-500, s. 463-464.

<sup>39</sup> Anayurt, Ekinci, (2017), s. 466-467.

<sup>40</sup> Örneğin 2005-2006 yılları arasında görev yapan Rodriguez, Arjantin'de 2002-2003 yılları arasında Duhalde, Peru'da 2000-2001 yılları arasında Paniagua, Ekvator'da

ğer maddi unsuru olan başkanın parlamento tarafından seçilmemesi kriterinin de bir anlamda başkalaşmış ya da dönüştürülmüş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, sadece bu yönüyle düşünüldüğünde bile, ilgili ülkelerin anayasaları şeklen başkanlık sistemi ile uyumlu olsa bile yürütmenin yeni liderinin yasamanın takdirine öncelik verilerek benimsenmesinin<sup>41</sup> parlamenter sisteme bir öykünme ortaya koyduğu açıktır.<sup>42</sup> Örneğin Marsteintredet, Latin Amerika’da başkan görev süresi dolmadan görevden alma uygulamalarının parlamenter-benzeri (*cuasiparlamentarios*) çeşitlilikler gösterdiğini ifade etmektedir. Yazara göre parlamentonun çoğunluğunun oylarıyla, başkanın yetersizlik gerekçesiyle görevden alınması bir nevi parlamentonun başkan karşısında kullandığı bir güvenoyuna benzemektedir. Benzer şekilde parlamento veya başkanın siyasal krizi çözmek için erken seçim kararı alması ya da başkanın parlamento tarafından seçilmesi uygulaması sıklıkla parlamenter sistemlerde görülen metodlardır.<sup>43</sup> Bu pratiklerin görüldüğü ülkelerde bir bütün olarak olmasa bile olaya özgü olarak *ad hoc* bir parlamenterleşmenin olduğu kabul edilebilir.<sup>44</sup>

Çalışmamızda bu nedenle, impeachment, “yetersizlik” (incapacity) veya görevi terk etme gerekçesiyle görevden alınma ve istifa vasıtasıyla görevi sona eren başkanlara ve yerlerine gelen kişilerin parlamento tarafından seçilip seçilmediklerine, somut örnekler ışığında, ilerde değinilecektir.

---

2000-2003 yılları arasında Noboa ve Guatemala’da 1993-1995 yılları arasında De Leon Carpio başkanlık görevini devralmak üzere parlamento ve protestocular tarafından belirlenmiş adaylardır ve başkan yardımcısı değillerdir. Benzer şekilde Ekvator’da ise 1997-1998 yılları arasında Alarcon parlamento tarafından seçilerek plebisit yöntemi ile halk tarafından kabul edilmiştir. Kathryn Hochstetler, David Samuels, “Crisis and Rapid Reequilibration: The Consequences of Presidential Challenge and Failure in Latin America”, *Comparative Politics*, C. 43, Sa. 2, 2011, ss. 127-145, s. 132.

<sup>41</sup> Elbette ki bu uygulamaların parlamenter sistemdeki güvensizlik oyları ile kabine-nin görevden alınmasından hüküm ve sonuçları itibarıyla da genel anlamda farklılıkları bulunmaktadır. Güvensizlik oyları ile görevinden alınan bir başbakan, parlamentoda milletvekili olarak görev yapmaya devam edebilir. Hatta kabineyi kurma görevi tekrar aynı kişiye bile verilebilir. Ancak görevden alınan bir başkan için parlamentoya geri dönüş, o yasama döneminde zaten imkânsız olduğu gibi genelde ulusal siyasetten de uzaklaşmaktadır. Hochstetler, Samuels, (2011), s. 131.

<sup>42</sup> John M Carey, “Presidential versus Parliamentary Government”, *Handbook of New Institutional Economics*, Ed. Menard and M. M. Shirley, Springer, Netherland, 2005, ss. 91-122, s. 115.

<sup>43</sup> Marsteintredet, (2008), s. 36.

<sup>44</sup> Marsteintredet, (2008), s. 36.

### A. Başkanın Görev Süresini Tamamlayamamasına Etki Eden Unsurlar

Görüldüğü gibi başkanın görev süresini tamamlaması asla garanti değildir. Peki, bir başkan hangi şartlar altında görevinden normal süresinden önce ayrılmaktadır? Doktrinde bu soruna farklı cevaplar verilebilmektedir. Örneğin Perez-Liñan, bu soruya anayasal kurallar, parti sistemi, başkanın parlamento ile arasındaki ilişki ve (seçim takvimi ya da skandalların niteliği gibi) ortalama siyasal şartlar olarak cevap vermektedir.<sup>45</sup> Özellikle Güney Amerika'dan hareketle, başkanın görev süresi dolmadan görevi terk etmesi konusunda iki temel aktör bulunmaktadır. Bu iki aktör ise parlamento ve sivil toplumdur.<sup>46</sup> Hochstetler ise başkan karşısında bir mücadeleye girişebilmek için bu iki aktörün dayandığı üç gerekçe tespit ettiğini ifade etmektedir. Bu gerekçeler ise başkanın neoliberal ekonomi politikaları, başkanın kişisel olarak adının skandallara karışması ve başkanın parlamentoda azınlık durumunda olmasıdır.<sup>47</sup> Gayyoso ve Cadena ise başkanın görevinden erken ayrılmasına çeşitli etmenlerin sebep olabileceğini ifade eder. Akabinde ise dokuz farklı etmen saymaktadır. Bunlar, yolsuzluk eylemleri, medyatik skandallar, başkanın seçim kampanyasına hile karıştırdığının ortaya çıkması (uyuşturucu kartellerinden maddi destek görmek gibi), zihinsel yetersizlik, yasama organı ile ters düşmek, cezai yaptırım gerektiren eylemlerde bulunmak, başkanın görevden ayrılmasını talep eden sokak eylemlerinin yapılması, yönetsel baskı ve ekonomik krizdir.<sup>48</sup> Ayrıca Kim ve Bahry, başkanın sahip olduğu anayasal yetkilerinin de parlamento ile ilişkilerini etkilediğini, dolayısıyla anayasal yetkilerine fazlaca başvuran bir başkanın da bir siyasal kriz ile karşı karşıya kalacağını ifade etmektedir.<sup>49</sup> Ancak temelde her bir başkanlık krizinin temelinde farklı gerekçelerin yattığı görülmektedir.<sup>50</sup> Tüm bu yazarların görüşlerinden hareketle, başkanın görevinden erken ayrılmasına etki eden etmenleri üç başlık altında toplayabiliriz. Bunlar, *kötü yönetim ve sokak hareketleri, başkanın parlamento desteğinden yoksun oluşu ve başkanın anayasal yetkilerini kötüye kullanması* olarak ifade edilebilir.

<sup>45</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 133.

<sup>46</sup> Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 7; Hochstetler, (2006), s. 402-403.

<sup>47</sup> Hochstetler, (2006), s. 403.

<sup>48</sup> Gayyoso, Cadena, (2016), s. 50.

<sup>49</sup> Kim, Bahry, (2008), s. 809, 816.

<sup>50</sup> Serrafiero, (2018), s. 405-406.



### 1. Yetersiz Bir Argüman: Kötü Ekonomik Performans Algısı

Bilhassa Latin Amerika'da, başkanlık krizleri üzerinde etkili olan önemli unsurlardan biri olarak başkanın kötü ekonomik performansının incelendiği görülmektedir. Başkanların seçim kampanyaları boyunca kullandığı popülist söylemlerine aykırı bir şekilde uyguladığı sert neoliberal politikalar, başkan üzerinde olumsuz bir hava oluşmasına neden olmaktadır.<sup>51</sup> Ayrıca, düşük/düşme eğilimindeki bir ekonomi ya da ekonomik durgunluk gibi ekonomik kriz durumlarında, krizden kurtulmak için alınan sert ekonomik tedbirler ve tasarruf programları da aynı şekilde başkanın sorumluluğu olarak kabul edilerek başkanın popülaritesinin düşmesine neden olmuştur.<sup>52</sup> Bu noktada, Kim ve Bahry, ampirik veriler ışığında, kişi başına düşen milli gelirdeki azalma ile siyasal istikrarsızlık arasında bir ilişki olduğunu tespit ederken enflasyon ile siyasal kriz arasında sanıldığı kadar yüksek bir ilişki olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>53</sup> Benzer şekilde Hochstetler ve Edward da refah düzeyinin ve yine kişi başına düşen milli gelirin, siyasal istikrar üzerinde etkili olduğunu ifade etmektedir.<sup>54</sup>

Valenzuela da başkanın neoliberal politikalar izlemesinin ya da kötü ekonomiden ülkeyi kurtarmak adına sert ekonomik tedbirler almasının başkan üzerinde olumsuz etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamda yazar, başkan Mahuad (Ekvator), Perez (Venezuela), Fernando de la Rúa (Arjantin), Sanchez de Lozada'nın (Bolivya) bu nedenlerle halk ile karşı karşıya geldiklerini ve görev sürelerini tamamlayamadıklarını ifade etmektedir. Fakat yazar, çoğu başkanın aldıkları ekonomik tedbirler nedeniyle değil, aksine halkın tepkisinden korktuğu için hiçbir tedbir almamasının da başkanın aleyhine olduğunu ifade etmiştir. Başkanlar Collor (Brezilya), Zuazo (Bolivya), Bucharam (Ekvator) ve Serrano'nun (Guatemala) ulusal para birimleri giderek değer kaybederken ve yüksek enflasyon söz konusu iken eylemsiz kalmaları nedeniyle halk ile karşı karşıya gelmesi bu duruma örnektir.<sup>55</sup> Llanos ve Marsteintredet, neoliberal politikaların her zaman başkanın

<sup>51</sup> Hochstetler, (2006), s. 403.

<sup>52</sup> Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 8; Alvarez, Marsteintredet, (2010), s. 41 vd; Kim, Bahry, (2008), s. 809.

<sup>53</sup> Kim, Bahry, (2008), s. 816.

<sup>54</sup> Hochstetler, Edward, 2009, s. 49-50.

<sup>55</sup> Arthur Valenzuela, "Latin American Presidencies Interrupted", *Journal of Democracy*, C. 15, Sa. 4, 2004, ss. 5-19, s. 11-12.

görev süresi üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olmadığını ifade etmektedir. Yazarlar özellikle Menem (Arjantin) ve Paz Estenssoro'nun (Bolivya) geniş neoliberal politikalar yürüttüklerini fakat görev sürelerini tamamladıklarını ifade etmektedir.<sup>56</sup> Ayrıca, Alberto Fujimori (Peru), Fernando Lugo (Paraguay), Cubas (Paraguay), Zelaya (Honduras), Jorge Serrano (Guatemala) ve Gutierrez (Ekvator) gibi görevden alınan başkanların iktidarları döneminde bir ekonomik kriz yaşanmaması da ekonomik krizin tek belirleyici ölçüt olmadığını ortaya koymaktadır.<sup>57</sup> Keza yakın tarihli araştırmalar da kişi başına düşen milli gelir ve ülkenin büyüme verileri üzerinden yapılan ekonomik performans değerlendirmeleri ile hükümet istikrarı arasında önemli bir ilişki olmadığını ortaya koymaktadır.<sup>58</sup>

## 2. Başkanın Halk Desteğini Kaybetmesi

Başkanın adının politik skandallara karışması, başkan aleyhine hem parlamento hem de halk hareketlerinin ortaya çıkması bakımından, başkanın görev süresine etki eden önemli bir kriterdir.<sup>59</sup> Elbette skandalın niteliği ve başkan üzerindeki etkisi ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir. Özellikle demokratik açıdan gelişmiş ülkelerde bu tür skandalların başkanlar üzerindeki etkisi büyüktür. Bu etki, halk tarafından bu skandaldan haberdar olunabilmesi ve başkanın halk karşısında dikey hesapverebilirliğinin (*accountability vertical*<sup>60</sup>) sağlanması için yazarlar basın özgürlüğünün sağlanmış olması gerektiğine ayrıca dikkat çekmektedir.<sup>61</sup>

Başkanın adının skandallara karışması durumunda başkanın, görevini kötüye kullandığı (*malfeasance*) ya da iktidarını kötüye kullandığı (*abuse of power*) gerekçesiyle, popüleritesinde hızlı bir düşüş söz konusu olmaktadır. Halk nezdinde itibar kaybı yaşayan bir başkana ise parlamentodaki destek de azalmaktadır. Bu durum, parlamento muhalefetine başkan karşısında impeachment süreci başlatmasına

<sup>56</sup> Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 8.

<sup>57</sup> Gayyoso, Cadena, (2017), s. 67, 72, 76.

<sup>58</sup> Perez-Liñan, Polga-Hecimovich, (2012), s. 12.

<sup>59</sup> Perez-Liñan, Polga-Hecimovich, (2012), s. 12-13; Serrafiero, (2018), s. 406.

<sup>60</sup> Serrafiero, (2018), s. 408.

<sup>61</sup> Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 8; Perez-Liñan, (2009), s. 299-301; Young Hun Kim, "Impeachment and Presidential Politics in New Democracies", *Democratization*, C. 21, Sa. 3, 2014, ss. 519-553, s. 522.

neden olabilecektir. Brezilya'da Collor'un devlet işlerinden kendisine çıkar sağladığı iddiası, Dilma'nın ise Petrobas skandalı, Venezuela'da başkan Perez'in örtülü ödenekten 17 milyon dolar kullandığı iddiası, Peru'da başkan Fujimori hakkında çıkan gücünü kötüye kullandığına yönelik iddiaları reddetmesine karşın, yönetiminin yolsuzluk yaptığını ortaya koyan görüntülerin çıkması, başkan Kuczynski hakkındaki yolsuzluk iddiaları ve görevden alınması hakkında parlamentoda yapılacak olan oylamada rakip partiden oy satın almaya çalıştığına ilişkin videoların yayılması.<sup>62</sup> başkana karşı parlamentonun harekete geçmesine sebebiyet vermiştir. Bu skandalları gerekçe göstererek başkanın parlamento tarafından impeachment usulü ile görevden alınabilmesi için bu skandalların doğruluğunun ispat edilmesi gereklidir. Fakat aynı zorunluluk şüphesiz halk hareketleri için zorunlu değildir. Belki de bu nedendir ki impeachment vasıtasıyla görevden alınan başkanların sayısı az iken sokak hareketleri dolayısıyla ya da sokak hareketleri ile parlamentonun işbirliği vasıtasıyla başkanların istifaya zorlandıkları durumların oldukça fazla olduğu görülmektedir. Örneğin Hochstetler ve Samuels, 1978-2006 yılları arasında Latin Amerika'da başkanların görev süresi üzerindeki sokak hareketlerinin ve parlamentonun etkilerini incelemişlerdir. Bu çalışmalarında yazarlar, sadece sokak hareketlerinin, sokak hareketleri ve parlamento işbirliğinin ve sadece parlamentonun başkanın görev süresine ne ölçüde etki ettiğini incelemişlerdir. Araştırmanın sonucu ise sokak hareketlerine dayanmayan ve hiçbir parlamento girişiminin başarı ile sonuçlanmadığını ortaya koymaktadır.<sup>63</sup> Bu konuda tek istisna, 2012 yılında Fernando Lugo hakkında işletilen ve görevden alınması ile neticelenen impeachment sürecidir. Bu süreçte sadece parlamentonun etkili olduğu görülmektedir.<sup>64</sup> Yani başkanların görev süresini tamamlayamaması üzerinde ya sadece sokak eylemleri ya da sokak eylemleri ve

<sup>62</sup> Hochstetler, (2006), s. 407; Perez-Liñan, (2000), s. 70-72; <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43491464>, (Erişim Tarihi, 3.12.2018)

<sup>63</sup> 1997 ve 2000-2003 yılları arasında Paraguay'da, 2005 yılında Peru'da ve 2004-2005 yılları arasında Nikaragua'da başkan aleyhine parlamento impeachment sürecini başlatmışken bu girişimlerin hiçbiri sokak hareketleri tarafından desteklenmediğinden başkanlar görevde kalmaya devam etmiştir. Çalışmanın ilk hali 2006 yılında Hochstetler tarafından yayımlanan makaleye dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Hochstetler, Samuels, (2011), s. 129; Hochstetler, (2006), s. 404.

<sup>64</sup> Gayyoso, Cadena, 71-72; Serrafiero, (2018), s. 408.

parlamento işbirliği etkili olmaktadır.<sup>65</sup> Bu açıdan meseleye yaklaşan yazarlar, sokak hareketlerinin parlamentodan daha önemli olduğunu dâhi dile getirmektedir.<sup>66</sup> Öyle ki Hochstetler, nasıl ki siyasal kilitlenmelerin askeri darbeler ile çözüldüğü dönemlerde ordu bir “yönlendirici güç” (*poder moderador*) idiyse günümüzdeki yönlendirici gücün de sokak gösterileri ve sivil toplum aktörleri olduğunu dile getirmektedir.<sup>67</sup>

Başkan aleyhine organize olan kitle hareketlerinin kilit özelliği, başkanın popülaritesinde ciddi anlamda bir azalmaya neden olmaktadır. Bu etki üç farklı şekilde olur. Bunlardan ilki, sosyal hareketlenmeler, parlamentoya başkanın popülaritesinin düştüğü mesajını verir. Öyle ki şayet başkanın adının karıştığı skandallar da söz konusu ise impeachment süreci için muhalefet partilerine siyasal destek de sağlanmış olacaktır. Collor (Brezilya), Perez (Venezuela), Bucharam (Ekvator), Cubas (Paraguay) ve Fujimori (Peru) karşısında parlamentonun impeachment sürecini başlatması ya da başkanı fiziksel ve/veya zihinsel yetersizlik sonucuna vararak görevden alması bu teşvik ile mümkün olmuştur.<sup>68</sup> İkincisi ise başkanın popülaritesi düşmekte ise ve özellikle seçimler de yaklaşmakta ise, başkanı destekleyen partiler dâhi seçimlerde dezavantajlı duruma düşmemek adına muhalefeti destekleyebilir. Örneğin Collor aleyhine gerçekleşen sokak hareketleri öyle güçlü bir etki oluşturmuştur ki başkanın zaten %6-8 arasında olan parlamento desteği de bu hareketler sonucunda azalmış ve başkanın kendi partisi dâhi impeachment sürecini desteklemiştir.<sup>69</sup> Sokak hareketlerinin başkan karşısında etkili olmasındaki üçüncü ve belki de sonucu itibarıyla en önemli şekli, hükümetin bu gösterileri şiddet yoluyla bastırmaya çalışmasıdır. Bu durumda, bilhassa şiddet sonucunda ölüm olayları da gerçekleşmiş ise başkanın meşruiyeti giderek

<sup>65</sup> 2003'te ve 2005'te Bolıvy'a'da, 2004-2005 yıllarında Ekvator'da, 1999-2000 ve 2002-2003 yıllarında Arjantin'de, yıllarında, 1993 yılında Guatemala'da ve 1985'te Bolıvy'a'da başkanların görevden alınmalarında sadece sokak hareketleri etkili olmuştur. Fakat 2000 yılında Peru'da, 1998-1999 yıllarında Paraguay'da, 1997 yılında Ekvator'da, 199-1996 yıllarında Dominik Cumhuriyeti'nde, 1992-1993 yıllarında Venezuela'da, 1987-1989 ve 1992 yıllarında Brezilya'da hem sokak hareketleri hem de parlamento etkili olmuştur. Ayrıca

<sup>66</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 206; Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 7.

<sup>67</sup> Hochstetler, (2006), s. 403.

<sup>68</sup> Hochstetler, (2006), s. 410; Perez-Liñan, (2009), s. 298; Kim, Bahry, (2008), s. 816.

<sup>69</sup> Hochstetler, (2006), s. 409; Perez-Liñan, (2009), s. 298

sorgulanmaya başlayacaktır. Bu durumda ise başkana sadece ülke içerisinde değil uluslararası toplum tarafından da baskıların artacağı kuşkusuzdur.<sup>70</sup>

### 3. Başkanın Parlamento Desteğinden Yoksun Olması ve Yetkilerini Kötüye Kullanması

Başkanın görevden alınması süreci, başkan istifa etmediği sürece, parlamentonun alacağı kararlar vasıtasıyla impeachment ya da fiziksel veya zihinsel yetersizlik hükmüne varmasına bağlıdır. Başkanın bu süreci ya hiç yaşamaması ya da bu süreci zarar görmeden atlatabilmesi için ise şüphesiz parlamentonun desteğine sahip olması gerekmektedir. Ancak özellikle 1979 sonrası süreçte siyasi partilerin sayısındaki artış, başkanın parlamentoda desteğe sahip olma ihtimalini de ortadan kaldırmıştır. Benzer şekilde aynı dönemde başkanın görev süresini tamamlayamama ihtimalinin de arttığı gözlemlenmektedir.<sup>71</sup> Bu açıdan bir anlamda başkanın görevde kalabilmek için parlamentoda çoğunluğun desteğine sahip olması gerekmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi ise ya başkanın partisinin tek başına çoğunluğu elde etmesi ya da çoğunluğu elde edebileceği bir koalisyonun başkan tarafından kurulması gerekmektedir.<sup>72</sup> Latin Amerika özelinde sorun ele alındığında bu gerçek daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Latin Amerika'da görev süresini tamamlayamayan on altı başkanın sadece ikisi parlamentoda yasama çoğunluğunun desteğine sahiptir. Bunlar Venezuela'da Perez (Temsilciler Meclisi'nde %45, Senato'da %48) ve Paraguay'da (Temsilciler Meclisi'nde %56) Cubas' tır.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Örneğin 2003 yılında Bolivya'da başkan Sanchez de Lozada aleyhine başlayan sokak eylemlerinde yüzlerce kişinin hayatını kaybetmesi Brezilya ve Arjantin devlet başkanlarının Bolivya üzerinde, olayların son bulması için politik baskı kurmasına sebebiyet vermiştir. Keza Arjantin'de de la Rúa aleyhine başlayan eylemlerde yirmibeş kişi hayatını kaybetmiştir. Hochstetler, (2006), s. 411-412; Perez-Liñan, (2009), s. 298; Hochstetler, Edward, (2009), s. 39-40, 50.

<sup>71</sup> Yazarların bulguları, ilginç bir şekilde 1979 öncesi dönemde başkanın daha fazla parlamento desteğine sahip olmasına karşın siyasal istikrarın sağlandığını fakat rejim istikrarının sağlanmadığını ortaya koymaktadır. Yani ilgili dönemde başkanlar daha sık parlamentodan destek görmekte iken askeri darbeler sonucunda görevinden ayrılmıştır. Yazarlar bunu, sağ-sol ayrımına dayanan ideolojik temelli sosyal mobilizasyonlara bağlamaktadır. Alvarez, Marsteintredet, (2010), s. 37, 44-45.

<sup>72</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 145-146.

<sup>73</sup> Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 6; Hochstetler, (2006), s. 408; Perez-Liñan, Polga-

Başkanın parlamento desteğinden yoksun olması, parlamento çoğunluğu ile arasında bir gerilimin yaşanması anlamına gelmektedir. Perez-Liñan bu durumda başkanın üç farklı strateji uygulayabileceğinden bahsetmektedir.<sup>74</sup> Bunlardan ilki soyutlama (*isolation*) stratejisidir. Buna göre başkan, parlamento desteğinden yoksun olduğunda parlamento ile herhangi bir iletişime geçmeyi reddedecektir. Kabinelerini siyasilere değil teknokratlardan ve bürokratlardan oluşturacaktır. Programını kanunlarla değil, var ise, kararname yetkisi gibi sahip olduğu anayasal yetkileri vasıtasıyla icra etmeye çalışacaktır. Hatta başkanlar kendilerini siyasal partilerden soyutlayabilmek adına bu partilerin taleplerine de kayıtsız kalmaya çalışacak, parlamento tekliflerini de veto edecektir. Bu durumda ise parlamento, başkanın popülaritesi yüksek olduğu sürece ona destek verecekken başkanın popülaritesi düştüğü anda başkan karşısında cephe almayı tercih edecektir. Bu tür bir strateji, Collor (Brezilya) ve Perez (Venezuela) tarafından uygulanmaya çalışılmıştır. Fakat her iki başkanın da popülaritesi düşmeye başladığında parlamentoda aleyhlerine impeachment süreci başlamıştır. İlginçtir ki her iki ülkede de impeachment süreci, başkanı destekleyerek yaklaşan seçimlerde dezavantajlı konuma düşmemek için başkanların kendi partileri ya da koalisyon ortakları tarafından da desteklenmiştir.<sup>75</sup>

Başkanın parlamento desteğinden yoksun olması durumunda izleyeceği ikinci strateji ise cephe alma (*confrontation*) stratejisidir. Bu strateji, soyutlama stratejisinden daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Bu stratejiye göre başkan, parlamentoyu alenen reddedecek ve tabiri caiz ise "halka gidecektir". Yani başkan, alenen parlamentonun ve parlamenterlerin meşruiyetini sorgulamaya açacaktır. Ancak azınlık durumundaki bir başkan için böyle bir strateji çok tehlikelidir. Bu strateji Bucharam (Ekvator) ve Cubas (Paraguay) tarafından uygulanmıştır. Her iki başkan da açıkça parlamento muhalefeti ile çatışmayı tercih etmiştir. Cubas, parlamento desteğine sahip olsa da başkan yardımcısı ve kendi partisinin bir hizbinin lideri olan Argana ile politik ayrılığa düşmesi, Argana'nın başkan yardımcılığı görevinden istifa ederek

---

Hecimovich, (2012), s. 12.

<sup>74</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 148.

<sup>75</sup> Perez-Liñan, (2000), s. 70-72; Perez-Liñan, (2007), s. 149-152, 156-158; Gayyoso, Cadena, (2017), s. 68, 73-74.



muhalafet safına geçmelerine neden olmuştur. Böylelikle Cubas'ın da tıpkı Perez gibi azınlık durumuna düştüğü görülmektedir. Sonuç olarak her iki başkan da görev sürelerini tamamlayamamıştır.<sup>76</sup> Hochstetler ve Samuels de buradan hareketle, başkanın azınlıkta olduğu zaman parlamento ile çatışma içine girdiği durumlarda, giderek parlamentonun daha fazla üstün geldiğini ifade etmektedir.<sup>77</sup>

Her iki stratejiyle birlikte, başkanın sahip olduğu anayasal yetkileri kötüye kullanması ya da sahip olduğu yetkileri aşmaya çalışması, başkanın parlamento ve diğer devlet organları ile olan gerilimini giderek artırmıştır. Bunun nedeni ise, başkanın anayasal yetkilerinin verdiği güçle herşeyi yapabileceğine inanmasıdır. Başkanın yetkilerinin fazla olması, onu tüm problemleri çözeceğine inanmaya teşvik eder ve parlamento ile çatışmak için tereddüt etmez. Dolayısıyla başkan, muhalif parlamento çoğunluğu ile koalisyon arayışına girmez.<sup>78</sup> Keza bu tip ülkelerin çoğunun geçmişindeki demokratik olmayan ve güçlü yetkilere sahip liderlerin varlığı da bu tür bir beklenti oluşturmaktadır. Dolayısıyla her tür başarısızlığın sorumluluğu da başkanlara yüklenmektedir.<sup>79</sup> Kim, başkanın özellikle belli makamlara atama yapma yetkisinin, dış politika yapımı ve hükümeti teşekkül etme yetkilerinin daha fazla çatışma çıkarmaya sebebiyet verdiğini ifade etmektedir.<sup>80</sup> Ancak kanaatimizce yasamaya ilişkin özellikle güçlü bir kararname yetkisi de başkanın kendisini parlamentodan soyutlamasına yol açmakta ve iki erk arasında bir gerilime zemin hazırlamaktadır. Keza Helmke de Latin Amerika özelinde gerçekleştirdiği çalışmasında, bir başkan hem azınlık hem de önemli anayasal yetkilere sahip ise görev süresini tamamlayamama riski ile daha fazla karşı karşıya olduğunu ortaya koymuştur. Örneğin Ekvator ve Şili'de başkan önemli anayasal yetkilere sahiptir. Fakat Şili'de başkanlar koalisyonlar ile parlamento desteğini elde ettiğinden görev sürelerini tamamlamışlardır. Ekvator'da ise başkan 2006'ya kadar parlamento desteğini elde edemediğinden sıklıkla başkanların görev sürelerini tamamlayamadığı görülmektedir. Fakat Meksika'da başkanlar 1997 sonrası parlamentoda azınlık durumuna

<sup>76</sup> Perez-Liñan, (2000), s. 70-72; Perez-Liñan, (2007), s. 152-156, 161-163.

<sup>77</sup> Hochstetler, Samuels, (2011), s. 130.

<sup>78</sup> Perez-Liñan, (2000), s. 72.

<sup>79</sup> Llanos, Marsteintredet, (2010), s. 6.

<sup>80</sup> Kim, (2014), s. 530; Kim, Bahry, (2008), s. 809, 816.

düşmelerine ve hatta yer yer popüleritelerindeki düşüşe karşın, parlamento ile kriz yaşamamışlardır. Yazar, bunu başkanın anayasal yetkilerinin fazla olmamasına bağlamaktadır.<sup>81</sup> Örneğin, parlamento ve yüksek yargı ile bir türlü anlaşamayan başkanların uygulamalarına, Serrano'nun (Guatemala), parlamento ve yüksek yargıyı feshetmek istemesi,<sup>82</sup> Gutierrez'in (Ekvator) Anayasa Mahkemesi'nin sözcüsünü ve Yüksek Seçim Mahkemesi'nin 27 hâkimini görevden alması, zihinsel yetersizliğine karar verilen ve hakkındaki yolsuzluk iddiaları nedeniyle Panama'ya kaçan eski başkan Bucharam'a ülkeye dönüş izni vermesi ve hakkındaki davaları düşürtmeye çalışması, olağanüstü hal ilan ederek Yüksek Mahkeme üyelerini görevden alması,<sup>83</sup> Zelaya'nın (Honduras) Yüksek Mahkeme ilgili kararnamesini anayasaya aykırı bularak iptal etmesine karşın görev süresini uzatmak için referandum yapılmasını öngören bir kararname yayımlaması<sup>84</sup> örnek olarak gösterilebilir.

Başkanın parlamentoda azınlık olduğu durumlarda uygulayacağı stratejilerden üçüncüsü ve sonuncusu ise uzlaşma (*negotiation*) stratejisidir. Bu strateji dolayısıyla başkan, kendi politikalarından zaman zaman ödün vermek ve parlamento çoğunluğuna, gerek önemli kademelere yapılacak atamalarda gerekse bütçenin kullanımında muhalefet partilerine de pay vermek hususunda, bazı imtiyazlarda bulunmak durumunda kalabilmektedir. Ancak bu imtiyazlar sayesinde siyasal gerilimler hafifleyecek ve siyasal istikrar da güçlenecektir. Venezuela ve Paraguay örneklerine benzer bir parti-içi hizipleşme başkan Samper döneminde de söz konusu olmuştur. Başkan Samper'in partisi Temsilciler Meclisi'nin %54'üne, Senato'nun ise %55'ine sahiptir. Fakat parti-içi hizipleşme başkanı destekleyen Samperistalar ve önceki başkanlardan Cesar Gaviria'yı destekleyen Gaviristalar olarak iki ayrı gruptur. Fakat başkanın hem kendi partisi ile hem de muhalefet

<sup>81</sup> Gretchen Helmke, "Presidential Crises in Contemporary Latin America", Institutions on Edge: Inter-Branch Crises in Latin America" [http://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/helmke\\_blm.pdf](http://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/helmke_blm.pdf), (Erişim Tarihi: 24.1.2019), s. 20-21.

<sup>82</sup> Gayyoso, Cadena, (2017), s. 63; Bjune, Petersen, (2010), ss. 165-181

<sup>83</sup> Andres Mejia Acosta, John Polga-Hecimovich, "Parliamentary Solutions to Presidential Crises in Ecuador", Presidential Breakdowns in Latin America, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, s. 83-84. Gayyoso, Cadena, (2017), s. 66.

<sup>84</sup> Gayyoso, Cadena, (2017), s. 70.

partileri ile yakın ilişkiler geliştirmeye özen gösterdiği görülmektedir. Kanun teklifleri ile nelerin hedeflendiği parlamenterlere başkan tarafından sıklıkla izah edilmiş, onlarla yakın ilişkiler geliştirerek parlamenterlerin seçim bölgelerine “pork-barrell<sup>85</sup>” yatırımları yapmaya özen göstermiştir. Bu sayede başkanın aleyhine verilen impeachment önergesinden hem kendi partisi hem de muhalefetin oyları ile reddedildiği görülmektedir.<sup>86</sup>

## II. TEPKİSEL MECLİSLERİN BAŞKAN KARŞISINDAKİ SİLAHLARI

Tek yapılı karma hükümet sistemlerinde bakanların parlamento karşısında siyasal olarak sorumlu olması anayasal olarak öngörülmuş olmasına karşın aynı uygulamanın devlet başkanları için de söz konusu olduğu söylenemez. Anayasal olarak devlet başkanları sadece impeachment vasıtasıyla görevden alınabilmektedir. Bu uygulama ise kuvvetler ayrılığı prensibi ve saf başkanlık sistemi ile uyum içerisindedir. Ancak pratikte devlet başkanlarının anayasada öngörülen görev süresini doldurmaları da özellikle üçüncü dalga demokrasilerde, kesinlikle garanti değildir. Kim ve Bahry, 1974-2003 yılları arasında 52 üçüncü dalga demokrasinin, 19’unda devlet başkanının istifa ya da impeachment vasıtasıyla görevini bıraktığını tespit etmiştir. Bu örneklerden sadece biri, Asya’dan biri Afrika’dan<sup>87</sup> biri de Doğu Avrupa’dan<sup>88</sup> olmasına karşın geri kalan örneklerin Latin Amerika’dan olması ilgi çekicidir. Latin Amerika’da 1978-2005 yılları arasında görev yapan 64

<sup>85</sup> Pork barrel, yerine göre seçmenlerden ya da milletvekillerinden oy elde etmek amacıyla onları hoşnut edeceği düşünülerek tasarlanan projeler için hükümet kaynaklarının kullanılmasını ifade eden teknik bir terimdir. En basit görünümü itibariyle bir milletvekilinin yürütmenin politikalarını destekleyeceği vadine karşılık yürütmenin de o milletvekilinin seçim bölgesine yatırım yapma vadedinde bulunmasıdır. “Pork barrel” teriminin açıklaması için Bkz. Oxford Living Dictionaries, [https://en.oxforddictionaries.com/definition/pork\\_barrel](https://en.oxforddictionaries.com/definition/pork_barrel), (Erişim Tarihi: 25.1.2019).

<sup>86</sup> Perez-Liñan, (2000), s. 70-72; Perez-Liñan, (2007), s. 159-161.

<sup>87</sup> Elbette Afrika’da devlet başkanları sıklıkla görev süresi dolmadan görevlerini terketmektedir. Ancak bu husus genelde bir askeri darbenin sonucundadır. Kim, Bahry, (2008), s. 808, 812.

<sup>88</sup> Filipinler’de başkan Estrada impeachment süreci devam ederken istifa etmiştir. Madagaskar’da başkan Alvert Zafy Yüksek Mahkeme kararı ile görevden alınmıştır. Gürcistan’da başkan Eduard Shevardnadze görevinden istifa etmiştir. Kim, Bahry, (2008), s. 807, 813.

başkanın 12'sinin görevinden erken ayrıldığı ifade edilmektedir.<sup>89</sup> Elbette 2005 yılından günümüze de devlet başkanlarının görev sürelerini doldurmadan görevden ayrıldığı örnekler yaşanmıştır. Ancak aşağıda görüleceği üzere bu devlet başkanlarından sadece üçü impeachment vasıtasıyla görevden alınmıştır. Yine bir diğer ilgi çekici nokta ise devlet başkanlığı makamındaki boşalmanın anayasal teselsül sırasına göre başkan yardımcısına geçmesi gerekirken birçok örnekte bu makamın parlamento tarafından atanan kişilerce ifa edilmesidir.

## 1. Impeachment

### a. Kapsamı

Kuvvetler ayrılığı sistemlerinde impeachment üç farklı şekilde uygulanmaktadır. Bunlar *yasama modeli*, *yargısal model* ve *karma modeldir*.<sup>90</sup>

Yasama modeli, menşeyini ABD parlamentosunda bulduğumuz ve genelde çift meclisli parlamentolar tarafından uygulanan modeldir. Yasama modelinde, alt meclis, anayasada gösterilen usul çerçevesinde başkanı işlediği iddia edilen suçlar kapsamında suçlamaktadır. Üst meclis ise bu suçlama dolayısıyla başkanı yargılayacak olan meclistir. Günümüzde Arjantin, Meksika veya Paraguay gibi ülkelerde yasama modelinin benimsendiği görülmektedir. Ancak istisnai olarak tek meclisli parlamentolara sahip olan ülkelerde de hem suçlama hem de yargılamanın parlamento tarafından gerçekleştirildiği görülebilmektedir. Örneğin Ekvator'da (md 129, 130), üyelerin üçte biri tarafından anayasada gösterilecek olan sebeplerle impeachment teklifi yapılabilmekte ve üyelerin 2/3'ü ile de başkan suçlu bulunabilmektedir.<sup>91</sup>

Yargısal model ise yasama modelinin aksine genel de tek meclisli parlamentolara sahip ülkeler tarafından benimsenen bir impeachment modelidir. Bu uygulamanın olduğu ülkelerde, parlamento tarafından anayasada gösterilen karar yeter sayısı çerçevesinde parlamento, baş-

<sup>89</sup> Bu oran, aynı tarihler arasında, merkez Amerika'da ise 38 başkanın ikisi şekindedir. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, "Introduction: Presidentialism and Presidential Breakdowns in Latin America", Presidential Breakdowns in Latin America, Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, s. 3.

<sup>90</sup> Annibal Perez-Liñan, "¿Juicio Político o Golpe Legislativo? Sobre las Crisis Constitucionales en los Años Noventa", America Latina Hoy, C. 26, 2000, ss. 67-74, s. 67-68;

<sup>91</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 134; Perez-Liñan, (2000), s. 67-68.

kanı işlediği iddia edilen suçlar çerçevesinde suçlayacaktır. Akabinde ise başkanın yargılması bir yargı organı tarafından gerçekleştirilecektir. Yargılama genellikle bir Yüksek Mahkeme tarafından yapılacaktır. Örneğin 1949 Kosta Rika Anayasası bu duruma açık bir örnektir. Anayasa'nın 121. maddesine göre Parlamento üye tamsayısının 2/3'ü ile bu karar alır ve Yüksek Mahkeme, başkanın yargılanması konusunda yetkilidir. El Salvador Anayasası'nın 236. maddesine göre ise parlamento basit çoğunluk ile başkanı suçlar ve yargılması sonuçlanıncaya kadar başkanı görevinden uzaklaştırır. Tıpkı yasama modelinde olduğu gibi yargısal modeli uygulayan ülkelerden bazıları çift meclisli bir yapıdadır. Örneğin 1999 Venezuela Anayasası bu şekildedir.<sup>92</sup>

Başkanın impeachment usulü ile yargılanması konusunda üçüncü model ise karma modeldir. Bu uygulamaya Brezilya ve Kolombiya örnek teşkil etmektedir. Buna göre adi suçlar (*common crimes*) ile ilgili yargılama Yüksek Mahkeme tarafından yapılabilecekken (Brezilya Anayasası md 86), anayasada belirtilen suçlama işletilebilir eylemler (*impeachable offences*) için yargılama makamı Senato olarak değerlendirilmiştir (Brezilya Anayasası md 86).<sup>93</sup> Her iki suçlama da çift meclisli yapılarda alt meclis tarafından yapılacaktır.

### **b. Başarıya Ulaşan İmpeachment Örnekleri: Venezuela, Paraguay ve Brezilya**

Pratikte 1978'den bugüne impeachment yolunun başarı ile sonuçlandığı ve devlet başkanının bu yol ile görevden alındığı dört durum söz konusudur. Bunlar Venezuela'da Carlos Andres Perez (1993), Paraguay'da Fernando Lugo (2012) ve Brezilya'da Dilma Rousseff'tir (2016).<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 135; Perez-Liñan, (2000), s. 67-68.

<sup>93</sup> Brezilya Anayasası'nın 85. maddesine göre suçlama işletilebilir eylemler, birliğin varlığı, yasama, yargı, kamu bakanlığı ve federasyon birliklerinin anayasal güçleri, siyasal, bireysel ve sosyal hakların işletilmesi, Ülkenin iç güvenliği, idarenin dürüstlüğü, bütçe kanunu ve mahkeme kararları ve kanunlara uygun davranmak hususlarına aykırı eylem ve işlemlerdir. Gisela Pereyra Doval, Esteban Actis, "The Political and Economic Instability of Dilma Rouseff's Second Government in Brazil: Between impeachment and the Pragmatic Turn", *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, C. 72, Sa. 2, 2016, ss.,120-131, s. 121.

<sup>94</sup> Honduras'ta Manuel Zelaya aleyhine impeachment sürecini başlatan olay ise başkanın görev süresi dolduktan sonra tekrar seçilebilmek amacıyla bir halkoylaması yapmak istemesidir. Ulusal Başsavcı (El Procurador General de Nación) Yüksek Mahkeme'ye bu deklarasyonun yasadışı olduğunun ilanı ve iptal edilmesi için başvurur. 23 Haziran 2009 tarihinde ise Kongre, söz konusu halkoylamasının yasaklanması amacıyla bir kanunu onaylar. Fakat başkan Yüksek Mahkeme'nin

Kronolojik olarak başarılı ilk impeachment süreci Venezuela'dadır. 1989-1993 yılları arasında Venezuela'da ikinci başkanlık görevini yapan Carlos Andres Perez, Temsilciler Meclisi'nde %48, Senato'da ise %45 desteğe sahiptir. Fakat başkanın, partisindeki eski başkan Lusinchi'yi destekleyen diğer hizip ile sorunlar yaşadığı ve kendisini partisinden soyutladığı görülmektedir. Bu nedenle de kabinesini partililerden değil teknokratlardan oluşturmayı tercih etmiştir. Başkan, ekonomik kalkınma için yeni fiyatlandırmalar ve vergiler içeren bir ekonomi planını yürürlüğe sokmuştur. Fakat bu ekonomik plan karşısında özellikle Caracas'ta sosyal hareketlenmeler olduğu görülmektedir. Bu dönemdeki hareketlilik sonucunda yüzlerce kişi yaşamını yitirmiş ve başkan olağanüstü hal ilan etmek durumunda kalmıştır. Akabinde ise 2 ve 3 Şubat 1992'de ve 27 Şubat 1992'de peş peşe darbe girişimleri olmuş fakat ikisi de başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu olaylardan hiçbirinde başkan görevini bırakmazken 11 Mart 1993 tarihinde Cumhuriyet Baş Savcısı (El Fiscal General de la Republica) Yüksek Mahkeme'ye, İç İlişkiler Bakanlığı (Ministerio de Relaciones Interiores) için ayrılan bütçenin, başkana yakın politikacılar ve yabancı politikacıların seçim harcamaları için kullandığı gerekçesi ile başkan aleyhine soruşturma izni istemiştir. Yüksek Mahkeme de bu talebi 20 Mayıs'ta kabul etmiştir. Impeachment talebinin, kamu hazinesinin kötüye kullanılması gerekçesiyle olduğu görülmektedir. Başkanın kendi partisi tarafından da desteklenen bu isnatlar sonucunda, 21 Mayıs'ta Senato, yargısal süreç devam ederken başkanın görevine devam etmesinin uygun olmayacağına karar vermiştir. Akabinde ise 31 Mayıs'ta Kongre, impeachment vasıtasıyla başkanın tamamen görevden alınmasına hükmetmiştir.<sup>95</sup>

---

kararını ve Kongre'den geçirilen kanunu dikkate almayarak bu halkoylamasının gerçekleşmesi için ısrar eder. Ancak Genelkurmay Başkanı Romeo Vasquez bu karara karşı olduğu için başkan Vasquez'i görevden alır. Bunun üzerine Savunma Bakanı ve üç kuvvet komutanı istifa etmiştir. Bunun üzerine Yüksek Mahkeme, Vasquez'in görevden alınması kararını iptal ederek başkanın istifasını ister. Ayrıca Yüksek Mahkeme, başkanın eylemlerinin Honduras devletinin zararına işlevlerini gasp etme ve yetkilerini kötüye kullanma, vatana ihanet suçlarından dolayı suçlanabilir olduğuna ilişkin kararını ilan etmiştir. Bunun üzerine parlamento bir özel soruşturma komisyonu kurmuş ve parlamentodaki partiler başkan hakkında zihinsel yetersizliği olduğu ve anayasayı ihlal ettiği gerekçesiyle suçlanmışlardır. İki gün sonra ordu mensuplarının başkanlık ikametgâhını şafak baskını ile basarak başkanın istifa etmesini sağlamıştır. Bu nedenle başkanın istifası bir darbe sonucu gerçekleştiği kabul edilmektedir. Gayyoso, Cadena, (2017), s. 70-71.

<sup>95</sup> Perez-Liñan, (2000), s. 70-71; Gayyoso, Cadena, (2017), s. 68-69.



Paraguay'da Fernando Lugo'nun 2012 tarihindeki impeachment süreci, incelenen ülkeler arasında görülen başarılı impeachment örneklerinden bir diğeridir. Paraguay'da yasama modelinin benimsendiği görülmektedir. Buna göre suçlama, üye tamsayısının 2/3'ü ile Temsilciler Meclisi tarafından, suçlamanın kabulü ise yine üye tamsayısının 2/3'ü ile Senato tarafından gerçekleştirilmektedir (md. 225). Impeachment sürecinin gerekçesini oluşturan olay, Curuguaty bölgesinde yer alan Morombi çiftliğinde, bazı çiftçilerin siyasetçi ve girişimci Blas Riquelme'nin çiftliğini işgal etmeleri sonucunda İç İşleri Bakanlığı görevlileri çiftçileri çiftlikten çıkarmak amacıyla şiddet kullanmışlardır. Bunun sonucunda ise 16 kişi hayatını kaybetmiştir. Akabinde ortaya çıkan siyasal baskılar sonucunda başkanın kendi partisi olan el Partido Liberal Radical Autentico dâhi başkan aleyhine bir tutum sergileyerek Partido Colorado tarafından başlatılan impeachment sürecine destek vermiştir. Bu olaylar sırasında başkanın gerekli önlemleri almadığı, dolayısıyla görevini yerine getirmekte kötü bir performans sergilediği iddiası ise impeachment sürecinin gerekçesini oluşturmaktadır.<sup>96</sup> 21 Haziran 2012 tarihinde Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen impeachment, 22 Haziran 2012 tarihinde de Senato tarafından onaylanmış ve başkan görev süresinin dolmasına dokuz ay kala görevden alınmıştır. Fakat Senato, başkanın siyasal görevlere aday olmaktan yasaklı olması yönünde bir karar vermemiştir. Zira 2013 yılında Fernando Lugo'nun Senato üyesi olduğu görülmektedir.<sup>97</sup>

Çalışmamızda incelediğimiz son başarılı impeachment süreci ise Brezilya'da 2016 yılında başkan Dilma Rosseff aleyhine olandır. Dilma Rousseff aleyhine impeachment sürecini başlatanlardan biri koalisyon üyesi olan ve Temsilciler Meclisi'nde İşçi Partisi'nden sonra en çok sandalyeye sahip olan PMDB'dir. Zira 2015'te Temsilciler Meclisi başkanlık yarışını Eduardo Cunha kazanmıştır. Cunha'nın seçim vaadi ise başkanın yasama organı üzerindeki etkinliğini kırmaktır. Bu kapsamda da açıkça Dilma hükümetine karşı olduğunu deklare etmiş ve Dilma hakkında verilen impeachment önergesini kabul etmiştir.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Marsteintredet, Llanos, Nolte, (2013), s. 114.

<sup>97</sup> Gayyoso, Cadena, (2017), s. 71.

<sup>98</sup> Marcus André Melo, "Crisis and Integrity in Brazil", *Journal of Democracy C.* 27. Sa. 2 2016, ss. 50-65, s. 53. Sonrasında ise Eduardo Cunha ironik bir biçimde Petrobas'tan kendisi ve yandaşları için rüşvet aldığı gerekçesiyle gözaltına alın-



Dilma Rousseff hakkındaki impeachment usulü esas olarak iki ana gerekçe üzerine bina edilmiştir. İlki 2014 yılındaki seçim sürecinde Kongre'den almadığı bir harcama yetkisi kullanması ve diğeri ise başkanı olduğu dönemde Petrobras petrol şirketinin yaptığı usulsüzlükler ve Dilma'nın buna kayıtsız kalmak suretiyle cezai sorumluluğu olduğudur. Ancak Brezilya anayasasına göre ikinci gerekçe anayasal değildir zira Başkan'ın başkanlık dönemi haricindeki iş ve işlemleri dolayısıyla impeachment usulüne maruz bırakılması olanaksızdır.<sup>99</sup> Ancak Petrobras skandalı hakkındaki soruşturmanın genişlemesi ve Dilma Rousseff'in destekçilerinden olan Senatör Amara'nın gözaltına alınması, bunun sonucu olarak da ülkenin çok sayıda şehrinde gösterilerin yapılması Dilma'yı yıpratırken bu durum siyasi rakipleri için de önemli bir fırsat olarak değerlendirilmiştir.<sup>100</sup> Bu kapsamda Temsilciler Meclisi'nin 272'ye 199 oy ile impeachment talebinin kabul edildiği ve Dilma Rousseff hakkında kurulan komisyonun Dilma'nın rakipleri ve PMDB'nin oluşturduğu görülmektedir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, komisyon üyelerinin gizli değil açık usul ile seçilmesi gerektiği gerekçesiyle Temsilciler Meclisi kararını iptal etmiştir. Sonrasında kurulan yeni komite 38'e karşı 27 oy ile 11 Nisan'da impeachment önergesini kabul etmiş ve genel kurula sunmuştur. 17 Nisan'da genel kurulda yapılan oylamada Temsilciler Meclisi'nin impeachment suçlaması yapabilmesi için gerekli nisap olan üçte iki sağlanmış ve Dilma Rousseff'in görevi altı ay için durdurulmuştur. Yerine başkan yardımcısı Michel Temel vekâlet etmeye başlamıştır. Senato oylaması ise 12 Mayıs'ta gerçekleştirilmiştir. Bu oylamada 55'e karşı 22 oyla Dilma Rousseff'in başkanlığının düşürülmesi ve Michel Temel'in kalan süreyi başkan olarak tamamlamasına karar vermiştir. Ayrıca Senato Dilma Rousseff'in sekiz yıllık siyasi yasaklılığına hükmetmediği görülmektedir.<sup>101</sup>

---

muştur. İlgili haberler için Brazilian Lawmaker Who Led Impeachment of President Is Arrested, <http://www.nytimes.com/2016/10/20/world/americas/brazil-eduardo-cunha.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FRousseff%2C%20Dilma>, (Erişim Tarihi: 9.1.2017).

<sup>99</sup> İddialar için Bkz. Doval, Actis, (2016), s. 126-127.

<sup>100</sup> Impeachment sürecinde PMDB ve PSDB'nin değişen tutumları için Bkz. Melo, (2016), s. 54-55.

<sup>101</sup> Oylamalar hakkında bilgi New York Times'ten elde edilmiştir. Brazil Impeachment: The Process for Removing the President, <http://www.nytimes.com/interactive/2016/world/americas/brazil-dilma-rousseff-impeachment.html>, Erişim

Özellikle Fernando Lugo ve Dilma Rousseff'in impeachment süreçleri artık Latin Amerika'da bu mekanizmanın parlamenter sistemdeki güvenoyu gibi işletilmeye başlandığına yönelik tartışmaları da ortaya çıkarmıştır.<sup>102</sup> Bunun için de hukuki gerekçelere dayanan suçlamaların siyasi saiklerle kullanıldığı görülmektedir.<sup>103</sup> Bu nedenle Perez-Liñán, artık impeachment'ın tekrar düşünülmesi gerektiği, zira artık siyasi bir araç olarak kullandığını ifade etmektedir.<sup>104</sup> Örneğin Paraguay'da alt meclis, başkanı olaylardan dolayı sorumlu tutarak Senato tarafından yargılanmasına karar vermiştir. Sonraki gün ise Senato'nun başkanı yargıladığı ve görevden aldığı görülmektedir. Bu süreçte başkanı kendisini savunması için yalnızca *iki saat* gibi oldukça kısa bir süre verildiği görülmektedir.<sup>105</sup> Dilma Rousseff'in impeachment süreci ise şeklen ve esasen impeachment olarak telakki edilebilir. Ancak başkan Dilma'ya yöneltilen seçimleri kazanmak için yetkisi olmayan harcamaları yaptığı gerekçesi, Brezilya politik atmosferinde *yeni* ya da  *kabul edilemez* bir durum değilken bu durum parlamento çoğunluğunun başkanı siyasi amaçlarla görevden almasına engel olmamıştır. Serrafiero da bu nedenle Rousseff'in impeachment sürecini hukuken değil ama ahlâken itiraz edilebilir bir süreç olarak değerlendirmektedir.<sup>106</sup> Bu gerekçelerle Llanos ve Nolte, bu sistemlerde impeachment usulünün yerini güvenoyu mekanizması ile değiştirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazarların öne sürdüğü güvenoyu için karar yeter sayısı ise parlamentonun üye tamsayısının 2/3'üdür.<sup>107</sup>

## 2. Fiziksel/Zihinsel Yetersizlik ve Başkanın Görevini Terketmesi

Fiziksel ve zihinsel yetersizlik, devlet başkanlığı makamının daimi boşalması yöntemlerinden biridir. Ancak burada başkan karşısında yöneltilen bir suçlama söz konusu değildir. Sadece başkanın bu görevi

---

Tarihi: 9.1.2017).

<sup>102</sup> Mariana Llanos, Detlef Nolte, "The Many Faces of Latin American Presidentialism", GIGA Institute of Latin American Studies, No. 1, 2016, s. 5; Marsteintredet, Llanos, Nolte, (2013), s. 111-112; Serrafiero, (2108), s. 416.

<sup>103</sup> Pérez-Liñán, (2016).

<sup>104</sup> Pérez-Liñán, (2016).

<sup>105</sup> Marsteintredet, Llanos, Nolte, (2013), s. 114.

<sup>106</sup> Serrafiero, (2018), s. 427.

<sup>107</sup> Llanos, Nolte, (2016), s. 1-2.

yerine getirmesini engelleyen problemler söz konusudur. Temelde bu tür bir gerekçe ile başkanlık makamının boşalması çok istisnai bir durum olmadıkça mümkün olamaz. Örneğin ölüm, felç, bitkisel yaşama girmiş bulunma, alzheimer hastalığı gibi tıbbi rahatsızlıklar ya da kaçırılma, gaiplik gibi durumlar devlet başkanının bu görevi yerine getirmesine engel fiziksel ve zihinsel durumlar arasında gösterilebilir.<sup>108</sup> Yani fiziksel ve zihinsel yetersizlik konusu hükümet sistemi üzerinde etki eden bir husus değildir. Ancak burada, söz konusu kararın kimler tarafından ve nasıl verildiği önem arz etmektedir. Örneğin ABD’de başkanın görev ve sorumluluklarını yerine getiremeyecek olduğu, başkan yardımcısı ve kabinenin çoğunluğu tarafından ilan edilebilir. Fakat başkan bu karara itiraz ederse bu durum Kongre tarafından 2/3 ile kabul edilmedikçe başkan görevine devam eder. Daha farklı uygulamalar da söz konusudur. Örneğin 1980 Şili Anayasası’na göre Temsilciler Meclisi’nin 1/4’ü, sorunun çözümü için Yüksek Mahkeme’ye başvurur. Akabinde Yüksek Mahkeme Senato’ya raporunu sunar ve Senato son kararı verir. El Salvador ve Guatemala’da ise 5 kişilik bir sağlık komisyonu tarafından bu yönde bir rapor sunulduktan sonra parlamento üye tamsayısının 2/3’ü ile bir karar alır.<sup>109</sup>

İlgili anayasal hükümlerin sınırlayıcı değil uygulayıcıya keyfi davranma imkânı tanıdığı farklı ülke anayasalarında ise söz konusu hükümlerin kötüye kullanılabilirdiği görülmektedir. İmpeachment gibi sıkı şartlara bağlanmış anayasal kuralları uygulamak her zaman kolay değildir. Fakat başkanın birtakım sebeplerle görevden alınması isteniyor ise anayasal bir güvence olduğu gerekçesiyle bu kuruma da başvurulduğu görülmektedir.<sup>110</sup> Üçüncü dalga demokrasiler arasında bunun en bariz örneği Ekvator’da 1997 yılında Abdala Bucharam’ın bu yol ile görevden alınmasıdır. Bucharam aleyhine parlamento, impeachment

<sup>108</sup> Anayurt, Ekinci, (2017), s. 493.

<sup>109</sup> Perez-Liñan, (2007), s. 138.

<sup>110</sup> Örneğin 1920’de Guatemala’da Manuel Estrada Cabrera, 1947’de Nikaragua’da Leonardo Argüello bu vesileyle görevinden alınmıştır. Ayrıca 1955’te Brezilya’da başkan Carlos Luz aleyhine gerçekleştirilen askeri darbeyi meşrulaştırmak amacıyla bu kuruma başvurmuştur. Kongre açıkça başkanın fiziksel ya da zihinsel bir engeli olduğunu ilan etmemiştir. Onun yerine başkanın bir hücum botunda gizlenmekte olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca 1976’da Arjantin’de başkan Maria Estela Martínez de Peron’un görevden alınabilmesi için Temsilciler Meclisi bu kuruma başvurmuşsa da Senato başkanı, bu önergeyi ortak oturuma sunmayı reddetmiştir. Perez-Liñan, (2007), s. 138.

için gerekli olan karar yeter sayısına (üye tamsayısının 2/3'ü) ulaşamamış, halk hareketleri ve başkanın popülaritesinin düşmesi dolayısıyla da başkanın zihinsel yetersizliği (*mental incapacity*) olduğu gerekçesiyle görevden almıştır.<sup>111</sup> Benzer bir uygulamanın yine Ekvator'da 2005 yılında başkan Gutierrez için de gerçekleştiği görülmektedir. Parlamento desteğinden yoksun olan başkan Gutierrez'in anayasal yetkilerini aşması ve yüksek yargıdaki birçok üyeyi görevden alarak kendine yakın üyeleri ataması, başkana karşı sokak hareketlerinin başlamasına neden olmuştur. Parlamentodaki muhalefet ise başkan hakkında ortaya çıkan rüşvet iddiaları dolayısıyla impeachment sürecini başlatmıştır. Fakat bu muhalefetin de 2/3'e ulaşamadığı görülmektedir. Bunun yerine başkanın "görevini terkettiği" (abandonment of office) kararı verilerek yerine başkan yardımcısı geçici başkan olarak atanmıştır.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Bucharam, kendisi bir politikacı olmamasına karşın, 1996 başkanlık seçimlerini Roldosista Partisi'nin başkan adayı olarak kazanmıştır. Başkan ile parlamento arasında daha göreve gelir gelmez çatışmaların başgösterdiği görülmektedir. Bucharam, partisi parlamentonun sadece %23'ünü kontrol ettiği için destek arayışına girişmiştir. Bu çerçevede Izquierda Democratica ve Denocracia Popular gibi küçük partiler ile ittifak yapmasına karşın parlamentonun en büyük partisi Partido Social Cristiano ve sol partiler muhalefette kalmıştır. Ancak bazı atamalar konusunda başkanın kendisini destekleyen partiler ile de arası açıldığı görülmektedir. Bu nedenle başkan, Partido Social Cristiano ile Yüksek Mahkeme üyelerinin atanması konusunda bir anlaşmaya varsa da bu parti muhalefette kalmaya devam edeceğini açıklamıştır. Başkan muhalefet ile çatışmaya başlamış ve yerleşik politik elitler ile uzlaşmayı reddetmiştir. Bu süreç içerisinde sıklıkla skandallar ile anılmaktadır. Ayrıca bakanlıklara ve üst düzey görevlere bir kısmını kendi arkadaşları ve akrabaları arasından seçmiştir. Bu dönem içerisinde seçim kampanyasında vaat ettiği ekonomik programın aksine sendikaları kapatmaya, çeşitli devlete ait şirketleri özelleştirmeye ve vergileri artırmaya başlamıştır. Akabinde ise başkan aleyhine sokak hareketlerinin yaygınlaştığı görülmektedir. Parlamentoda çoğunluğu oluşturan muhalefet partileri (Vatansever Cephe-Patriotic Front), başkan tarafından sunulan ve temel ihtiyaçlarda ücret artırımını ya da mali kemer sıkma politikası öngören birçok ekonomik ve finansal içerikli yasa teklifini reddetmişlerdir. Ayrıca ekonomik olarak başkanın tavrından duyulan hoşnutsuzlukların ayrıca yolsuzluk ve nepotizm uygulamaları ile birleşmesi de toplumun farklı kesimlerinden grupların sokak hareketleri başlatmasına neden olmuştur. Söz konusu parlamentar muhalefet, başkan aleyhine bir impeachment sürecinin başlatılması gerektiğini ifade etmeye başlamalarına karşın bunun için gerekli olan 2/3 karar yeter sayısına ulaşabileceklerinden şüphe etmişlerdir. Kongre başkanı Fabian Alarcon ise Kongre'yi olağanüstü toplantıya çağırarak, 6 Şubat 1997 tarihinde 34'e karşı 44 oy ile başkan aleyhine aldıkları "yetersizlik" kararı ile başkanı görevden almış yerine de Kongre başkanını geçici başkan olarak atamışlardır. Mejica Acosta, Polga-Hecimovich, (2010), s. 81-82; Perez-Liñan, (2007), s. 152-155; Gayyoso, Cadena, (2017), s. 69;

<sup>112</sup> Gutierrez, 21 Ocak Vatansever Toplum Partisi (Partido Sociedad Patrioticade Enero 21) adına, sol eğilimli Demokratik Halk Hareketi (Movimiento Popular Democ-

Peru'da Alberto Fujimori'nin de bu yolla görevden alınmış olması dikkat çekicidir. Ancak Fujimori'nin görevden alınmasını Ekvator'daki örneklerinden ayıran husus ise Fujimori'nin öncesinde istifa ettiğini belirten yazıyı faks yoluyla parlamentoya ulaştırmış olmasıdır. Fujimori'nin görev süresi içerisinde (1990-2000) meydana gelen bazı yolsuzluk hadiselerine ilişkin görüntülerin ortaya çıkması sonucunda<sup>113</sup> hakkında bir impeachment sürecinin başlayacağı ihtimali giderek kuvvet kazanmıştır. 1992'den beri ilk defa 16 Kasım 2000 tarihinde ise başkan Fujimori, muhalefetin çoğunluğu oluşturduğu bir parlamento ile karşılaşmıştır.<sup>114</sup> Fujimori'nin bir iş gezisi bahanesiyle Japonya'ya

---

ratico) ve yerli MUPP ile seçim ittifakı yaparak katıldığı Kasım 2002 başkanlık seçimlerini kazanmıştır. Başkan, seçim kampanyasında liberal politikalar karşısı bir kampanya yürütmüştür. Fakat göreve geldikten bir süre sonra seçim ittifakındaki partilere ihanet ederek neoliberal politikalar icra etmeye başlamıştır. Bu kapsamda petrol, elektrik ve telekomünikasyon sektörlerini özelleştirme, uluslararası gaz fiyatlarının artmasından kaynaklı gelirlerini maksimize etmek için maddi tasarruf tedbirlerini hyata geçirmesi buna örnektir. Bunun için de PSC ile sadece yasama organı içerisinde geçerli olacak bir "hayalet koalisyon" (ghost coalition) gerçekleştirmiştir. Fakat bu koalisyon da başkan Gutierrez'in kuzeni ile PSC lideri Cordero arasındaki rüşvet iddialarının ispatlanması olarak yorumlanmıştır. Fakat ilginçtir ki PSC'nin bu iddiaları değerlendirerek parlamentodaki diğer partiler ile birlikte impeachment sürecini başlattığı görülmektedir. İmpeachment teklifi veren partiler gerekli olan 2/3 çoğunluğa sahip olmamasına karşın başkanın Bucharam'ın partisi olan PRE ve Ulusal Hareket Kurumsal Yenilenme Partisi (Partido Renovador Institucional de Accion Nacional-PRIAN) ile bir koalisyona giriştiği görülmektedir. Bu koalisyon çerçevesinde başkan, Yüksek Mahkeme üyelerinin tamamını değiştirerek koalisyon üyelerinin belirlediği kişileri onların yerine atamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Seçim Kurulu üyeliklerini yeniden organize etmiştir. Bu yeni Yüksek Mahkeme de başkan Abdala Bucharam hakkındaki yolsuzluk iddialarının düşmesine ve Bucharam'ın lkeye dönebilmesine karar vermiştir. Bu tür anayasaya aykırı eylemler sonucunda başkan aleyhine halk hareketlerinin başladığı görülmektedir. Bu halk hareketlerinden destek alan parlamento, muhalefet partileri tarafından toplandığı oturumunda 60 oy ile (oybirliği) başkanın görevini terk ettiğine (abandonment of Office) hükmederek yerine başkan yardımcısı Alfredo Palacio'yu geçici başkan olarak atamıştır. Mejica Acosta, Polga-Hecimovich, (2010), s. 83-84. Gayyoso, Cadena, (2017), s. 66.

<sup>113</sup> Ülkede bağımsız olarak addedilebilecek nadir yayın kuruluşlarından Channel N tarafından yayımlanan bir videoda Fujimori'nin istihbarat örgütünün liderlerinden Vladimiro Montesinos' un muhalefetin parlamento üyelerinden birine rüşvet verdiği görülmektedir. Bu görüntülerin ortaya çıkması, zaten seçimsel meşruluğu tartışmalı olan Fujimori'nin otoritesinin sorgulanmasına yol açmıştır. Berntzen, Holvik Skinlo, (2010), s. 197-213.

<sup>114</sup> 1992'de başkan Fujimori, parlamento çoğunluğunun kendisine muhalif olması ve politikalarını yürütmemesi dolayısıyla parlamentoyu feshetmiş (autogolpe), yüksek yargı üyelerini görevden almış ve 1979 anayasasını askıya almıştır. 2000 yılında ise artık gücü kaybettiğinin farkında olan başkan, başlattığı siyasal dönüşüm sürecini tamamlamaktansa istifa etmeyi seçmiştir. Berntzen, Holvik Skinlo, (2010),

gittiği ve orada 19 Kasım 2000 tarihinde istifa ettiğini belirten dilekçeyi faks yoluyla parlamentoya iletildiği görülmektedir. Fakat parlamento başkanı Balentin Paniagua bu dilekçeyi kabul etmemiş ve parlamento tarafından 22 Kasım 2000 tarihinde Fujimori'nin zihinsel yetersizlik (*incapacidad moral*) gerekçesiyle görevine devam edemeyeceği kararı alınmıştır.<sup>115</sup> Burada başkan Fujimori'nin görevden alınmasından sonra teselsül sırası, sırayla birinci ve ikinci başkan yardımcılarında idi.<sup>116</sup> Ancak birinci başkan yardımcısının Fujimori'nin görevden alınmasından önce, Ekim ayında, ikinci başkan yardımcısının ise Fujimori'den hemen sonra istifa etmesi dolayısıyla geçici başkanlık görevinin 28.7.2001'e kadar parlamento başkanı Valentin Paniagua'ya geçtiği görülmektedir.<sup>117</sup> 23.1.2019 tarihinde, Venezuela'da tekrar başkan olarak seçilen ve 10.1.2019 tarihinde göreve başlayan Maduro için de parlamentonun benzer bir eyleme giriştiği görülmektedir. Bilindiği üzere Chavez yönetimi ile birlikte giderek otoriter bir nitelik taşıdığı ve 2013 yılında Chavez'in ölmesi ile birlikte görevi devralan Maduro'nun otoriterleşmekte olan rejimi daha da sertleştirdiği dile getirilmektedir.<sup>118</sup> 2015 yılında parlamentonun 2/3'ünün muhalefet tarafından oluşturulması ise Maduro karşısında bir muhalefetin oluşmasını sağlamıştır.<sup>119</sup> Maduro'nun %62 ile kazandığı Mayıs 2018'de gerçekleştirilen başkanlık seçimlerine ise yolsuzluk ve seçime hile karıştırıldığı gerekçesiyle muhalefet partileri katılmamış ve seçimlere katılım %52 gibi oldukça düşük bir seviyede kalmıştır. Ayrıca çoğunluğunu muhalefetin oluşturduğu parlamentonun Kasım 2018'de aldığı karar ile seçim sonuçlarını da tanımadığı görülmektedir.<sup>120</sup> Maduro'nun ikinci dönemine başladığı 10 Ocak 2019 tarihinde parlamento bu iradesini yinelemiş ve

s. 199-200.

<sup>115</sup> Gayyoso, Cadena, (2016), s. 74-75; Berntzen, Holvik Skinlo,(2010), 200.

<sup>116</sup> Anayurt, İkinci, (2017), s. 467.

<sup>117</sup> Berntzen, Holvik Skinlo,(2010), s. 200.

<sup>118</sup> Gabriel Hetland, "From System Collapse to Chavista Hegemony-The Party Question in Bolivarian Venezuela", Latin American Perspectives, Vol. 44, Issue 2012, 2017, pp. 17-36, s. 17-18; Javier Corrales, The Authoritarian Resurgence: Authoritarian Legalism in Venezuela", Journal of Democracy, Vol. 26, No. 2, 2015, pp. 37-51.

<sup>119</sup> "Oposición en Venezuela obtiene histórica victoria en las elecciones parlamentarias", [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151204\\_venezuela\\_parlamentarias](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151204_venezuela_parlamentarias), (Erişim Tarihi: 25.1.2019).

<sup>120</sup> "Parlamento venezolano desconoce resultados de elecciones presidenciales", <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201805231078951732-venezuela-parlamento-declara-elecciones-como-inexistentes/>. (Erişim Tarihi: 25.1.2019).



23 Ocak 2019 tarihinde başkanlık makamının boş olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 233. maddesine dayanarak parlamento başkanının geçici başkan olarak atanmasına ve otuz gün içinde seçimlerinin tekrarlanmasına hükmedilmiştir.<sup>121</sup> Bu çalışmanın tamamlandığı sırada siyasal krizin halen devam ettiği görülmektedir.

### 3. Siyasi Bir Tercih: Devlet Başkanını İstifaya Zorlamak

Yukarda incelenen örnekler, başkanların görev sürelerini tamamlayamamalarının sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Geriye kalan büyük bir kısmında ise başkanların görevlerinden kendi istekleri ile yani istifa ederek ayrıldıkları görülmektedir. Elbette başkanlar, tamamen kendi tercihleri ile bu görevden istifa etmemektedir. Siyasal konjonktür ve parlamento, sokak hareketleri, sosyal organizasyonlar ve uluslararası baskı gibi dış etmenler de başkanı bu kararı almaya zorlamaktadır. İşte bu nedenle Mustapic, bu sistemlerde ortaya çıkan krizlerin başkanın istifası ile sona erdiği durumları ikiye ayırarak incelemek gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, temelde kriz ortaya çıktıktan sonra parlamentodaki partilerin krizi çözmek adına organize olup olmadıklarına göre ayırım yapmaktadır.<sup>122</sup>

#### a. Krizin Başkan Tarafından Çözülmesi

İlk durum, krizden çıkabilmek için parlamentoda alternatif bir çoğunluğun organize olamadığı durumlardır. Bu durumda parlamento başkanı istifaya zorlama kudretine sahip değildir. Başkan kendi iradesi ile istifa etmektedir. Elbette barışçıl bir çözüm için başkan, siyasal elitler ile ve organizasyonlar ile bir pazarlık neticesinde bu karara varacaktır.<sup>123</sup> Örneğin Arjantin'de Raul Alfonsin, Aralık 1989'da görev süresi dolacak olmasına karşın, hiperenflasyon ve sosyal çatışmalar dolayısıyla erken seçim çağrısı yaparak Temmuz 1989'da başkanlık görevini Carlos Menem'e devretmiştir. Benzer şekilde Ocak 2002'de peş peşe iki başkanın birer hafta arayla istifa etmesi sonucunda Kongre Eduardo Duhalde'yi başkanın görev süresini tamamlaması için ata-

<sup>121</sup> "Líderes políticos reaccionan al juramento de Juan Guaidó de asumir las competencias del Poder Ejecutivo", (Erişim Tarihi: 25.1.2019).

<sup>122</sup> Mustapin, (2010), s. 19.

<sup>123</sup> Ana Maria Mustapic, "America Latina: Las Renuncias Presidenciales y el Papel del Congreso", Revista de Ciencia Política, Vol. 47, 2006, pp. 55-70, s. 59.



mıştır.<sup>124</sup> Halk tarafından seçilmediği için diğer başkanlara göre daha kırılğan bir durumda olan Duhalde, tıpkı Alfonsin döneminde olduğu gibi ekonomik problemler ve sokak hareketleri ile mücadele etmek zorunda kalmış ve sorunun çözümünü erken seçim çağrısı yapmakta bulmuştur.<sup>125</sup> Arjantin’de yaşanan bu iki örnekte de parlamentoda iki partili bir yapı söz konusudur. Dolayısıyla başkanın ekonomik konulardaki başarısızlığı ve parlamento ile arasındaki gerilim, ancak parlamento ile uzlaşması sonucunda aşılabilecektir. Fakat zaten geleneksel olarak başkanın rakibi durumundaki muhalefet partisinin, hele ki bir sonraki başkanlık seçimlerine çok az bir süre kalmışken, yürütme organının ekonomik başarısızlığındaki sorumluluğa ortak olmak istemesi başkanı böyle bir karar almaya yöneltmiştir.

Dominik Cumhuriyeti’nde, 1994 yılında seçime hile karıştırıldığı iddiaları ve sivil ayaklanmalar ortasında Joaquin Balaguer başkan olarak seçilmiştir. Başkan göreve geldiğinde Temsilciler Meclisi’nde 120 kişinin 47’si Senato’da ise 30 kişinin 14’ü başkanın partisindedir. Yani başkan, parlamento desteğini elde etmek için DKP ile koalisyon kurmayı tercih etmiştir.<sup>126</sup> Bu dönemde başkanın görev süresini kısaltmak ve hileli seçim iddialarından kurtulmak için hamleler yapıldığı görülmektedir. Ancak bunun gerçekleştirilebilmesi için başkanın da ikna edilmesi gereklidir. Çünkü parlamento çoğunluğunu gerekli kılmak için DKP ile bir ittifak kurması gerekli olmasına karşın bu iki parti birbirine muhalif iki parti olduğu için mümkün değildir. Bu nedenle ABD’nin de sürece müdahil olması ile birlikte partilerin ve başkanın uzlaştığı, bir takım seçim ve anayasa reformu ile birlikte başkanın da görev süresinin kısaltıldığı görülmektedir. Böylelikle başkan iki yıl görev yaparak seçimler vasıtasıyla görevini devretmiştir.<sup>127</sup> Bolivya’da ise Siles Zuazo, 1956-1960 yılları arasında ve 1982-1985 yılları arasında görev yapmış bir başkandır. Özellikle, askeri diktatörlüğün bitmesinin hemen ardından görev yaptığı ikinci döneminde,<sup>128</sup> hiperenflasyon ve sokak hareketle-

<sup>124</sup> Anibal Perez-Liñan, *Juicio Político al Presidente y Nueva Inestabilidad Política en America Latina*, 2009, s. 282-290.

<sup>125</sup> Mustapic, (2010), s. 20.

<sup>126</sup> Bu dönemde parlamentoda üç büyük parti bulunmaktadır. Bunlar, başkanın da mensubu olduğu Sosyal Hristiyan Reformist Parti (Partido Reformista Social Cristiano), Devrimci Dominik Partisi (DDP) (Partido Revolucionario Dominicano) ve Dominik Kurtuluş Partisi (DKP) (Partido de la Liberación Dominicana)’dır Mustapic, (2010), s. 22-23.

<sup>127</sup> Valenzuela, (2004), s. 7-8.

<sup>128</sup> Zuazo, normalde 1980 yılında göreve başlamış gerekirken demokratik süreç iki kez darbe girişimi ile bölündüğü için 1982 yılında göreve başlamak zorun-

ri dolayısıyla sürekli parlamento ile gerilim halindedir. Parlamentoda her iki mecliste de azınlıkta olan başkan sürekli IMF tarafından ortaya konulan standartlar ile iç siyasetteki etkinliği bulunan sendikalar ve siyasi organizasyonların talepleri arasında bir denge sağlamaya çalışırken ekonomik olarak sürekli başarısızlıklar ile karşılaşmıştır.<sup>129</sup> Bu dönemde başkan, 130 üyeli Temsilciler Meclisi'nde kendi partisinin 27, toplamda dört partinin temsil edildiği koalisyonunun ise 47 vekilinin desteğini elde edebilmiştir. Senato'da ise 27 üyenin sadece 10'u başkanını desteklemektedir.<sup>130</sup> Çok partili bir parlamentoda diğer partiler, başkana destek vermeyi reddetmiş ve tüm tekliflerini veto etmişlerdir fakat bunun karşılığında parlamentoda muhalefet adına birlikte hareket eden anlamlı bir çoğunluk koalisyonu da söz konusu değildir.<sup>131</sup> Dolayısıyla bir kilitlenme söz konusudur. Başkan ise bu kilitlenmeden Katolik Kilisesi'nin aracılığında, partiler ile anlaşma yaparak bir yıl içinde yeni başkanlık seçimleri yapılmasını sağlayarak kurtulmuştur.<sup>132</sup>

Tüm bu örneklerde siyasal krizden çıkışın erken seçimler vasıtasıyla giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Marsteintredet de bu nedenle bu uygulamanın parlamentolarındaki erken seçim mekanizması ile benzeştirdiğini ifade etmektedir.<sup>133</sup>

## b. Krizin Parlamento Tarafından Çözülmesi

İkinci çözüm, siyasal krizin parlamentoda başkan aleyhine organi-

---

da kalmıştır. Miguel A Buitrago, "Civil Society, Social Protest, and Presidential Breakdowns in Bolivia", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Mainstredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 91-111, s. 95.

<sup>129</sup> Valenzuela'ya göre bu dönemde başkanın her hamlesi başarısızlık ile sonuçlanmıştır. Kararnameler ile yönetmek, lobıcılık faaliyetleri ile parlamentoda etkinliği sağlamak, kabinede teknokrat üyelere yer vererek ekonomiyi toparlamak gibi tüm girişimleri geri tepmiştir. Valenzuela, (2004), s. 10.

<sup>130</sup> Bu dönemde başkan, Bolıvya Komünist Partisi (Partido Comunista de Bolivia), Milliyetçi Devrimci Sol Hareket (Movimiento Nacionalista Revolucionario de Izquierda), Devrimci Sol Hareket (Movimiento de Izquierda Revolucionario) ve Hristiyan Demokrat Parti (Partido Demócrata Cristiano) tarafından desteklenmektedir. Buitrago, (2010), s. 85.

<sup>131</sup> Bu dönemde, muhalefet parti ADN'nin lideri Hugo Banzer başkanın görevi başkan yardımcısına devretmesi gerektiğini ya da erken seçim kararı alması gerektiğini ifade etmiştir. Bu dönemde asker tarafından da kendisine görevi bırakması yönünde baskılar yapılmaktadır. Yine ADN senatörü başkanın, istifa etmesi, erken seçimlere karar vermesi ya da impeachment süreci ile yüzleşmesi arasından birini tercih etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bir aralık impeachment teklifinde bulunulmuş ise de Yüksek Mahkeme bunu reddetmiştir. Buitrago, (2010), s. 96.

<sup>132</sup> Mustapic, (2010), s. 23; Valenzuela, (2004), s. 10.

<sup>133</sup> Marsteintredet, (2008), s. 43-44.

ze olabilen bir çoğunluğun olduğu durumlardır.<sup>134</sup> Yani parlamentoda başkan aleyhine bir çoğunluk söz konusudur. Burada başkan aleyhine teşekkül eden parlamento çoğunluğunun başkan aleyhine impeachment usulüne başvurması da krizden parlamento vasiyasıyla çıkışa örnek olarak gösterilebilir. Ancak burada ele alınan husus başkanın istifaya zorlamaktır. Yani başkan hakkında impeachment önergesi verilmiş dâhi olsa bu durum ilk etapta başkan için bir uyarı anlamına gelmektedir. Örneğin Brezilya'da Collor de Mello (1992)<sup>135</sup> ve Paraguay'da Raul Cubas (1999)<sup>136</sup> bu tür bir baskı ile görevinden ayrılan başkanlar ara-

<sup>134</sup> Mustapic, (2006), s. 62 vd.

<sup>135</sup> Collor göreve seçildiğinde kendisinden önceki başkan Sarney, yolsuzluklar ve kötü yönetilmiş bir ekonomi ile görevi bırakmıştı. Collor da ekonomide iyileşmeyi sağlayacağına dair vaatlerde bulundu ve kamuoyunda itibarları zedelenen birçok siyasi parti elitleri ile arasına mesafe koydu. Bu dönemde Collor Planı olarak adlandırılan ekonomi planını işleme koydu. Bu planların temelinde, başkanın parlamento desteği zayıf olduğu için kanunlar değil kararnameler yer almaktadır. Başkan Altyapı Bakanlığı'na otoyol bakımı projeleri için açık artırma usulü öngörülmezsizin sözleşmecileri belirleme yetkisi veren bir kararname çıkarmıştır. Bunun sonucunda ise medyada yüksek kademedeki kamu görevlileri, bakanlar, başkanın eşin ve başkan aleyhine haberler yer almaya başladı. Nihayetinde Collor'un kardeşi Pedro, Collor'un seçim yöneticisi Paulo Cesar Farias'ın hayali offshore şirketleri içinde kara para aklama faaliyetlerinde bulunduğunu iddia etti. Collor bu iddiayı reddetse de polis Farias'ın şirketi hakkında bir soruşturma başlattı. Bunun sonucunda Kongre'de iki meclisin de katıldığı bir komisyon kuruldu. Komitenin incelemeleri sonucunda Fraix'in Collor'un banka hesabına altı buçuk milyon dolar aktardığı bilgisi yer aldı. Ağustos sonunda komite görevini bitirdiğinde Sao Paulo, Rio de Janeiro, Brasília ve diğer büyük şehirlerde başkanın istifa etmesi için büyük halk gösterileri düzenlendi. 29 Eylül'de Collor'un impeachment'ine Temsilciler Meclisi'nin 441'e karşı 38 oyuyla karar verdi. Bunun sonucunda Collor'un başkanlığı altı aylık bir süre için donduruldu. Senato'da ise 73'e karşı 8 oy ile görevden alındı ve yirmi iki yolsuzluk isnadı ile soruşturulması konusunda yetki verildi. Senato oylaması öncesinde ise Collor istifa etmişti. İki mecliste de oylamaların bu derece yüksek çıkmasının nedeni ise Collor'un her iki mecliste de kendisinin oldukça az bir sandalyeye sahip olması idi. Bu nedenle oylamaları etkileyememiştir. Perez-Liñan, (2007), s. 14-15.

<sup>136</sup> Raul Cubas Grau'nun seçim vaadi, bir önceki başkan Wasmony idaresi tarafından isyan suçu işlediği iddiasıyla yakalanan General Lino Oviedo'nun serbest bırakılması üzerine inşa edilmiştir. Cubas 1998 yılında başkan olarak seçilmiştir. Normalde başkanın partisi olan Partido Colorado, Temsilciler Meclisi'nin %56'sına sahiptir. Fakat partinin fraksiyonlara bölündüğü görülmektedir. Partinin bir kısmı olan Oviedistalar (General Oviedayı destekleyenler) başkanı desteklerken bir kısmı ise Arganistalar olarak adlandırılmakta ve Cubas'ın başkan yardımcısı da olan Argana'yı desteklemektedir. Başkan bu nedenle gerçekte parlamentoda azınlık durumundadır. Ancak parlamentodan destek aramaktansa kendisini parlamentodan soyutladığı görülmektedir. Kabinesini sadece Oviedistalar tarafından oluşturmuştur. Lakin görünen odur ki başkan, Arganistalar'dan ve diğer parlamento muhalefetinin (Arganistalar, Authentic Radical Liberals ve Encuentro Nacional tarafından oluşturulan Dmeokratik Cephe) tepkisinden kurtulmak adına göreve gelir gelmez başkan yardımcısına da haber vermeksizin Oviedo'nun serbest bırakılması için kararname yayımlar. Fakat parlamenter muhalefetin bu

sında gösterilmektedir. Ancak elbette başkanın istifası, impeachment sürecini sona erdirmemektedir. Örneğin Senato'da impeachment hakkındaki oylamadan önce Collor de Melo istifa etmiş olmasına karşın Senato'da impeachment 8'e karşı 77 oy ile kabul edilmiş ve başkan hakkında ceza yargılaması yapılabilmesi için yetki verilmiştir.<sup>137</sup>

Arjantin'de Fernando de la Rúa (2001)<sup>138</sup> ve Rodriguez Saa (2001),<sup>139</sup>

---

kararnameyi Yüksek Mahkeme'ye taşıdığı görülmektedir. Mahkeme kararnameyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve generalin tekrar hapse gönderilmesini emretmiştir. Fakat Cubas bu karara uymamıştır. Böylelikle parlamento için başkan hakkında impeachment süreci başlatabilmek için lazım olan gerekçe de bulunmuştur. Oviedo'nun ise halkı Yüksek Mahkeme aleyhine kızdırtması kitle hareketlerinin başlamasına neden olmuştur. Bu dönemde başkan Cubas'ın partisinde de Arganistalar ve Oviedistalar arasında gerilimin yaşandığı görülmektedir. Bu gerilimin sonucunda partinin hâkimiyeti Arganistalara geçmiş ve başkanın Partido Colorado'nun temsilcisi olmadığı ilan edilmiştir. Parlamentoda impeachment süreci devam ederken Oviedistalar ile Parlamento ve Yüksek Mahkeme arasındaki gerilim de giderek tırmanmaktadır. Bu sırada başkan yardımcısı Argana'ya karşı bir suikast girişiminde bulunulması, başkan Cubas'ın halk desteğini daha da azaltmıştır. Kamuoyu bu eylem için Oviedo'yu suçlamıştır. Bunun sonucunda Temsilciler Meclisi olağanüstü toplantıya çağırılmıştır. Kongre'deki toplantı sabaha karşı saat sekizde başladığı vakitte dışarda da göstericiler impeachment için tezahürat yapmışlar ve Oviedoyudestekleyen vekillerin Kongre binasına girmesini engellemişlerdir. Bu sayede parlamentoda impeachment isnatlarının kabul edildiği görülmektedir. Perez-Liñan, (2000), s. 70; Perez-Liñan, (2007), s. 161-164.

<sup>137</sup> Ahmet Ekinci, Serkan Nebi Yıldırım, "Brezilya'nın Başkanlık Sistemi Uygulaması", içinde Dört Kitada Başkanlık Sistemi Uygulaması, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, Astana Yayınları, 2017, s. 177-178.

<sup>138</sup> 2001 yılında seçilen Fernando de la Rúa, ekonomik krizi aşmak için sert ekonomik tedbirler almıştır. Ayrıca seçim kampanyasında şeffaf idare ve insancıl ekonomi vadetmesine karşın göreve geldikten sonra rüşvet ve yolsuzluk iddiaları ile sarılmıştır. Bakanların parlamenterlere rüşvet vererek kanunları onaylattıklarının ortaya çıkması, başkanın FREPASO ile yaptığı koalisyonun dağılmasına sebep olmuştur. Bu çerçevede FREPASO lideri ve başkan yardımcısı Carlos Alvarez görevinden istifa etmiştir. Bu olaylar ve sert ekonomik tedbirler karşısında 2001 Ekim'inde gerçekleştirilen ara seçimlerde de Temsilciler Meclisi'nin %45'inin Senato'nun ise %56'sının rakip Peronist Parti'ye geçtiği görülmektedir. İlerleyen zaman içerisinde başkanın ekonomik kriz ile mücadele etmek için olağanüstü hal ilan etmesi ise halk hareketlerinin başlangıcı olmuştur. Çok sayıda ölüm ve yaralanma ile sonuçlanan bu sokak hareketleri, Peronist parti liderlerinin başkan ile görüşmesi ve impeachment tehdidinde bulunması sonucunda başkan istifa etmiştir. Başkan yardımcısı da daha önce istifa etmiş olduğu için her iki meclisi de kontrol eden Peronist parti, yeni bir başkan atamıştır. Bu çerçevede San Luis valisi Rodriguez Saa'nın başkan olarak atandığı görülmektedir. Mariana Llanos, "Presidential Breakdowns in Argentina", Presidential Breakdowns in Latin America, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredeet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 55-73, s. 65-66; Perez-Liñan, (2009), s. 282-290.

<sup>139</sup> Başkan Rodriguez Saa, parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran Peronist Parti'ye mensuptur. Saa'nın kısa sürede yaptığı atamalar ve seçilme usulünün anayasaya aykırı olduğu yönünde ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Bu kriz ise yeni

Bolivya'da Gonzales Sanchez de Lozada (2003) ve Carlos Mesa (2005),<sup>140</sup>

bir kriz ortaya çıkarmıştır. Öyle ki başkan, kendi partisinden dâhi destek görememiş ve göreve başladıktan bir hafta sonra istifa etmiştir. Duhalde ise 1 Ocak 2002 tarihinde akabinde e Kongre'nin oturumunda 21'e karşı 262 oy ile yeni başkan seçilmiştir. Llanos, (2010), s. 65-66; Perez-Liñan, (2009), s. 282-290.

<sup>140</sup> Gonzalo Sanchez de Lozada, 2002 Ağustos'da Bolivya'da başkan olarak seçilmiştir. Göreve başladığı dönemde Bolivya'da üç geleneksel parti vardır. Bunlar MNR, MIR ve ADN iken ayrıca Eva Morales liderliğindeki Sosyalizm Hareketi (Movimiento al Socialismo, MAS) ve Manfred Reyes Villa liderliğindeki Yeni Cumhuriyetçi Kuvvet (Nueva Fuerza Republicana, NFR) parlamento seçimlerinde önemli derecede koltuk elde etmişlerdir. Başkan MIR ve ADN ile koalisyon kabinesi kurmuştur. Sonrasında bu koalisyona NFR'nin de katıldığı görülmektedir. Böylelikle Kongre'nin 2/3'ünün desteğini elde etmelerine karşın koalisyondaki siyasal yelpazenin geniş olması, özellikle kilit önemdeki ekonomik konularda partiler arasındaki anlaşmazlıkları da ortaya çıkarmıştır. Başkan, Eva Morales ve partisi MAS ile halk üzerindeki etkisi nedeniyle başlangıçta iyi ilişkiler geliştirmeye çalışmıştır. Ancak ABD ile başkan Lozada hükümeti arasındaki koka yetiştirilen toprakların yok edilmesi karşılığında Bolivya tekstil ürünlerinin ABD pazarına girmesine müsaade edileceğine yönelik bir ekonomik anlaşma Bolivya'da koka üreticilerini sokağa dökmüş ve gösterilerde 12 kişi hayatını kaybetmiştir. Eva Morales, bundan dolayı 6 bakan hakkında güvenoyu önergesi vermiştir. Ayrıca, polisin bazı yetkilerinin orduya verilmesi karşısında emniyet güçleri başkanı protesto etmiştir. Bu protestolar sırasında ordu ve emniyet mensupları arasında silahlı çatışmalar yaşanmış ve aradakalan göstericiler arasından 17 kişi hayatını kaybetmiştir. Fakat başkan, parlamentodaki çoğunluğun kontrolünü koalisyon vasıtasıyla elinde bulundurmaya devam etmiştir. Bu nedenle de Eva Morales'in Sokak hareketlerini daha fazla teşvik etmeye başladığı görülmektedir. Bu dönemde koalisyon partileri MIR ve NFR arasında da hükümetin hidrokarbon bakan yardımcısı Mario Requena tarafından Bolivya gazını Şili limanı üzerinden ihraç edilmesi teklifi üzerinden anlaşmazlıklar yaşandığı görülmektedir. Fakat hükümetin gaz ihracatı planı sonrasında tekrar çeşitli gruplar tarafından sokak gösterileri düzenlendiği ve bu gösterilerin ülke geneline yayıldığı görülmektedir. Bu gruplar arasında MAS, Pachakuti Yerli Hareketi (Movimiento Indígena Pachakuti, MIP) Yuurtsuz Hareket, (Landless Movement) MIP (Felipe Quispe'nin hizbi), koka üreticileri, emekliler gibi geniş yelpazede gruplar sayılmaktadır. Talepleri de aynı derecede çeşitli olan grupların birleştiği konulardan biri ise başkan Lozada'nın istifasıdır. Şiddet olaylarının artmaya başlaması ile birlikte başkan yardımcısı Carlos Mesa kendisini hükümetten uzaklaştırarak parlamentonun müdahil olması gerektiğini ifade etmiştir. Koalisyon ortakları MIR ve NFR başlangıçta başkana desteklerini açıklamışlardır. Ancak 17 Ekim'de birçok birlik kumandanı başkanın politikalarını uygun bulmadıklarını açıklamaları sonrasında MAS ve bazı organizasyonlar başkanın istifasını talep etmişlerdir. Akabinde ise MIR ve NFR'nin başkana olan desteklerini geri çektikleri görülmektedir. Akabine ise başkan, parlamentoda desteği kalmadığını görerek istifa baskılarını kabul ederek istifa etmiştir. Lozada yerine başkanlık koltuğuna geçen Mesa, temelde siyasal meşruyetten yoksundur. Bu nedenle parlamentodaki gruplar ile başlangıçta iyi geçinmeye çalışmıştır. Ayrıca Lozada döneminde problem olan bazı konularda somut adımlar kendisinden beklenmektedir. Bu kapsamda Kurucu Meclis kurularak yeni bir anayasa yapılması,



Guatemala'da Jorge Serrano Ellias (1993),<sup>141</sup> parlamento ile yaşadıkları gerilimde, parlamentonun baskısı sonucunda istifa etmek zorunda kalmışlardır.<sup>142</sup>

Başkanın istifası ile sonuçlanan krizlerden sonuncusu 2017 yılında Peru'da yaşanmıştır. Peru'da başkan Kuczynski hakkında ortaya çıkan rüşvet ve yolsuzluk iddiaları bir siyasal krize yol açmıştır. Parlamento'da Fujimori'yi destekleyenler (*Fujimoristas*) çoğunlukta ve Aralık 2017'de başkanın görevden alınması için oylama gerçekleş-

---

hidrokarbon kanununun değiştirilmesi ve doğal gaz ihracı ile ilgili reform talepleri ile karşı karşıyadır. Mesa, kendisini geleneksel partilerden soyutlarken parlamentoda ise başkanın tartışmalı olmayan konular dışındaki hiçbir teklifi destek görmemektedir. Örneğin başkanın Kurucu Meclis kurulması yönündeki talebi kabul edilirken bütçe teklifi parlamentoda destek görmemiştir. Bu dönemde de başkan karşısında halkın çeşitli kesimlerinden sokak gösterileri yapıldığı görülmektedir. Protestocular tarafından kuşatılan ve parlamento ile birlikte çalışmayan başkan Mart 2005 ve Haziran 2005'te iki kez istifa dilekçesini Kongre'ye sunmuştur. İlkini kabul etmeyen Kongre'nin Eva Morales'in ve bazı sendika liderlerinin desteği ile ikinci istifa dilekçesini kabul ettiği görülmektedir. Fakat Mesa'nın istifası sonrasında anayasaya göre teselsül sırasında Senato (Hormando Vaca Diez) ve Temsilciler Meclisi (Mario Cossio) başkanları yer almaktadır. Bununla birlikte Mesa'nın istifasına da sebep olan protestocuların Kongre girişini kapattığı ve parlamenterleri Sucre'de toplanmaya zorladığı görülmektedir. Sucre'de toplanan parlamenterler ise, MAS ve farklı sivil toplum organizasyonlarının baskılarıyla, teselsül sırasındaki iki mevkiiyi atlayarak Yüksek Mahkeme başkanı Eduardo Rodriguez'i geçici başkan olarak atamıştır. Buitrago, (2010), s. 96-101.

<sup>141</sup> Genel çerçevede bakıldığında Guatemala başkanı Serrano'nun istifası da bu kategoride sayılmaktadır. Ancak Serrano, istifasından çok daha önce, parlamentoda çok az desteğe sahip olması, parlamentonun ekonomik içerikli yasa tekliflerini sürekli reddetmesi, ekonominin giderek kötüleşmesi nedeniyle halkın sokak hareketlerine başkaması dolayısıyla, meclisi feshetmiş, Anayasa Mahkemesi'ni baskılamış, Ombudsmanı görevden almış ve ülkeyi kararnameler ile yönetmeye karar vermiştir. Dolayısıyla zaten krizin başkangıcı itibarıyla demokratik ve anayasal bir düzen söz konusu değildir. Bu nedenle de örnek olay olarak metinde yer verilmekle birlikte bizzat Serrano hadisesi diğer örneklerden ayrılmaktadır. Ancak sonucu itibarıyla demokrasinin restore edilmesi, bu amaçla örgütlenen sosyal organizasyonun takdir edilmesini gerektirmektedir. Başkanın bu baskıcı tutumu, ABD ve uluslararası örgütler tarafından kınanmış ve başkan aleyhine büyüyen ve geniş bir sosyal tabana sahip ve kendilerine Instancia adını veren siyasal partilerden ve sosya organizasyonlardan oluşan halk örgütlenmesi ortaya çıkarmıştır. Ordunun bir kesiminin de başkan aleyhine olması sonucunda, bu örgütlenme başkan ve birkaç gün sonra da başkan yardımcısının istifa ettirmeyi başarmıştır. Sonrasında toplanan parlamento, bu örgütlenmenin sunduğu üç aday arasından eski insan hakları Ombudsmanı Leon Carpio'yu geçici başkan olarak seçmiştir. Bjune, Petersen, (2010), ss. 165-181.

<sup>142</sup> Mustapic, (2010), s. 20.

tirilmiştir. Bu dönemde başkanın halk desteğinin %18 gibi oldukça düşük bir seviyede olduğu görülmektedir. Söz konusu oylama, tıpkı Fujimori için yapıldığı gibi “ahlaki yetersizlik” (*incapacidad moral*) iddiasına dayanmaktadır.<sup>143</sup> Ancak bazı Fujimoristaların oylamaya katılmadıkları ve bu sayede başkanı görevden almak için yeterli çoğunluğun sağlanamadığı görülmektedir. Ancak muhalefet tarafından sonradan ortaya çıkarılan ses ve görüntü kayıtları, bu üyelere başkan tarafından rüşvet verildiğini kanıtlamaktadır. Bu görüntülerin ortaya çıkmasından sonra ise başkan Kuczynski, suçlamaları kabul etmemekle birlikte görevinden istifa etmiştir.<sup>144</sup>

Burada şu hususa dikkat edilmelidir ki başkan impeachment ile görevden alınmamaktadır. Başkan sadece istifa etmektedir. İstifa, temelde hükümet sistemi tartışması başlatmak için elverişli ve yeterli bir argüman değildir. Ancak başkan karşısındaki parlamenter muhalefet o derece kuvvetlidir ki başkan için istifa neredeyse tek seçenektir. Zira muhalefet, sokak hareketleri vasıtasıyla başkanı yönetemez hale getirmekte, başkana ciddi yolsuzluk iddiaları yöneltmekte bu sayede başkanın halk nezdindeki itibarını ve desteğini yok etmektedir. Yani zımnî olarak parlamento, başkana başka bir seçenek bırakmayarak, onu istifaya zorlamaktadır.

#### 4. Görevden Alınan Başkanın Halefinin Parlamento Tarafından Belirlenmesi

Başkanın yukarıda ele alınan metodların biri vasıtasıyla görevi sona erdikten sonra boşalan başkanlık makamının nasıl doldurulacağı da ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Halefin parlamento tarafından belirlenmesi ise parlamenter sistemlerde başbakanın parlamento içinden çıkması gibi sistemi esnekleştiren ve parlamenter sisteme öykündüren bir hal almaktadır.

<sup>143</sup> “Perú: ¿cómo y por cuántos votos se salvó el presidente Pedro Pablo Kuczynski de una destitución que parecía inminente?”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42450902>, (Erişim Tarihi: 26.1.2019).

<sup>144</sup> “Perú: renuncia el presidente Pedro Pablo Kuczynski (PPK) entre acusaciones de corrupción y sobornos”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43481060>, (Erişim Tarihi: 26.1.2019).



**Tablo: Latin Amerika’da Parlamento Tarafından Seçilen Başkanlar<sup>145</sup>**

ÜLKE, YIL ve HALEF
Bolivya, 1985-2005 Arası Tüm Seçimler
Bolivya, 2005, Eduardo Rodriguez, ( <i>Yüksek Mahkeme Başkanı</i> )
Guatemala, 1993, De Leon Carpio ( <i>Ombudsman</i> )
Venezuela, 1993, Velazquez, ( <i>Senatör</i> )
Ekvator, 1997, Alarcon, ( <i>Kongre Başkanı</i> )
Arjantin, 2001/02, Rodriguez Saa ve ( <i>ondan sonra</i> ) Duhalde ( <i>Senatör</i> )
Peru, 2000, Valentin Paniagua, ( <i>Kongre Başkanı</i> )
Venezuela, 2019, Juan Guaido, ( <i>Kongre Başkanı</i> )

Tabloda, Bolivya (1985-2005 arasındaki tüm seçimler) dışında,<sup>146</sup> görülen örneklerin hepsinde, başkanın görevden alınması, başkan yardımcısının görevi devralması ile değil parlamento tarafından istifa eden başkanın kalan görev süresini doldurması için yeni bir başkan atanması ile neticelenmiştir. Yani hem başkanın görevden alınmasına zemin hazırlayan hem de bir sonraki başkanın kim olacağına karar veren aynı irade, yani parlamentodur. Burada elbette ki anayasal olarak başkanın halefinin kim olacağı anayasalarda belirtilmiştir. Venezuela hariç diğer ülkelerde başkanlık makamında daimi boşalma olması durumunda başkana, başkan yardımcısı halefiyet etmektedir.<sup>147</sup> Ancak bu ülkelerde başkanlık makamındaki boşalmadan önce veya hemen sonra, başkan yardımcılığı makamında da boşalma olduğu görülmektedir. Örneğin Arjantin’de aynı anda hem başkan hem de başkan yardımcılığı makamında boşalma olması durumu “başsızlık” (*acefalia-acephaly*) olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda, seçimlere kadar, senatör, milletvekili

<sup>145</sup> Marsteintredet, (2008), s. 44-45.

<sup>146</sup> Bolivya’da, 2009 Anayasası öncesi dönemde, başkanın seçim usulü olarak farklı bir uygulamanın tercih edildiği görülmektedir. Başkanlık seçimlerinde hiçbir aday kullanılan oyların salt çoğunluğunu elde edemezse en fazla oyu alan iki aday arasından (1994’e kadar üç aday arasından) parlamento tarafından seçilmekteydi. Burada başkan adayının tespiti parlamentonun iradesine bağlı kılınmıştı. Ayrıca burada hem eş zamanlı seçim uygulamasının hem de devlet başkanının parlamento tarafından seçilmesi uygulamasının aynı anda anayasal sistemde mevcut olduğu görülmektedir. Eduardo A. Gamarra, “Hybrid Presidentialism and Democratization: The Case of Bolivia”, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Scott Mainwaring, Matthew Soberg Shugart, Cambridge University Press, 1997, ss. 363-394, s. 363-364.

<sup>147</sup> Anayurt, İkinci, (2017), s. 467.

ya da valiler arasından bir kişi Kongre tarafından başkan olarak seçilir.<sup>148</sup> Yani görevden alınan başkanın görev süresi, Kongre tarafından atanacak bir kişi tarafından doldurulacaktır. Dolayısıyla başkanın istifa, şayet siyasal ortam da elverişli ise parlamento tarafından atanan bir yürütme olgusunu da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla başkanlık sisteminin temel mantığından da uzaklaşıldığı açıktır.

Ekvator'da ise 1997 yılında başkanın görevden alınması sonucunda yerine başkan yardımcısının halefiyet etmesi anayasal olarak öngörülmüş ve mevcut bir başkan yardımcısı bulunmakta iken parlamento başkanı Alarcon'un başkan yardımcısından daha fazla meşruiyete sahip olduğu inancı, parlamentonun 2/3 oyları ile parlamento başkanını başkan olarak seçmesine yol açmıştır.<sup>149</sup>

## SONUÇ

Çalışmanın temel sonuçlarından ilki, *devlet başkanının sabit görev süresi için halk tarafından seçilmesinin görevine devam etmek için yeterli bir güvence olmadığıdır*. Devlet başkanının halk tarafından seçildiği ve tek başlı yürütme esasına dayalı sistemlerde başkan, sistem içerisinde ağırlığını hissettirmektedir. Zira bu sistemlerde politika belirleyici büyük oranda başkandır. Başkanın böyle önemli bir makama sahip olması, kendi politikasını hayata geçirme imkânı dolayısıyla ona ciddi bir üstünlük de sağlamaktadır. Ancak madalyonun diğer tarafına bakıldığında ise başarısız tüm politikaların müsebbibi olarak da hedef tahtasına başkanın oturtulduğu görülmektedir. Bu nedenle başkanın halk nezdinde popülaritesi düşmeye başladığında kendisine daha önce destek olan parlamentonun bile zaman içerisinde ona karşı cephe aldığı görülmektedir. Hele ki parlamento içerisinde kendisine destek veren istikrarlı bir çoğunluğun olmadığı ya da zayıf bir menfaat bağı ile başkana bağlı olan partilerin mevcudiyeti durumunda, bu partilerin halktan destek görmeyen bir başkana destek olmaktan imtina ettikleri görülmektedir. Hele ki seçimlerin yaklaşması bu olguyu daha da artırabilmektedir. Yani göreve devam etmeyi "garantileyebilmek" için başkanın ilk olarak halk desteğine sahip olması, beraberinde de istikrarlı bir parlamento desteğini elde etmiş olması gerekmektedir.

<sup>148</sup> Llanos, (2010), s. 65.

<sup>149</sup> Marsteintredet, (2008), s. 45.

Halk tarafından seçilen başkanın siyasal sorumluluğu halka karşıdır. Ancak zaman içinde halk desteğini yitiren başkanın yine halkın tamamını temsil eden parlamento ile girişeceği bir mücadele çoğu zaman onun aleyhine tecelli eder. Bu durumda başkanın yapabileceği en makul çözüm *parlamento ile uzlaşmaktır*.

Çalışmanın dayandığı temel sonuçlardan ikincisi ise *başkanın* görev süresi dolmadan görevinin sona ermesi için için tek vasıtanın impeachment olmadığı, *kaldı ki impeachment usulünün dâhi parlamentolar tarafından bir siyasal sorumluluk vasıtası olarak kullanıldığıdır*. Şayet başkan, parlamento çoğunluğu ile uzlaşmaktansa ona karşı cephe almayı ve kararname ve atama yetkileri gibi tek taraflı kullandığı yetkiler vasıtasıyla kendi politikasını dayatmayı tercih ederse işte bu durumda parlamento, sabit bit dönem için seçilen başkanı görevden almanın yollarını arayacaktır. Eğer anayasada öngörülen çoğunluğu elde ediyorsa, parlamento muhalefetinin girişeceği ilk adım başkan aleyhine impeachment sürecini başlatmaktır. Bu süreci başlatmak için başkan aleyhine yolsuzluk iddialarının ortaya çıkarılmaya çalışıldığı görülmektedir. Çoğu zaman parlamentolar, anayasal çoğunluğu sağlayamayacak olsalar bile başkanı halk nezdinde yıpratmak ve desteğini azaltmak için bu süreci başlatabilmektedir. Zira başkan zor durumda kaldığında ya parlamento ile uzlaşacak ya da Brezilya'da Collor ya da Peru'da Kuczynski'nin yaptığı gibi istifa etmek durumunda kalacaktır. Üçüncü yol, yani direnmek ise tehlikelidir. Zira bu durumda siyasal anlamda tehlikeli bir yola girilmiş olmaktadır. Bu durumda parlamenter muhalefetin toplumsal muhalefete dönüşmesi ve iç karşılıkların ülkeyi yönetilemez bir hale getirmesi riski bulunmaktadır. Bu durumda ise başkanın genelde parlamento ile uzlaşma ihtimali de azalmaktadır. Başkan ile anlaşamayan parlamento, başkanın istifa etmesini sağlayamaz ve impeachment için gerekli anayasal şartları sağlayamazsa başkanın fiziksel ve/veya zihinsel yetersizliği gerekçesiyle başkanlık makamında daimi bir boşalma olduğunu gerekçesiyle başkanı görevden alma yolunu seçebilir. Bu yöntem anayasada öngörülmuş bir usulün saptırılması sonucu uygulanmaktadır. Ekvator, Peru ve Venezuela'da örnekleri görülen bu uygulama ise ya ciddi bir siyasal krizi nihayete erdirmek ile sonuçlanmakta ya da ciddi bir siyasal krizin daha da ağırlaşmasına sebebiyet verebilmektedir.

## Kaynakça

- Aguilar, Sandra Lindembert, "La Censura Ministerial en el Peru", *Gaceta Constitucional*, S. 53, 2013, ss. 395-406.
- Alvarez Michael E, Marsteintredet Leiv, "Presidential and Democratic Breakdowns in Latin America: Similar Causes, Different Outcomes", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 33-55.
- Anayurt Ömer, Ekinci Ahmet, "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getiriln Sistemde Cumhurbaşkanlığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", *Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, ss. 401-500.*
- Ball Alan B, *Modern Politics and Government*, Macmillan Press, 1971, Büyük Britanya.
- Belaunde Domingo Garcia, "El Presidencialismo Atenuado y Su Funcionamiento (Con Referencia al Sistema Constitucional Peruano)", *Biblioteca Juridica Virtual del Instituto de Investigaciones Juridicas de la Unam, Meksika, 2009, ss. 119-135.*
- Berntzen Einar, Holvik Skinlo Tor-Einar, "Peru and the Fujimori Presidential Breakdown in 2000: Continuismo Gone Bad", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 197-213.
- Bjune Maren Christensen, Petersen Stina, "Guarding Privileges and Saving the Day: Guatemalan Elites and the Settlement of the Serranazo", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Mirsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010.
- Buitrago Miguel A, "Civil Society, Social Protest, and Presidential Breakdowns in Bolivia", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Mainstredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 91-111.
- Carey John, Shugart, Matthew Soberg, "Calling Out the Tank sor Filling Out the Forms?", *Executive Decree Authority*, Cambridge University Press, 1998.
- Carey John M., "Presidential versus Parliamentary Government", *Handbook of New Institutional Economics*, Ed. Menard and M. M. Shirley, Springer, Netherland, 2005, ss. 91-122.
- Corrales Javier, *The Authoritarian Resurgence: Authocratic Legalism in Venezuela*", *Journal of Democracy*, Vol. 26, No. 2, 2015, Pp. 37-51.
- Cox Gary, Morgenstern Scott, "Latin America's Reactive Assemblies and Proactive Presidents", *Comparative Politics*, Vol. 33, No. 2 (Jan., 2001), pp. 171-189.
- Doval Gisela Pereyra, Actis Esteban, "The Political and Economic Instability of Dilma Rouseff's Second Government in Brazil: Between impeachment and the Pragmatic Turn", *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, C. 72, Sa. 2, 2016, ss., 120-131.
- Ekinci Ahmet, Yıldırım Serkan Nebi, "Brezilya'nın Başkanlık Sistemi Uygulaması", içinde *Dört Kitada Başkanlık Sistemi Uygulaması*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, Astana Yayınları, 2017.
- Gamarra Eduardo A., "Hybrid Presidentialism and Democratization: The Case of Bolivia", *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Scott Mainwaring, Matthew Soberg Shugart, Cambridge University Press, 1997, ss. 363-394, s. 363-364.
- Gayyoso Ramiro Daniel Sanchez, Cadena, Alberto Escamilla, "La Interrupcion del Mandato Presidencial en America Latina (1992-2016)", *POLIS*, C. 13, Sa. 1, ss. 47-84, 2017.

- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.
- Helmke Gretchen, "Presidential Crises in Contemporary Latin America", *Institutions on Edge: Inter-Branch Crises in Latin America* [http://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/helmke\\_blm.pdf](http://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/helmke_blm.pdf), (Erişim Tarihi: 24.1.2019).
- Hetland Gabriel "From System Collapse to Chavista Hegemony-The Party Question in Bolivarian Venezuela", *Latin American Perspectives*, Vol. 44, Issue 2012, 2017, pp. 17-36.
- Hochstetler Kathryn, "Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Falls in South America", *Comparative Politics*, C.. 38, Sa. 4, 2006, ss. 401-418.
- Hochstetler Kathryn, Edwards Margaret E, "Failed Presidencies: Identifying and Explaining a South America Anomaly", *Journal of Politics in Latin America*, C. 1, Sa. 2, ss. 31-57.
- Hochstetler Kathryn, Samuels David, "Crisis and Rapid Reequilibration: The Consequences of Presidential Challenge and Failure in Latin America", *Comparative Politics*, C. 43, Sa. 2, 2011, ss. 127-145.
- Kim Young Hun, "Impeachment and Presidential Politics in New Democracies", *Democratization*, C. 21, Sa. 3, 2014, ss. 519-553.
- Kim Young Hun, Bahry Donna, "Interrupted Presidencies in Third Wave Democracies", *The Journal of Politics*, Vol. 70, No. 3, 2008, pp. 807-822.
- Larkins Christopher, "The Legacies of Hyper-Presidentialism: Executive-Judicial Relations, Constitutional Cultures, and The Future of Democratic Governance in Argentina and Peru", Ph. D Thesis, University of Southern Carolina, 1998.
- Lijphart Arendt, *Demokrasi Motifleri-Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, Çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006.
- Linz Juan J., "Presidential or Parliamentary Democracies: Does It Make Difference", *The Failure of Presidential Democracy içinde* (ed. Juan J. Linz ve Arturo Valenzuela), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994, s.3-64.
- Linz Juan J., "Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri" Çev. Ergun Özbudun, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Ed. Larry Diamon, Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, 1995, ss. 143-160.
- Llanos Mariana, Marsteintredet Leiv, "Introduction: Presidentialism and Presidential Breakdowns in Latin America", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010.
- Llanos Mariana, "Presidential Breakdowns in Argentina", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 55-73.
- Llanos Mariana, Nolte Detlef, "The Many Faces of Latin American Presidentialism", *GIGA Institute of Latin American Studies*, No. 1, 2016.
- Ludwikowski Rett R, "Latin American Hybrid Constitutionalism: The United States Presidentialism in the Civil Law Melting Pot", *Boston University International Law Review*, C. 21, Sa. 29, 2003, ss. 29-61.
- Mainwaring Scott, "Presidentialism, Multipartism, and Democracy: The Difficult Combination", *Comparative Political Studies* 1993, ss. 198-228.
- Marsteintredet Leiv, "The Dominican Republic and the Fall of Balaguer 1994-1996: Presidential Breakdown or Democratic Transition", Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillian, 2010, ss. 181-197.

- Marsteintredet Leiv, "Las Consecuencias Sobre el Regimen de las Interrupciones Presidenciales en America Latina", *America Latina Hoy*, Vol. 49, 2008, pp. 31-50.
- Marsteintredet Leiv, "Explaining Variation of Executive Instability in Presidential Regimes: Presidential Interruptions in Latin America", *International Political Science Review*, Vol. 35, No. 2, 2014, pp. 173-194.
- Marsteintredet Leiv, Llanos, Mariana, Nolte, Detlef, "Paraguay and the Politics of Impeachment", *Journal of Democracy*, Vol. 24, No. 4, 2013, pp. 110-123,
- Mcneil Dixie Faye Mercer, "Presidential Impeachment, Executive Accountability nad the Collective Executive". Dissertation. Texas Tech University, 1978.
- Melo Marcus André, "Crisis and Integrity in Brazil", *Journal of Democracy* C. 27. Sa. 2 2016, ss. 50-65.
- Mejica Acosta Andres, Polga-Hecimovich, "Parliamentary Solutions to Presidential Crises in Ecuador", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave MacMillan, 2010, ss. 73-91.
- Mustapic Ana Maria, "America Latina: Las Renuncias Presidenciales y el Papel del Congreso", *Revista de Ciencia Politica*, Vol. 47, 2006, pp. 55-70.
- Mustapic Ana Maria, "Presidentialism and Early Exits: The Role of Congress", *Presidential Breakdowns in Latin America*, Ed. Mariana Llanos, Leiv Marsteintredet, Palgrave Macmillan, 2010, ss. 17-32.
- O'Donnell Guillermo, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, C. 5, S. 1, 1994, ss. 55-69.
- Özsoy Boyunsuz Şule, "Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 49, Sa. 3, 2016, ss. 1-40.
- Özsoy Boyunsuz Şule, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitebevi Yayınları, 2017.
- Perez-Liñan Annibal, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- Perez-Liñan, Annibal, "¿Juicio Político o Golpe Legislativo? Sobre las Crisis Constitucionales en los Años Noventa", *America Latina Hoy*, C. 26, 2000, ss. 67-74.
- Perez-Liñan Annibal, Polga-Hecimovich, John, "Political Elites, Democratic Breakdown, and Presidential Instability in Latin America", ponencia, XXII International Political Science Association (ipsa) Conference, Madrid, 8-12 Temmuz; XLIV International Congress of Americanists (ica), Viena, 15-20 Temmuz, 2012.
- Perez-Liñan Aníbal, "Brasil: Es Preciso Repensar el Juicio Político", *Clarín*, 25 Nisan, 2016, [https://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico\\_0\\_E1v\\_XG8xb.html](https://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico_0_E1v_XG8xb.html), (Erişim Tarihi: 31.1.2019).
- Shugart Matthew Soberg, Carey, John, *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electrol Dynamics*, Cambridge University Press New York, 1992.
- Stepan Alfred, Skach Cindy, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism", *World Politics*, C. 46, Sa. 1993, ss. 1-22.
- Serrafero Maio Daniel, "Siete Cuestiones en Torno de la Teoria de las Caidas Presidenciales", *Politica y Gobierno*, Vol. 25, No. 2, 2018, ss. 403-440.
- Şahin Kemal, *Yasamanın Yürütme ve Yargı Üzerindeki Kılıcı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- Tunç Hasan, Yavuz, Bülent, "Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi", *TBB Dergisi*, Sa. 81, 2009, ss. 1-39.
- Valenzuela Arthur, "Latin American Presidencies Interrupted", *Journal of Democracy*, C. 15, Sa. 4, 2004, ss. 5-19.



# **SORUŞTURMA YAPILMASINA YER OLMADIĞI KARARLARI (SYOK) VE BU KARARLARIN CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMATIĞI AÇISINDAN İRDELENMESİ**

## **DECISIONS FOR THE RESOLUTION OF THE INVESTIGATIONS (DRIS) AND SCRUTINITY FOR THE DECISIONS THROUGH THE CRIMINAL REASONING SYSTEMATIC**

Hakan KIZILARSLAN\*

**Özet:** Bu makalenin konusu; CMK 158. maddesine, 7078 sayılı Kanun'un 140. maddesiyle 6. fıkraya olarak eklenerek getirilmiş bulunan "Cumhuriyet savcılarının "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Karar (SYOK)" verme yetkisidir."

Hukukumuzda yeni olan bu yolun, hukuki niteliği ve uygulamada ne tür etkiler yapabileceği konularındaki kanaatlerimizin takdimiyle, uygulayıcıları bu yeni karar türüyle ilgili bilgilendirmek amaçlanmaktadır. Bu düzenleme; belli bir suç içermeyen veya herhangi bir dayanak taşımayan soyut ve genel nitelikli ihbar ve Şikâyetlerde, Cumhuriyet savcılarının doğrudan "soruşturmaya yer olmadığına karar verme" ve bu kararları kendisi ve hâkimce ulaşılabilecek ayrı bir alanda muhafaza etme yetki ve sorumluluğunu vermektedir.

Soruşturmanın mecburiliği, başlangıç Şüphesi, lekelenmeme hakkı, önalan soruőurmaları gibi konularda yoğunlaőan bu yeni karar türünün, sayılan bu ceza muhakemesi kavram ve ilkeleriyle etkileşimi tek-tek ele alınmaktadır.

Lekelenmeme hakkının tesisine yönelik olan SYOK'lar, nitelikleri itibarıyla, kovuşturma sonunda hâkimce verilen "Hükmün Açıklanmasının Ertenilmesi Kararıyla", gene soruşturma sonunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı" ve "Kamu Davası Açılmasının Ertenilmesi Kararları"yla, soruşturma başında "Dilekçenin İşleme Konulmaması Kararı" ile benzer ancak ayrı kararlardır.

Bu düzenlenmede amaçlanan bir diğer hususun "soruşturma ve kovuşturma mercilerinin iş yoğunluklarını düşürmek" olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, bu amaca 158/(6) madde ve fıkraya

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, khburo@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5620-4234, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.08.2019, Kabul Tarihi: 01.08.2019



syıla varılıp-varılmayacağı, bu karar türüyle soruşturma evresine bir de ön soruşturma aşaması eklenip eklenmediği sorularına yanıt aranacak ve alternatif öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savcılık İşlemleri, Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı, İkincillik İlkesi, Kovuşturma, Soruşturma, Hâkim Savcı Kararları, CMK, Dilekçenin İşleme Konulmaması Kararı, Kovuşturmanın Ertelenmesi, Lekelenmeme Hakkı, Savcıların İş Yükü

**Abstract:** The subject of this article is the authorization given to the Prosecutors for “No Need for Investigation” brought by the annexation as 6<sup>th</sup> paragraph to the Law No. 158 Criminal Procedure Law through the Article 140 of the Law No: 7078

With the introduction of our conviction on the legal nature of the new path in law and what kind of impact it may have in practice, it is aimed to inform the practitioners about this new type of decision. This arrangement; in the case of fictive and general denunciations and complaints that do not involve a specific crime or do not have any basis, it gives the public prosecutors the authority and responsibility to directly decide that there is no need for investigation and to maintain these decisions in a separate area that is accessible by the prosecutor and the judge.

The interaction of this new type of decision, which focuses on the necessity of the investigation, the initial suspicion, the right not to be stained, and the foreground investigations, and the concepts and principles of criminal procedure, are discussed one by one.

With regard to the establishment of the right of non-staining, the “No Need for Investigation”, in terms of their qualifications, are similar but different decisions when it is compared with the “Decision on Postponement of the Announcement of the Judgment” given by the judge at the end of the prosecution and also with the “Decision of No Need for Investigation” and “Decision on Postponement of the Public Prosecution” and the “Decisions not to process the petition” by the prosecutor.

Considering the aim of this arrangement to reduce the workloads of the investigation and prosecution authorities, it will be sought to answer the questions whether this objective can be achieved under article 158/fg(6) and whether a preliminary investigation stage is added to the investigation phase by this type of decision and alternative suggestions should be made.

**Keywords:** Criminal Procedure Law, Prosecution Procedures, Decision for the Resolution for Investigation, Principle of Subsidiarity, Prosecution, Investigation, Judge Prosecutor Decisions, Cmk (Law Of Criminal Procedure), Decision not to Process the Petition, Postponement of Prosecution, Right of Unslander (Untarnishment), the Workload of Prosecutors

## GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda yeni bir kavram olarak; “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı” girmiştir. İlk olarak 15.08.2017 tarihli 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile bu düzenleme yapılmış, 01.02.2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun’un 140. maddesiyle de bu adı geçen KHK’da yapılan düzenleme aynen kabul edilip kanunlaşarak iç hukuk normu halini almıştır.

Bu düzenleme, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 158. maddesine fıkra eklemek ve önceki 6. fıkrayı bir ileri almak” şeklindedir. Altıncı fıkra, -çalışmamızın konusunu oluşturan- “Cumhuriyet Savcılarının Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına (SYOK) Karar Verebilmelerini” düzenlemektedir. Yedinci fıkra ise “şikâyete bağlı suçlarda şikâyetten vazgeçilmediği sürece kovuşturmanın devam edeceğine” ilişkin bir düzenleme olup konumuz dışındadır.

SYOK düzenlemesinin çok yeni olması nedeniyle, uygulamada henüz yeterince bilinmediğinden, bu düzenlemenin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi ve ceza muhakemesinin genel ilkeleri ve diğer benzer hukuki kurum ve düzenlemelerle aralarındaki benzerlik ve farkların ortaya konulabilmesi amacıyla bu çalışmanın yapılması gerekli görülmüştür.

Ülkemiz hukukundaki en önemli sorunlardan birisi; “sürekli artan iş yükü” olup, “ileride iş yükü sorununun katlanarak artacağı ve bu sorunu aşmak için şu an gündemde olmayan hakem yargılaması-tahkim, cyber yargılama gibi yöntemlere başvurulmak zorunda kalılabileceği”<sup>1</sup> öteden beri dile getirilmektedir.

Savcı, kural olarak kendisine yapılan her başvuruyu değerlendirmek zorundadır.<sup>2</sup> “Soruşturmanın mecburiliği” sisteminin katı uygulanması sonrasında, iş yükü sürekli katlanarak artmaktadır. Bu konuda ara bir formül bulma amacıyla da bu düzenlemenin yapıldığı aşağıdaki anlatımlarımızda görülecektir.

<sup>1</sup> Köksal Bayraktar, “Hukukun Üstünlüğü”, “Hak Arayışı Serüveninin Geleceği Ne Olacak”, DER Yayınevi, 418, İstanbul-2011, sh. 129

<sup>2</sup> “Ancak her soruşturmanın davayla sonuçlanacağı gibi bir kural yoktur”. Süheyl Donay, “Ceza Yargılaması Hukuku”, Beta Yayınları, Ekim-2010-İstanbul, sh.120

Adalet Bakanı'nın konuya ilişkin beyanları ve 694 sayılı KHK'nın gerekçesinde<sup>3</sup> "lekelenmeme hakkının sağlanması amacıyla getirildiği" söylenen<sup>4</sup> bu düzenlemeyle, amaçlananın neler olduğu ve gelecekte ne gibi sonuçlar yaratabileceği de ele alınması gereken önemli konulardır. Cumhuriyet savcılarının, SYOK kararları verirken, yasa dışına çıkıp-çıkmayacakları, bu konunun ileride, soruşturma sırasında sıcağı sıcağına elde edilmesi olanaklı olan delillerin kaybolmasına yol açıp-açmayacağı, her ne kadar kanun metninde sınırlandırılmış olsa da ileride savcılığın bu sınırları zorlayıp-zorlamayacakları da tartışılması gereken konuları oluşturmaktadır.

Savcıların, kendilerine gelen olayda, başlangıç şüphesinin oluşup-oluşmadığını takdir etmeleri ve bu var olduğu takdirde soruşturmaya başlayacakları düşünüldüğünde, başlangıç şüphesinin ne olduğunun ayrıca belirtilmesi ve bu şüphenin bulunmadığının hangi hallere özgü olabileceğinin de üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, önalın soruşturmalarında hiçbir delil elde edilemediği hallerde de savcılara SYOK verme olanağının getirilip getirilmediği konusuna da ışık tutmak gerekmektedir.

*Çalışmamızda, öncelikle ceza muhakemesi kavramıyla, muhakemenin morfolojik yapısı, konuyla ilgili ana ilke ve düzenlemeler incelendikten sonra,*

<sup>3</sup> 694 sayılı KHK'nın 145. maddesinin gerekçesinde; "soyut ve dayanaksız ihbar ve şikâyetler için savcıların soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilebilmesi ve bu kararların ayrı bir sisteme kaydedilerek kişilerin lekelenmeme haklarının sağlanması amaçlanmıştır" denilerek amacın aynı zamanda lekelenmeme hakkının da sağlanması olduğu açıkça belirtilmektedir. (YN) (Bkz.; 15.07.2017 tarihli Bakanlar Kurulu'nda alınan ve 25.08.2017 tarihli RG'de yayınlanan 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Gerekçesi madde 145)

<sup>4</sup> Adalet Bakanlığı bünyesinde, 07.11.2018 tarihinde Ankara'da, ülke genelinde çeşitli illerde görev yapan Cumhuriyet başsavcıları, başsavcı vekilleri ve Cumhuriyet savcıları ile Ceza muhakemesi hukuku alanında uzman akademisyenlerin katılımıyla düzenlenen "Ceza Muhakemesinde Lekelenmeme Hakkı Değerlendirme Çalıştayı" nda bu konuda çok yönlü değerlendirmeler (makalemizde ara-ara değinileceği şekilde) yapılmıştır. Bu Çalıştay'da Adalet Bakanı; yaptığı konuşmada bu düzenlemenin "lekelenmeme hakkının tesisi ve savcılarının gereksiz iş yükünün azaltılması amacıyla yapıldığını" belirtmektedir. file:///C:/Users/User/Desktop/SYOK/%E2%80%9CCeza%20Muhakemesinde%20Lekelenmeme%20Hakk%C4%B1%E2%80%9D%20De%C4%9Feriendirme%20Toplant%C4%B1s%C4%B1%207%20Kas%C4%B1m%202018%20tarihinde%20Ankara%E2%80%99da%20icra%20edilmi%C5%9Ftir.html, (Çevrimiçi) Erişim tarihi; 10.04.2019

soruşturma evresi ve doğrudan ihbar ve şikâyetle ilgili olması nedeniyle, bu evreler ve işlemlerin SYOK açısından özellikleri, mevcut düzenlemenin CMK ve Alman CMK (*StPO*) da ne şekilde olduğu belirtilerek, düzenlemenin ileride fayda ve sakınca oluşturabilme olasılığı bulunan hallere ilişkin kanaatimiz de takdim edilerek çalışmamıza son verilecektir.

## I- KAVRAM

### 1- Genel Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Kavramı

Ceza muhakemesi<sup>5,6</sup>; “yasalarda suç olarak belirlenmiş, yaptırım öngörülen ve geçmişte cereyan eden bir olayın<sup>7</sup> kendine özgü delil vasıtaları ve usulleriyle yeniden canlandırılmasıyla, maddi gerçeğe ulaşılarak hâkimin vicdani kanaatiyle suç failleri hakkında hüküm kurulması faaliyetidir”. Ceza muhakemesi bu yönüyle “*şekli ceza hukuku*” kavramıyla tanımlanır. Genel anlamıyla, muhakeme hukuku ana dalında yer alan ceza muhakemesi, pek çok özelliğiyle diğer muhakeme dallarından ayrılmaktadır.

Ceza muhakemesinin amacı “*maddi gerçeğe ulaşmak*”<sup>8</sup>, görevi ise “*hüküm kurmak*” tır. Ancak, bu amaç “*orantılılık ilkesi*” çerçevesinde<sup>9</sup> belirlenmiş bir amaçtır. Yani; modern ceza muhakemesi anlayışında, ceza muhakemesinin amacı artık “her şeye rağmen gerçeğe ulaşmak

<sup>5</sup> Doktrinde genel kabul gören isimlendirme “Ceza Muhakemesi Hukuku” dur. Nurullah Kunter, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1981 devamında Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 14. Baskı, Arıkan Yayınevi, Mart-2006, Nur Centel, Hamide Zafer; “Ceza Muhakemesi Hukuku”, İstanbul-Beta Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2003

<sup>6</sup> Ceza Muhakemesi kavramı bazı yazarlarca da, “Ceza Yargılaması Hukuku” (Erden Yurtcan, “Ceza Yargılaması Hukuku CMK’ya Göre Yapılan” 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık- 2004 ), bazı yazarlar ise “Suç Muhakemesi Hukuku”; (Öztekin Tosun, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I, Genel Kısım” Dördüncü Baskı, İstanbul-1984, Vahit Bıçak, “Suç Muhakemesi Hukuku”, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2011) kavramını kullanmaktadırlar. Bahri Öztürk (Editör); Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Kırıt. Saygılar, Özdem Özaydın, Esra Alan Akçan, Efser Erden “Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı”, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Temmuz-2013 Ankara

<sup>7</sup> Yener Ünver-Hakan Hakeri, “Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt”, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara-2012, sh. 1, (SCHMİD; Strafprozessrecht, 2’den naklen)

<sup>8</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül-2018, sh.68 “Hukukun gayesi, ceza muhakemesi hukukunun da gayesidir”.

<sup>9</sup> Ayrıntılı anlatım için Bkz. Yenisey-Nuhoglu, CMH, a.g.e. sh. 71 vd.

olmayıp", maddi gerçeğe varmak yolunda kullandığı araç ve yollarla, ihlal edilen temel hak ve hürriyetleri arasında, aleyhe bir dengesizlik oluşmaması gereklidir. Kanonik hukukta, kilise tarafından engizisyon mahkemelerinin uyguladığı "tahkik sistemi" sırasında görülen büyük zararlar sonrasında, bu temel anlayış modern ceza muhakemesi hukukumuzda girmiş ve kökleşmiştir. Delil yasakları ve hukuka aykırı delil anlayışı bu sınırı belirler.

Ceza muhakemesinin ana görevi hüküm kurmak olup, soruşturma ve kovuşturma olarak iki ana evreden oluşmakta, hükmün kesinleşmesiyle ceza muhakemesi yerini ceza kararı varsa infaz hukukuna bırakarak, ceza kararı yoksa kişinin masumiyetini tescilleyerek sona ermektedir.

## 2- Ceza Muhakemesinin Konuyla İlgili Temel İlkeleri

### a- Savcının araştırma-soruşturma yapma mecburiyeti açısından SYOK

CMK'nın 160. maddesi, Cumhuriyet savcılarında, suç teşkil ettiği düşünülen bir fiili haber alır almaz, derhal soruşturma açarak, maddi gerçeği araştırmak ve kamu davası açılmayı gerektirir bir suç olup-olmadığını belirlemek görev ve yetkisini vermektedir. Buna ceza muhakemesinde "araştırma ve soruşturma mecburiyeti" ilkesi adı verilmektedir. CMK m. 160/1'e göre; "Bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halin öğrenilmesi" (basit şüphe) halinde savcı derhal soruşturmaya başlayarak "işin gerçeğini araştırmaya başlamalıdır". Savcı, şüphelinin söz konusu suçu işlediği konusunda kuvvetli şüphe delilleri bulunduğu anda, (eğer kovuşturma engeli oluşturan hallerden birisi de bulunmuyorsa) kamu davasını açmak ve açılan bu davayı hâkim/mahkeme sonuçlandırmak zorundadır. Bu ilke ise "kovuşturmanın mecburiliği" olarak adlandırılmaktadır.

### b- Soruşturmaya başlamada "başlangıç şüphesi" kriteri

Soruşturmanın başlaması herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Ancak soruşturmanın başlayabilmesi için, ortada bir suç olduğu yönünde başlangıç şüphesinin varlığı gereklidir. Başlangıç şüphesi, şüphe derecelendirmesi açısından en aşağılarda yer almasına karşın, soruşturmanın başlayabilmesi için gereklidir ve başlangıç şüphesinin

varlığı için mutlaka bir suçun varlığına ilişkin somut bulguların bulunması gereklidir.

Olayda bir suçun varlığına dair, somut bir bulguya dayanmayan soyut ve temelsiz iddialarda soruşturmanın başlangıcı için gerekli olan başlangıç suç şüphesinin var olduğu söylenemeyecektir.

### c- İkincillik ilkesi açısından SYOK

Devlet kendi hukuk düzenini korumak amacıyla, bu düzeni bozan veya bireylerine ve kendisine karşı zarar veren hallerde, düzenin yeniden tesisi ve zararın telafisi için “ceza hukuku normlarını” ve bu normları hayata geçirebilmek amacıyla, “ceza muhakemesi” işlevini devreye sokar. Aslında, her bir normla hukuki menfaatler korunur. Ancak, bu koruma yalnızca cezai normlar aracılığıyla yapılmayıp, hukuk düzeninin diğer tüm araçları da kullanılmalıdır. Hatta ceza hukuku barış içinde birlikte yaşamın güvenliği bakımından, onun araçlarına başvurulması kaçınılmaz olduğu zaman devreye girmelidir.<sup>10</sup> Eğer bu işlem yerine, yarar sağlayacak bir başka alternatif işleme başvurulması mümkünse, öncelikle o yolun denenmesi gereklidir. Bu ceza muhakemesi hukukunda “*ikincillik ilkesi*” olarak adlandırılmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda “*ikincillik ilkesi*”, “*gereklilik*” ve “*aşırılık yasağı*” ilkeleriyle desteklenmektedir. Soruşturmanın gerekli görülmediği hallerde soruşturma yapılmaması bu anlamda ele alınmalıdır. Bu ilke “*hukuk devleti ilkesi*” ile yakından ilkesi bulunmaktadır. SYOK verme yetkisinin tanınmasının bu bağlamda da hukuki yansımalar taşıdığı açıktır.

### d- “Maslahata uygunluk ilkesi” açısından SYOK

Ceza muhakemesinde “*maslahata uygunluk ilkesi*” ile anlatılmak istenen; “Cumhuriyet savcısının soruşturma sonrasında kamu davası veya kovuşturmayla yer olmadığına karar verme aşamalarında sahip olduğu takdir hakkıdır”.

Davasız yargılama olmaz ilkesi gereği, kovuşturmanın başlaması, ancak, dava açma tekeline sahip olan (*anklagemonopol*) “*savcının iddia-*

<sup>10</sup> Brughelli R. Alternativen zur Freiheitsstrafe”, Bern 1989, 3,4



*namesiyle*" mümkündür. Kovuşturmaya yer olup-olmadığını tayin ederken, yapacağı soruşturmada ve soruşturmadan çıkan sonucu, hukuki açıdan tahlil ve tayinde belli bir takdir hakkı bulunmaktadır. "*Maslahata uygunluk*" kelimesiyle anlatılan, aynı zamanda savcının bir devlet görevlisi olarak kamusal anlayışıyla da hareket etmesi anlamı taşır.

Bu noktada SYOK'larda savcının soruşturmaya başlamamış olması nedeniyle konu "*maslahata uygunluk ilkesi*" sınırlarına girmemektedir. Burada, savcının yetkisi başlangıç şüphesinin bulunup-bulunmadığı noktasında kalmaktadır. Yukarıda belirtildiği anlamıyla, savcının soruşturmadan sonuç çıkarma konusunda var olan yetkisine ilişkin olan maslahata uygunluk ilkesi burada söz konusu olmamaktadır. Eğer soruşturma başlar ve devam ederse zaten maslahata uygunluk ilkesi bu aşamalarda söz konusu olacaktır. Başlayıp-başlamama konusundaki karar sadece savcının başlangıç şüphesinin var olup-olmadığı konusundaki takdiridir.

#### **e- Suçsuzluk karinesi ve uzantısı olarak "lekelenmeme hakkı" açısından SYOK**

Toplum ve bireylerin menfaatleri arasında denge kurarak maddi menfaati bulmaya çalışmak durumunda olan ceza muhakemesi, fertleri ve bu arada özellikle suçlananı da (şüpheli/sanık) korumak durumundadır.<sup>11</sup> Uluslararası sözleşmeler, tüm literatür ve ulusal düzeyde Anayasamızın 38/4 madde ve fıkrası "*masumiyet*<sup>12</sup>-*suçsuzluk*<sup>13</sup> karinesini", muhakemenin tüm evreleri ve mahkeme dışındaki tüm kurumlar için<sup>14</sup> söz konusu olan bir ilke olarak<sup>15</sup> düzenlemektedir. İnsan haysiyetinin korunması ceza muhakemesinin en temel ilkelerindedir.<sup>16</sup> Aynı

<sup>11</sup> Yenisey-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., sh. 71

<sup>12</sup> Yenisey-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., sh. 68,

<sup>13</sup> Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48 (1-4), 1999 sh.135 vd, Yenisey-Nuhoğlu; Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., sh. 73

<sup>14</sup> AİHM, R.F. et S.F./Avusturya, no. 10847/84, DR. 44, sh. 238, Bkz. ;"Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu, (2016-2017)", Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 350 İnsan Hakları Raporu (2016 - 2017) ISBN: 978-605-9446-60, Şen Yayınevi, 2018

<sup>15</sup> AİHM, Leutscher/Hollanda, 26.3.1996, § 25 ve son (Bkz; İnsan Hakları Raporu sh. 72 dn. 103

<sup>16</sup> "İnsan haysiyeti son tahlilde "kişinin hür iradesi" olarak ifade edilebilir". Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, "Ceza Muhakemesi Huku-

şekilde, adil yargılanma da uluslararası sözleşmeler ve iç mevzuatta ceza muhakemesine temel teşkil etmektedir. Devletin bu ilkelere uygun davranması, aynı zamanda o ülkede hukuka duyulan saygının da göstergesidir.<sup>17</sup>

Şüpheli sıfatının alınabilmesi için; *“soruşturulan kişi hakkında, o kişinin karıştığı iddia edilen bir suça ilişkin basit bir başlangıç şüphesinin varlığı”* gereklidir. (CMK m. 160)<sup>18</sup> Bu noktada *“olaylara dayanmayan ve sadece basit bir tahminden ibaret şüphe hali soruşturmanın başlatılması ve dolayısıyla şüpheli sıfatının alınması için yeterli değildir.”*<sup>19</sup> Asıl olan kişinin suçsuzluğudur.<sup>20</sup> Bu aşamada, soruşturmayı başlatmakla sorumlu olan Cumhuriyet savcısının, şüpheli sıfatı verecek bir işlemde dikkatli olması gereklidir.<sup>21</sup> Bu zorunluluk *“lekelenmeme hakkı”* kapsamında değerlendirilmesi gereken bir zorunluluktur. CMK m.158/(6) madde ve fıkrasındaki düzenleme, bu noktada doğrudan bireyin toplum ve çevresi karşısında, itibar ve onurunu zedeleyecek bir şüpheli sıfatının kendisine giydirilmesiyle, temel hak ve özgürlüklerinde meydana gelecek zararların önüne geçilmesini sağlayabilecek bir düzenlemedir.<sup>22</sup>

ku”, Adalet yayınevi, Ankara-2018, sh. 110

<sup>17</sup> Hatice Derya Ormanoğlu, Anayasal Bağlamda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi (Presumption of Innocence In The European Convention On Human Rights Dimension And In Constitutional Context ), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 64, Nisan 2016, sh. 2241

<sup>18</sup> Mehaş Alman CMK (StPO) 152. maddesinin (2). fıkrasında; *“Kanunda aksi yazılmadığı sürece maddi olaya ilişkin yeterli dayanak noktaları varsa, kovuşturulabilen bütün suçlarda savcılık harekete geçmek zorundadır”* demek suretiyle soruşturmanın başlatılması için *“maddi olaya ilişkin yeterli dayanak noktaları bulunması”* şartını aradığını açıkça hükmetmektedir.

<sup>19</sup> Yenisey-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., sh.178

<sup>20</sup> AİHS m. 6 ; *“suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”*, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si m.11; *“Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır”*, B.M. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14; *“Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanuncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir”*.

<sup>21</sup> *“Savcı şüphelinin de masumiyet/suçsuzluk karinesini ve lekelenmeme hakkını, yani dürüst yargılanma hakkını koruyup gözetmek, haksız ve yersiz yere suçlanıp damgalanmasını önlemektir.”* Ersan Şen, *“Lekelenmeme Hakkı ve Soruşturma Süreleri”*, file:///C:/Users/User/Desktop/SYOK /Lekelenmeme%20Hakk% C4 % B1 % 20ve % 20Soru % C5 % 9Fturma % 20S % C3 % BCreleri % 20 % 20 Prof. % 20Dr. % 20Ersan % 20 % C5 % 9 Een.html, (Çevrimiçi) 17.04.2019 Erişim

<sup>22</sup> *“AİHM suçsuzluk karinesinin gerçek anlamda bir işlevinin olması için, bazı kri-*

Bilindiği gibi; toplum ve kamuoyu, bir birey hakkında soruşturma başlatıldığında konuyla daha çok ilgilenmekte, birey hakkında başlatılan soruşturma veya kovuşturmanın sonrasında, bireyin aklanması konusunda aynı ilgiyi göstermemektedir. Birey, hakkındaki ithamın duyulmasıyla, toplum nazarında belli bir düzeyde lekelenmekte ve bu itibarsızlık ve bu leke uzun süre devam etmektedir. Soyut ve genel iddialara dayalı ve suç içermeyen ihbar ve şikayetlerle, birey hakkında doğrudan soruşturma evresine geçilmesi, bu açıdan "lekelenmeme hakkının" ve "masumiyet karinelерinin" ihlali anlamı da taşımaktadır.

Fıkra metnindeki; ihbar ve şikâyet edilenlere "*şüpheli sıfatının verilemeyeceği, bu tür kararların herkes tarafından ulaşılamayacak ve sadece hâkim ve Cumhuriyet savcısı tarafından görülebilecek şekilde ayrı bir şekilde muhafaza edileceği*" şeklindeki hüküm de -kanaatimizce- "*lekelenmeme hakkının tesisi için*" getirilmiş bir düzenleme niteliğindedir.

#### **f- Ceza muhakemesinin evreleri**

Ceza muhakemesi "*soruşturma*" ve "*kovuşturma*" olmak üzere iki ana evreden oluşmaktadır. Bu evreleri CMK m.2/ (1)- e ve f bentleri tanımlamaktadırlar. Buna göre "*yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden, iddianamenin kabulüne kadar geçen süre "soruşturma", iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede "kovuşturma" olarak kabul edilmektedir.*

Kovuşturma süreci ise, hâkim/ mahkeme tarafından yürütülen ve temel ilke ve anlayışlar olarak soruşturmadan çok farklı özellikler içeren bir süreçtir.

Bu evreler, süreçlerin yetki ve sorumluları ve işleyişi hem konumuzun tam olarak anlaşılabilmesi hem de SYOK'ların niteliği tam olarak belirlenebilmesi için önemlidir. SYOK düzenlemesinin, KYOK'la olan görünüşteki benzerliği ve keza "Dilekçenin İşleme Konulmaması Kararları" (DİKK) ile aralarındaki yakın irtibat, kavramların karışmasına neden olabilecektir.

---

terleri belirlemiştir. Bu kriterleri de Barbara, Messegue ve Jabardo davasında ifade etmiştir. Buna göre; - Yerel mahkeme hâkimleri yargılamaya başlarken, sanığın suçu işlediği konusunda önyargılı bir yaklaşım sergilememelidirler. Yargılama sırasında ispat yükü altında bulunan makam sanık değil savcı olmalıdır. Sanık açılacak olan dava ile ilgili haberdar edilmelidir ki böylece savunmasını rahat hazırlama imkânına sahip olmalıdır. - Şüpheden sanık yararlanmalıdır." Ormanoğlu, a.g.e.,sh. 2258 den naklen.

## g- Soruşturmanın başlaması

### a. Genel olarak

Soruşturma; *“Suç haberinin alınmasıyla başlayan, Cumhuriyet savcısı<sup>23</sup> veya onun emrindeki kollukça yürütülebilen ve amacı ve varlık sebebi “kamu davasının açılmasına gerek olup-olmadığının” araştırılması olan, kural olarak yazılı ve gizli gerçekleştirilen<sup>24</sup> araştırma ve inceleme işine verilen genel isimdir.”<sup>25</sup>*

Soruşturma evresi *“suç bilgisinin” haber alınmasından sonra başlayan ve Cumhuriyet Savcısının kontrolü ve yetkisinde devam etmekte olan süreçtir*. Bu evreyi *“suç” faaliyetine ilişkin olarak basit bir bilgilendirme bile başlatabilmekte, ihbar şikâyet karar, re’sen gibi yollarla başlayabilen ve herhangi bir şekilde bağlı olmayan bu süreç<sup>26</sup> konumuz açısından çok önemlidir. Bu konu ileriki aşamalarda ayrıntılarıyla incelenecektir.*

Herhangi bir yolla, suçun var olabileceği konusunda bir haber alınması veya bir suçun işlenmiş olabileceği olasılığının bulunması, savcılığın soruşturma evresini başlatması için yeterlidir. Bazı istisnai yargılama halleri hariç olmak üzere, bu konuda herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak, şekil şartının bulunmaması, savcının başlangıç şüphesinin bulunup-bulunmadığını araştırma yetki ve zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Soruşturma ve kovuşturma şartları bulunan hallerde de savcılık soruşturmaya başlayabilmekte, ileriki aşamalarda soruşturma şartının gerçekleşip-gerçekleşmemesine göre soruşturma süreci yönlendirilir.

<sup>23</sup> CMK m. 160, 161

<sup>24</sup> Bahri Öztürk, “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku- Ders Kitabı”, 5. Baskı, Seçkin yayınevi-2012, sh. 580

<sup>25</sup> Sadettin Aslan, “Soruşturma Evresi”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.132

<sup>26</sup> Adalet bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 01.01.2006 tarih ve 2 sayılı ; “Soruşturmaların Yürütülmesi, Soruşturma Evrakının Düzenlenmesinde ve Tamamlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar” (Genelgeler; <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinler/2nolupdf>. Erişim tarihi 02.02.2010); “Herhangi bir şekilde intikal eden suç ihbar veya şikâyetlerinin zaman geçirilmeksizin soruşturma defterine kaydedilerek, hemen gereğine başvurulması, bu konuda 5271 sayılı CMK’nın 160. maddesinde yer alan hükümlerin göz ardı edilmemesi. Yani; suç haberini alan yetkili savcı derhal soruşturmaya girişmek mecburiyetindedir”. Hüseyin Tanfer Ayhan, “Ceza Muhakemesi Kanunu 171/1. maddesi kapsamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi”, Seçkin Yayınevi, Şubat-2013, sh.47)

### b. Mülga 1412 s. CMUK'taki düzenlemeler

1412 sayılı "Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu" (CMUK) tamamen Cumhuriyet Savcısının kaptanlığındaki<sup>27</sup> (CMUK m. 156) "Soruşturma" evresini, -"Son Soruşturma" olarak adlandırılan- kovuşturma evresinin hazırlığı olarak kabul ediyor ve ceza yargılamasının birinci aşamasını "ön soruşturma" olarak adlandırıyor,<sup>28</sup> bu evreyi de ihtiyaçların zoru ile<sup>29</sup> "hazırlık soruşturması" ve "ilk soruşturma" olarak ikiye ayırıyordu.<sup>30</sup> Hazırlık soruşturması da -yine ihtiyaçların zoru ile-biri kamu davasının açılmasına yer olup-olmadığını araştırmak, diğeri "ilk soruşturma devresinde soruşturma yapan hâkimlerin işini teminata fazla dokunmadan azaltmak suretiyle soruşturmayı hazırlamak gayesiyle yapılan iki kısma bölünmüştü.<sup>31</sup> "İlk Soruşturma" evresi 1985 yılında CMUK'ta yapılan değişiklikle kaldırılmış, ön soruşturma, hazırlık soruşturması olarak kabul edilmiştir.

Mülga CMUK'ta 1985'te yapılan değişiklik öncesinde, bu süreç, kısaca genelde hazırlık soruşturması olarak adlandırılan evrenin ilk aşaması "*başlangıç soruşturması*" olarak adlandırılıyor ve kamu davası açıp-açmamaya yer olup-olmadığını tayin etmek amacıyla araştırmak<sup>32</sup> ve bilgi edinme, araştırma, koruma ve isnat gibi görevleri olan aşama olarak görülüyor, şekilsiz olarak kabul edilen bu evrede, bu nedenle "*ancak bu soruşturma sonunda birisine suç isnat edilebileceğinden*"<sup>33</sup> sanık kavramının olamayacağı belirtiliyordu. Sanıklı olan hazırlık soruşturması ise "*kısa soruşturma*" olarak adlandırılıyordu.<sup>34</sup>

KUNTER'in (değişiklik öncesi) bu sınıflandırmayı yaparken, biraz da günümüzdeki "ön soruşturma" olarak adlandırılan (soruşturma evresine dâhil olup-olmadığı ve bu evrede elde edilen delillerin hukuka uygun olup-olmadığının tartışıldığı ve muhakeme dışı mercilerce

<sup>27</sup> Öztürk, a.g.e. sh. 580

<sup>28</sup> Erdener Yurtcan, "Ceza Yargılaması Hukuku", 2. Baskı, Beta yayınevi, İstanbul-1986, sh. 306

<sup>29</sup> Nurullah Kunter, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", 7. Bası Kazancı Matbaası, sh. 603, no; 414

<sup>30</sup> Baha Kantar, "Ceza Muhakemeleri Usulü- I. Kitap-Umumi Hükümler", 3. Baskı, Ankara Güney Matbaacılık, Ankara-1950, sh.32

<sup>31</sup> Kunter, a.g.e. sh. 602-603, no 414 den naklen

<sup>32</sup> Kunter, a.g.e. sh. 603

<sup>33</sup> Kunter, a.g.e., sh. 603

<sup>34</sup> Kunter, a.g.e. sh. 604, no: 414, 437

yapılan) istihbari nitelikli suç araştırmalarını” kastettiği dűşünülebilirse de; CMUK’ta, ön soruştırma evresinin, tamamen adli sistem içinde olması ve soruştırmaya dâhil olduğu dűşünüldüğünde, CMUK’ta bahsedilen önsoruştırmayla, günümüzde önsoruştırma olarak adlandırılan ancak kollukça yürütölen istihbari çalışmaları aynı nitelikte saymak doğru değildir. Bu noktada, “başlangıç soruştırması” ortada bir suçun var olup olmadığı noktasında bir ön araştırma olup, suçun varlığı ve failin suçla bağlantısı konularında belli bir uygunluk olduğu takdirde, kamu davasının açılmasına hazırlık yapılacak ve devamında asıl soruştırma işlemlerine geçilecektir.

Bu tasnifin 5271 sayılı CMK’nın 158/(6) madde ve fıkrasında yapılan düzenleme ile hukuksal yapı olarak ilđisi bulunmaktadır. Belli ki kanun koyucu yeni düzenlemesiyle Mülga 1412 sayılı CMUK’ta kabul edilen esaslara uygun şekilde, doğrudan soruştırma açarak işin esasına girmek yerine, bir filtre koymak suretiyle herhangi bir şekilde bir suçun varlığının söz konusu olamayacağı haller ve tamamen soyut nitelikli iddialara dayalı *şikâyetlerde* derhal soruştırma evresini kapatarak süreci sonlandırmak yetki ve görevini vermektedir. Bu durum, akıllara, yukarıda belirtilen kabulü getirmektedir.

CMUK’ta Cumhuriyet savcısının, doğrudan doğruya kendisi suçtan haberdar olup soruştırmayı başlatabileceği belirtilmiş, ayrıca savcının re’sen soruştırmaya başlamadığı hallerde yasada belirtilmişti.<sup>35</sup>

Bu haller;

- şikâyet (Muhakemesi şikâyete bağlı tutulan suçlarda, kanunla konulan engeli suçtan zarar görenin, bu belli suçlardan birini yetkili makama haber vermesi<sup>36</sup>)
- şahsi Dava, CMUK’un 344. maddesinde sayılan suçlarda, zarar görenin doğrudan Sulh Ceza Mahkemesine şahsi dava açması)
- İhbar (şikâyete tabi olmayan suçlarda şikâyet adı altında yapılan ancak şikâyet sayılmayan ve herkesçe yapılabölen bildirimler)

<sup>35</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz.; Feridun Yenisey, “Hazırlık Soruştırması Ve Polis (Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku)”, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, Mayıs-1987, řh. 32 vs.

<sup>36</sup> Kunter, a.g.e. řh. 613, no;419



- **Gizli Haber Verme** (İhbarcının kimliğini gizleyerek ekseri telefon ya da imzasız mektuplarla yaptığı ihbarlar<sup>37</sup>)
- **Rapor** (Kamu kurum ve görevlilerinin öğrendikleri suç adli makamlara bildirmeleri)
- **Talep** (Devletin makamlarınca yapılan şikâyet işlemi)
- **Müracaat** (Yabancı devletlerin şikâyeti<sup>38</sup>)  
olarak belirtilmiştir.<sup>39</sup>

Bir başka anlatımla; Mülga CMUK'un, 1985 değişikliği öncesindeki genel yapısı içinde; "hazırlayıcı ayıklayıcı işlevlerini en iyi şekilde yapmak zorunda olan ve araştırma sonunda suç ihbarının asılsız olduğu ya da suç şüphesinin yeterli olmadığı durumlarda bu gerçeği ortaya çıkarmak görevi olan ve bu şekilde muhakeme makamlarının boş yere işgal edilmesini önleyen ön soruşturma<sup>40</sup> evresinin bir kısmının, CMK'nın 158/(6) madde ve fıkrasıyla, yeniden ceza muhakemesi sistemimize dâhil edildiğini söylemek çok iddialı bir söylem olmayacaktır.

### c. 5271 s. (Yürürlükteki) CMK'da soruşturmaya başlama yöntemleri

5271 sayılı CMK'da yasal olarak belirtilen ihbar zorunlulukları ve soruşturmayı başlatan işlemler sayılmaktadır.

Soruşturma evresi "*suç haberinin alınması*" ile başlamaktadır. Uygulama genel olarak kolluğun suçu öğrenmesiyle soruşturma başlamakta ve kolluk suçu haber alır-almaz doğrudan savcıyı haberdar ederek, onun talimatlarını alıp, bu talimatlar doğrultusunda soruşturma işlemlerini sürdürmesi şeklinde gelişmektedir. Mevcut sistem-

<sup>37</sup> Kunter, a.g.e., sh. 614,615, No; 419

<sup>38</sup> Kunter, a.g.e., sh. 616, no; 419

<sup>39</sup> Yurtcan bu konuda üçlü tasnif yapmakta ve hazırlık soruşturmasının; suç haberinin suçluları kovuşturmakla görevli makamlara ulaşmasıyla başladığını, bunun da kovuşturma organını (savcılık kastedilmektedir y.n) suçu kendisinin öğrenmesi, suç duyurusu (ihbar) ve şikâyet ya da şahsi dava yolu ile olacağını belirtmektedir. Yurtcan, a.g.e., sh. 308, Öztürk "İhbar, şikâyet ve doğrudan öğrenme" olarak sınıflandırmaktadır. Öztürk, a.g.e. sh.580

<sup>40</sup> Yurtcan, a.g.e., sh. 306

de savcı, kolluk gibi doğrudan soruşturmayı sürdüren bir kimliğe oturmuştur.<sup>41,42</sup>

Öncelikle soruşturma işleminin başlayabilmesi için önceki anlattığımızda da belirttiğimiz gibi somut olguya dayalı bir başlangıç şüphesinin varlığı gereklidir. CMK, bu hali 160. maddesinde “**suç işlendiği izlenimini veren bir halin varlığı**” olarak belirtmektedir. Somut olguya dayanmayan ve soyut iddia nitelikli olan hallerde başlangıç şüphesinin var olmadığını kabul etmek gereklidir.

Suç haberi, re’sen, şikâyet, tutanak, yabancı hükümetin veya Adalet Bakanlığı’nın talebi gibi yollarla öğrenilebilir.

### i- Doğrudan öğrenme halleri

Cumhuriyet Savcısı, aynı zamanda o toplumun bir ferdi olarak o toplum içinde yaşıyor olması nedeniyle, toplumda işlenen suçlardan doğrudan doğruya bilgi sahibi olabilir. Özellikle küçük yerlerde, savcının kulağına giden bir takım başlangıçta dedikodu nitelikli haberlerin, somut olgularla desteklenerek başlangıç şüphesine ulaşması halinde, savcı tarafından soruşturmaya başlanması örnekleri uygulamada çok fazladır. Aynı şekilde, gazete ve medya haberleri, her türlü sosyal paylaşım siteleri üzerinde oluşan haberleşme ve iletişim trafiği de savcı için soruşturmayı başlangıç sebebi olarak kullanılabilir.<sup>43</sup> “Soruşturmaya başlamakla” “iddianameyle kamu davası açmak” birbirinden

<sup>41</sup> Burada sorun olduğu ve savcının kolluklaşması neticesini doğurduğu, doğru olanın savcının kolluğu denetimi şeklindeki bir sistem olduğu, zira mevcut sistemde “soruşturmanın savcının işi olduğu” düşüncesinin kollukta oluşacağı ve kolluğun soruşturmanın dışında kalacağı endişeleri dile getirilmiş ve süreç kısmen bu endişeleri haklı çıkarmıştır.(YN) (Bkz.; Bedri Eryılmaz; Bahri Öztürk (editör), “3. yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu”, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üye Ülkelerle Karşılaştırılması”, İstanbul Kültür Üniversitesi, 01-03.Haziran.2008, Seçkin Yayinevi, 2009-Ankara

<sup>42</sup> Ünver-Hakeri, a.g.e., sh. 544

<sup>43</sup> AYM, E. 2011/43, K. 2012/10, T. 19.1.2012; “Diğer taraftan, ceza muhakemesinde mahkeme, dava açıldıktan sonra pasif konumda olmayıp, hüküm vermek için yeterli kanaate ulaşınca kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorundadır. Resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi, savcı olmasa bile kendiliklerinden, hüküm için gerekli tüm araştırmaları yapmak ve tarafların haklarını korumak zorundadırlar.” (Karar için Bkz.; Taner, a.g.e., den naklen, sh. 228, dn. 114

farklı olduğundan, soruşturmanın başlaması için somut olgular olmasına karşın kuvvetli delil olmayan ve savcının -bir şekilde- doğrudan haber alarak, araştırmakta fayda var diye düşündüğü hallerde de savcı soruşturmayı başlatabilmektedir.

## ii- Şikâyet

Ceza muhakemesiyle yakın ilgili olmasına karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde düzenlenmiş olan şikâyet ise; "*suçtan zarar görenin soruşturma ile ilgili yetkili makamlara bildirmesi*", kısaca "*yakınmasıdır*".<sup>44</sup> Şikâyet hakkı (ihbar hakkı gibi) hakkın kullanılması (AY. 36, 74. maddeleri) kapsamında olduğu için bir hukuka uygunluk hali kapsamaktadır. Ancak bu hakkın kullanılmasının, "*hakkı doğuran nedenlerin koyduğu sınırlar içinde*" olması gereklidir.<sup>45</sup> Şikâyeti ihbardan farklı kılan, şikâyetin ancak suçun mağduru, hak sahibi, dolaylı veya doğrudan suçtan zarar gören tarafından yapılabilmesidir. Şikâyet baştan yapılabileceği gibi, soruşturma başladıktan sonra da yapılabilir. Soruşturma sırasında fark edilmemiş ancak kovuşturma evresinde suçun şikâyete tabi olduğu anlaşılmış ise; eğer mağdur açıkça şikâyetinden vazgeçmemiş ise CMK'nun 158. maddesinin (7086 sayılı Kanun'la telessül ettirilen) 7. maddesine göre; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.<sup>46</sup>

## iii- İhbar

İhbar; -ceza muhakemesinde kullanıldığı haliyle- genel bir yolun adıdır. "*Suç işlendiği haberinin herhangi biri tarafından yetkili makamlara bildirilmesidir.*" (CMK m.158)<sup>47</sup> Şikâyet hakkı olmayan ancak bir şekilde suçla ilgili olan veya kamusal sorumluluk gereği iltisak geliştirmiş resmi veya özel gerçek ve tüzel kişiler ihbar yoluna başvurabilmektedir-

<sup>44</sup> Şikâyet; suçtan zarar gören kimsenin, suç failinin soruşturulmasını, kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını yetkili makamlardan istemesidir. (Nevzat Toroslu, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Savaş Yayınevi, Ankara Eylül-2009, sh. 262)

<sup>45</sup> Y.C.G.K. 19.12.1994 4-327/348 (Bkz. Zekeriya Yılmaz, Ceza Hukukumuzda Şikâyet", Adalet Yayınevi, Ankara-2010, sh. 77-79)

<sup>46</sup> "Demek oluyor ki; kovuşturma sırasında mağdurun hareketsiz kalması, onun fiilin takibini istediği, adeta sessiz kalarak şikâyet ettiği anlamına gelmektedir. Buna Sessiz Şikâyet demek belki daha akıllıca olur" Öztürk, a.g.e. sh. 582'den naklen

<sup>47</sup> Öztürk, a.g.e., sh. 580

ler. İhbar yazılı veya sözlü olabilmektedir.<sup>48</sup> Yazılı veya sözlü olsalar da genel olarak ihbarların kabul edilebilmeleri için, ihbarı yapan kişinin kimliği ve ihbar yazılı ise imzasının bulunması zorunlu sayılmaktadır. İhbarlarda bu eksikliklerin olmasına karşın, işleme alınmaları özellikle lekelenmeme hakkı kapsamında şikâyet konusu olmaktadır.<sup>49</sup>

İhbarın (ve şikâyetlerin) soruşturma makamlarında belli bir ciddiyetin olması ve bir anlam ifade edebilmesi için<sup>50</sup> soyut ve genel nitelikte olmaması, kişi ve olayı belirten bir içeriği olması, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması da gereklidir. CMK' da şikâyet ve ihbarı düzenleyen bölüme SYOK düzenlemesinin yerleştirilmiş olması da bu sebeptendir. Ciddi olmayan ve herhangi bir nesnel dayanak içermeyen ihbar ve şikâyetleri soruşturmanın başında devre dışı bırakmak hedeflenmiştir.

#### **d. CMK da ihbar ve şikâyetle ilgili hükümler**

CMK 158. maddesi birinci fıkrasına göre; *“suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.”* Kolluk görevlileri, CMK gereği kendilerine bir ihbar veya şikâyet yapıldığı anda, durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildirmek ve onun konuyla ilgili karar ve talimatına göre hareket etmek zorundadırlar.

Aynı şekilde; *“Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyetlerin de ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi zorunludur. (CMK m. 158/(2)) Aynı maddenin Dördüncü fıkrasında ise; “Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyetlerin, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi zorunluluğu”* belirtilmiş durumdadır. (CMK m. 158/(4))

CMK, *“Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında, Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabileceğini”* düzenlemektedir.

<sup>48</sup> CMK m. 158/(5); İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.

<sup>49</sup> Öztürk, a.g.e., sh. 580

<sup>50</sup> Öztürk, a.g.e., sh. 581

### e. CMK'da ve diğer yasalarda sayılan zorunlu ihbar halleri

CMK ve diğer yasalar pek çok maddelerinde zorunlu ihbar hallerini düzenlemektedir. Bunları genel hatlarıyla şu şekilde saymamız mümkündür.

- TCK'nın 98. maddesi; *"yaşı hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da herhangi bir sebeple kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da "durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişiyi" cezalandırarak bu tür hallerde her kişiye ihbar zorunluluğu getirmekte,*
- TCK'nın 279. maddesi; *"Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirmekte ihmâl eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisini" cezalandırmakta,*
- TCK'nın 280. maddesi; *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubunu" cezalandırmakta,*
- TCK'nın 159. maddesi; *"Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler durumu derhal Cumhuriyet başsavcılığına bildirmekle yükümlüdür" demektedir.*

İhbar veya şikâyetlerin, yukarıda belirtilen özel veya resmi gerçek ve tüzel kişilerce savcılık yerine mahkemeler veya başka bir adli mercie yapılmış olması hallerinde de bu merciler ihbar veya şikâyetleri gereği için savcılığa göndermek zorundadırlar.<sup>51</sup>

## II- CMK' da DÜZENLENEN HALİYLE SYOK

### 1- Kanuni Düzenlemenin Mevcut Hali

Daha önceden 15.8.2017 tarihli 694 sayılı KHK'nın 145. maddesiyle getirilen düzenleme, 01.02.2018 tarihli 7078 sayılı Kanun'un 140. maddesiyle aynen alınarak 5271 sayılı CMK'nın 158. maddesine 5. fıkrasın-

<sup>51</sup> Öztürk, a. g.e., sh. 581

dan sonra gelmek üzere (6). fıkra eklenmek suretiyle ceza muhakemesi hukukumuzda girmiş durumdadır.

CMK' nın 158. maddesine eklenen (6). fıkra **hükmü aynen şu şekildedir;**

5271 s. CMK 158/(6) (Ek: 15/8/2017-KHK-694/145 m.; Aynen kabul: 01.2.2018-7078/140 m.) İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173'üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir.

## 2- SYOK Düzenlemesinin Ceza Muhakemesi Öğretisi ve Uygulaması Açısından Nedenleri

SYOK düzenlemesinin nedeni, yukarıda belirtilen temel ilkelerin bir uzantısı olmasının yanında, savcılarını, sürekli artış gösteren asılsız şikâyet ve ihbarların yarattığı iş yükünden kurtarmaktır. Artan iş yükünün yarattığı niteliksel yıpranma ve devlet kaynaklarının boşa harcanması düşüncesi de savcılara bu tür bir olanak verilmesinin nedeni olabilir. SYOK'la birebir benzeşmeler de, (iş yükünün azaltılması sonuçlarının benzeşmesi nedeniyle) 1412 s. CMUK'da 344. madde ve devamında düzenlenen "Şahsi Dava Yoluyla Takip Edilebilen Suçlar" 'la ilgili olarak Cumhuriyet savcılarında tanınan "kamu menfaati olup-olmadığının takdiri ve bu gerekçeyle, kamu davası açılması da kamu menfaati bulunmadığını düşündükleri hallerde "Takipsizlik Kararı" verebilme olanağı" da gene bu amaçla getirilmiş ve CMUK'un uygulandığı dönemde, uygulamayı çok rahatlatmış ve savcılarını gereksiz iş yükünden kurtarmış, çok yerinde hukuki düzenlemelerdi. 5271 sayılı CMK' nın hazırlanması sürecinde, kanun koyucu bu tür bir düzenleme yapmayı gerekli görmemiştir. İş yükü sorununun "uzlaşma hükümlerinin uygulanması" yoluyla çözülmesi yoluna gidilmiştir.



Burada, özellikle *lekelenmeme hakkı, ikincillik ilkesi ilkelerinin* bu tür bir düzenleme yapılmasını gerekli kıldığı da açıktır. Bu haliyle, yeni bir düzenleme gibi görünen SYOK benzeri hukuki yapılar, aslen önceki normlarda ve yürürlükteki normlarda mevcuttur. 4483 sayılı Kanun'un 4/son maddesi uyarınca, işleme konulmamasına karar verilmesi şeklindeki düzenleme de özellikle, devlet memuru ve kamu görevlilerinin soyut iddialar karşısında, lekelenmesinin önüne geçmek amacıyla yapılmış bir hukuki düzenlemedir.

Her ne kadar Cumhuriyet Savcısının SYOK kararı verme işlemi idari bir karar görüntüsü taşıyor olsa da işlemde kullanılan hukuki tahlil yetkisi ve itiraz gibi bir kanun yolu öngörülmesi, SYOK işleminin tamamen hukuki bir niteliğinin bulunduğunu göstermektedir.

### **3- İlk Akla Gelen Soru; "SYOK'larla Soruşturmalara Ön Soruşturma Safhası mı Eklendi?"**

Ceza muhakemesi sistematığı içinde, CMK m. 158/(6) hükmü, Cumhuriyet savcılarına, kendilerine gelen bir ihbar veya şikâyet sonrasında, öncelikli olarak, ihbar veya şikâyetin herhangi bir suç içerip içermediği ve soyut, genel nitelikte olup-olmadığı konularında araştırma yapmak görev, sorumluluk ve yetkisini vermektedir. Bu tür bir incelemenin doğal olarak soruşturma sürecini iki aşamalı hale getirdiğini iddia etmek mümkün hale gelmiştir.

Savcının ihbar ve dilekçede öncelikli olarak bu incelemeyi yaparak, bu inceleme sonrasında gerekli gördüğü hallerde soruşturmaya başlaması, artık, ceza muhakemesi hukukumuzda, ileride "*önsoruşturma, eleme incelemesi -dilekçenin ciddiliğinin araştırılması incelemesi*" gibi tanımlarla adlandırılması olası bir sürecin de var olduğunu göstermektedir.

Bir diğer yaklaşımla ise, artık savcılarının soruşturma öncesinde ilk olarak CMK m. 158/ (6) incelemesi yaptıktan sonra, dilekçe veya ihbarda 6. fıkrada belirtilen bir halin varlığına kanaat getirmediikleri takdirde, zimnen alacakları "*soruşturmaya geçilmesi kararı*" ile soruşturmaya başlayacaklarını söylemek de mümkündür. Bu hal savcılara ihbar ve şikâyetin soruşturmaya değer nitelikte olup olmadığı ve soruşturmanın başlatılıp başlatılmaması gibi bir "*ön karar alma*" görev ve takdir yetkisi tanımaktadır.

#### 4- SYOK'a Konu Olabilecek-Olamayacak Başvurular

Görüldüğü gibi; madde metni sadece ihbar ve şikâyet konusu fiilleri esas almaktadır. Bu düzenleme yapılırken, kanun koyucunun sadece şikâyet ve ihbarı mı esas aldığı yoksa diğer soruşturmayı başlatan işlemlerde de bu tür kararların verilip-verilemeyeceği konusu ilk akla gelen konu olmaktadır.

Bilindiği ve önceki anlatımlarımızda da belirtildiği gibi; şikâyet ve ihbar yolları soruşturmanın başlaması açısından kanunda belirtilen iki halden ibarettir. Şikâyete tabi suçlarda, şikâyet hakkı olanlara tanınmış olan soruşturma başlatılmasını ve devamında kamu davası açılmasını isteme hakkı, ihbar yolunda tüm kişilere tanınan bir yetki durumundadır.

Bu iki hal, genelde Cumhuriyet savcısının veya kolluğun ilk kez suçu öğrendikleri hallerdir. İhbar hali bir kenarda tutulduğunda, şikâyet, genelde şikâyetçilerin kişisel haklarına karşı işlenebilen suçlara yönelik olabileceği gibi, ihbar konusu suçlamalarda bu farklılık gösterebilir. İhbar yolunda büyük bir esneklik bulunmakta, ihbarcılardan bizzat hak mağduriyeti olmadıkları konularda da Cumhuriyet savcılıklarına başvurabilme hakları bulunmaktadır. Uygulamada (her ne kadar kimliği belirsiz ve imzasız ihbarlar işleme konulmaz kuralı varsa da) çoğu ihbarın kimliksiz ve imzasız yapıldığı ve ihbar içeriklerinin genel ve soyut nitelikte iddialar içerdikleri bilinen bir konudur.

Soruşturmayı başlatan, re'sen haber alma, resmi makamların karar ve ihbar yazıları, mahkeme kovuşturmaları sonrasında yapılan suç duyuruları gibi diğer yollar incelendiğinde, şikâyet ve ihbar yollarından bu noktada farklılık gösterdikleri görülmektedir. Bu noktada, kanun gereği ihbar ve şikâyet hakkının kullanıldığı durumlarda ve özellikle resmi özel ve tüzel kişilerin 158. madde gereği yaptıkları ve genelde suç ve faille ilgili yoğun bilgilendirme içeren ihbar ve şikâyetlere karşı, SYOK kararlarının pratikte uygulama alanının olmayacağı kanaatindeyiz.

Yasal düzenlemede SYOK verilebilecek hallerin "sınırlı olarak" sayılmış olması ve savcıya belli bir alanda takdir yetkisinin tanınmasının nedeni, yukarıda belirtilen ve savcının yükümlülüğü ve tekeli durumunda olan "soruşturma mecburiyeti" ilkesinde fazla gevşeme yapmamak isteği olabilir. SYOK harici konular için zaten CMK m. 171'de Cumhuriyet savcılarında KYOK verme konularında geniş bir takdir

alanı tanınmış durumdadır. SYOK'un belli istisnai durumlar için düzenlenmiş olduğu göz önünde bulundurularak, özellikle iş yükünün fazlalığından şikâyetçi olan Cumhuriyet savcılarının bu yolu genişletmemeleri gereklidir.

Suç işlendiği izlenimi veren halin varlığı ve başlangıç şüphesini doğrulayan somut bulguların bulunduğu hallerde, derhal soruşturma yükümlülüğü başlayacağından; bu tür durumlarda SYOK verilemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği şekilde ihbar ve şikâyetlerin "soyut ve genel nitelikli" olduğu iddialarının istisnai olarak ele alınması ve "basit soruşturma işlemleriyle bile işin doğrusunu ortaya koymanın mümkün olabileceği" hallerde, SYOK yolundan kaçınarak işin aslının tahkik ve tetkik edilmesi gereklidir.

Bu cümleden olmak üzere; özellikle maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, şikâyet ve ihbar Anayasal hakkının tesis edilebilmesi ve suçlanan kişilerin aklanabilmelerini sağlamak amacıyla, soyut ve genel nitelik kavramları titizlikle ele alınarak, bu kavramlar ve bu yol kötüye kullanılarak, niceliksel değerlendirmelerle "iş (evrak-dosya) temizlemek için" bu yolun kullanılmaması gereklidir.

Savcılığın doğrudan haber aldığı somut olgulara dayalı fiil veya faille ilgili olarak SYOK verilemeyeceği açıktır. Kanunun sadece ihbar ve şikâyetlerde SYOK verilebileceğini sınırlı olarak sayması, diğer yollarla suçun öğrenildiği hallerde savcıya SYOK düzenleme yetkisi verilmediğini düşündürmektedir. Bu tür durumlarda konunun CMK m. 171 hükümleriyle çözülmesi gerekecektir.

## **5- İhbar ve Şikâyetin İçeriğine Göre SYOK Verilebilecek Haller**

Cumhuriyet savcısının kendisine gelen ihbar ve şikâyetle ilgili olarak SYOK verebilmesi için (kanun metninde de belirtildiği gibi) iki halin varlığı gereklidir.

### **i. İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının, herhangi bir araştırma yapılması gerekmeksizin açıkça anlaşılması**

CMK 160 ve 161. maddelerine göre, Cumhuriyet savcısı herhangi bir yolla bir suç işlendiği izlenimini veren bir halin varlığı halinde, hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak zorundadır. Ancak, bazı

hallerde ihbar veya şikâyetle bulunan, fiilin suç olduğu kanaatiyle başvuruda bulunmuşsa da birtakım sebeplerle ortada suç bulunmayabilir. Bu konuda ceza genel hukuku öğretisi açısından birkaç olasılık gündeme gelmektedir.

### 1. Olayda ceza normunun varlığında yanılma olabilir

Ceza hukukunda “*tipiklik*”; yapılan bir fiilin kanundaki tanıma uygun olmasıdır.<sup>52</sup> Tipiklik oluşabilmesi için; işlenen fiilin önceden bir yasa da tanımlanmış olması ve fiilin bu tanıma uygun olması gerekmektedir. Kanunilik unsuru olarak da tanımlanan tipikliğin bulunmaması halinde “*Mefruz (Hayali-sözde) Suç*” tan bahsedilmektedir. Fail suç işlediğini sanmaktaysa da aslında olayda bir suç yoktur.<sup>53</sup> Mefruz suç; “*hukuki yanılmaya dayanan*”<sup>54</sup> ve “*fiili yanılmaya dayanan*”<sup>55</sup> olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Müşteki veya ihbarcı tarafından, olayda hukuki veya fiili yanılmaya dayalı şekilde, tipikliğe uymayan bir suçun ihbar veya şikâyet edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının, doğrudan SYOK vererek soruşturmaya hiç başlamaması gerekmektedir.

CMK m.158/(6) madde metninde, “*fiilin suç oluşturmadığı*” şeklinde bir tanımlamada bulunulmuş olması, sadece mefruz suçlar açısından CMK m. 158/(6) fıkrası hükmünün uygulanabileceği düşüncesi oluştursa da; mefruz suçun hukuki niteliği gereği, kanaatimizce her türlü mefruz suç bu kapsamda saymak gerekmektedir.

Cumhuriyet savcısının, kendisine gelen ihbar veya şikâyetle, işlendiği iddia edilen fiilin herhangi bir suçu oluşturmadığı konusunda açık ve net bir kanaat edindiği hallerde, SYOK yetkisini kullanabileceğini kabul etmek gereklidir.

### 2. Olayda açık bir soruşturma engeli olabilir

Yasa açıkça “İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığı” şeklinde bir tanımlama ve daraltma uygulayarak, sair soruşturma engellerinin bulunması halinde, savcının bu kararı verip-veremeyeceği ko-

<sup>52</sup> Timur Demirbaş, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 12. Baskı Seçkin Yayınevi, 2017, sh.

<sup>53</sup> Demirbaş, a.g.e., sh.201

<sup>54</sup> Failin kanuni tanımın tamamında yanılması (Demirbaş, a.g.e. sh. 201)

<sup>55</sup> Faili kanuni tanımın esasında değil unsurlarında yanılmaktadır. (Demirbaş, a.g.e., sh. 201)

nusunu boş bırakmıştır. Özellikle *“ne bis in idem”* (mükerrer soruşturma olmaz) ilkesinin çok açık olduğu olaylarda, sadece *“fiilin suç oluşturmamasını”* esas alan yasal düzenlemeyle, doğrudan savcının SYOK vermesi pek mümkün görülmemektedir. Aynı şekilde *“faile ilişkin soruşturma engeli olan hallerde”* de SYOK değil, soruşturma sonrası CMK m. 171 gereği KYOK verilmesi gerekeceği gibi bir sonuç doğmaktadır.

## ii. İhbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması

CMK m. 158/(6) metninin sorun yaratacak ayağı bu kısım olacak gibi görünmektedir. Zira önceki cümleden kanun koyucu yetkiyi daraltırken, *“ihbarın soyut ve genel nitelikte olması”* şeklinde muğlak bir ifadeyle SYOK yetkisi konusunda savcının takdir yetkisini olabildiğince genişletmiş bulunmaktadır.

*“Soyut”* kavramı bir sıfat olup *“felsefe, varlığı duyularla algılanamayan, mücerret, somut karşıtı, abstre”*<sup>56</sup> anlamlarını ifade ederken, gene bir sıfat olan *“genel”* kavramı *“bir şeye veya bir kimseye özgü olmayıp, onun bütünü benzerlerini içine alan, umumi”* anlamındadır.<sup>57</sup>

Gündelik dilde de bu iki kelimenin net karşılıklarının olmadığı ve göreceli kavramlar oldukları açıktır. Bu aşamada, kanun metninde belirtilen kriterlerin ne şekilde anlaşılması gerekeceği ve keyfiliğe yol açmayacak şekilde nasıl uygulanacağı konularının düşünülmesinde fayda bulunmaktadır.

Gerçekten de uygulamada, Cumhuriyet savcıları, çok sayıda soyut ve genel nitelikli ihbar ve şikâyet dilekçelerini kabul etmek ve önemli miktarda iş yükü oluşturan bu tür evrakları sonuçlandırmak zorunda kalmaktadırlar. Bu da Cumhuriyet Savcıları ve kolluğun iş yükünü artırmaktadır. Akıl hastası olduğu açıkça bilinen kişilerce verilen anlamsız dilekçeler bile *“soruşturmanın mecburiliği”* ilkesi gereği kabul edilerek soruşturmaya başlamak zorunda kalmaktadır. Elbette ki savcıların soyut ve genel nitelikli asılsız dilekçelerle uğraşmaya zorlanmaları doğru değildir.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ca61db553b848.97758212](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ca61db553b848.97758212) Erişim tarihi; 05.04.2018

<sup>57</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ca61db553b848.97758212](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ca61db553b848.97758212) Erişim tarihi; 05.04.2018

<sup>58</sup> Yurtcan, a.g.e., sh. 202

Gelen şikâyet ve ihbarlar, o sırada henüz delillere ulaşamadığı ve soruşturmayla ulaşılabilecek birtakım delillere, müşteki ve ihbarcılarının ulaşmalarının o an olanaklı olmaması nedeniyle, genel ve soyut anlatımlar içeriyor gibi görünebilir. Örneğin; *“Oturduğum mahalleden birileri beni geç vakitlerde ankesörlü telefonlarla arayarak ölümle ve kızımı kaçırmakla tehdit ediyorlar”* şeklinde bir müracaat, ilk bakışta tamamen soyut ve genel nitelikli bir müracaat şeklindedir. Ancak bu olayın doğruluğu soruşturmayla netleşebilir. Somut olgu ve dolayısıyla başlangıç şüphesi bulunup-bulunmadığı değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, *“bir bakanlıkta usulsüzlükler yapıldığı ve bir kısım devlet paralarının zimmete geçirildiği”* gibi bir iddia soyut ve genel iddialardır.

Ancak, araştırılarak fail ve fiile ulaşılabilecek olaylarda, savcılarının bu hükmü esas alarak SYOK vermeleri, ileride soruşturma mecburiyeti ilkesine aykırılık oluşturacak genel ihmal halleri meydana getirebilir. Bu konuda, Cumhuriyet savcılarının, hangi beyanları *“soyut ve genel nitelikli”* olarak kabul edecekleri konusu, pozitif hukukta uygulamayla boşluğu doldurulacak konulardır.

## 6- Şikâyet Veya İhbar Edilene “Şüpheli” Sıfatının Verilememesi

Madde metninde; *“SYOK verilmiş kişiye şüpheli sıfatı verilemeyeceği”* hükmü düzenlenmiştir. Bu madde metni, ilk bakışta, kanun koyucunun CMK 158/(6) madde ve fıkrasına giren hallerin varlığı durumunda şikâyet veya ihbar edilenlerin *“lekelenmeme haklarını koruduğu”* düşüncesinden doğmuş görülmektedir. *“Lekelenmeme hakkına ilişkin bir çalıştayda,”* bu konunun bizzat Adalet Bakanı tarafından açıklanarak, *“SYOK düzenlemesinin “lekelenmeme hakkının” korunması amacıyla getirildiğinin”* belirtilmesi de kanun koyucu iradenin SYOK’ları işleri azaltmak düşüncesinin yanı sıra, özellikle *“bireyin soruşturma nedeniyle lekelenmemesi”* amacıyla çıkarıldığını da göstermektedir.

Soruşturma evresine geçmiş diğer evraklardan farklı şekilde, artık SYOK kararı verilmiş olaylarda **şikâyet** veya ihbar edilmiş kişilere karşı şüpheli sıfatı kullanılmayacak, **“şikâyet edilen”** ve **“ihbar edilen”** şeklinde tanımlanacaklardır.



## 7- Dilekçenin İşleme Konulmaması Kararları (DİKK) ve SYOK

17.07.2004 tarihli ve 5232 sayılı Kanun'la 4483 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un<sup>59</sup> 4. maddesinde önemli bir değişiklik yapılmıştır. Buna göre; "4483 sayılı Kanun'a göre, memur ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin "soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar ve şikâyetlerde kişi ve olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar ve şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile ikametgâh adresinin bulunması" zorunluluğu getirilmiştir.<sup>60</sup> "Bu şartların oluşmaması halinde dilekçenin, 4483 sayılı Kanun m. 4/son uyarınca işleme konulmamasına karar verilebileceği" maddede hüküm altına alınmıştır. Ancak; iddiaların sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyadı, imza, adres şartlarının doğruluğu aranmaksızın işleme başlanabileceği<sup>61</sup> kabul edilmiştir. Bu şekilde yapılan başvuruların ihbar ve şikâyetçisine bu işlemin bildirileceği<sup>62</sup> yasal zorunluluk halinde yasaya eklenmiştir.

Aynı şekilde maddeye eklenen 5. fıkraya göre; "yeni bir belge sunulmadıkça, önceden sonuçlandırılmış bir işlemlerle ilgili başvuruların işleme konulmayacağı kabul edilmiştir.

SYOK'la benzer bir hüküm olan DİKK'lerdeki konulma gerekçesi "devlet görevlisi olan memurların ve aslen devletin genel ve soyut nitelikli iddialarla yıpratılmaması, devlet memurunun bu tür mesnetsiz iddialarla lekelenmemesidir."

SYOK'lardaki "Soruşturmaya Yer Olmadığına İlişkin Kararın" yerini DİKK'lerde "dilekçeyi işleme koymamak" almıştır. Aslında iki karar da aynı neticeye varmaktadır ve bu noktada aralarında kavramsal ve işlevsel bir fark yoktur. Bu iki kararın arasındaki en önemli fark DİKK'leri için itiraz ve sair kanun yolu öngörülmeyp, bu kararların kesin olduğu kabul edilirken, SYOK'lar için CMK m.173'te KYOK'lar için öngörülen itiraz kanun yolu getirilmiştir.

<sup>59</sup> 02.12.1999 tarih, RG. 04.12.1999-23896

<sup>60</sup> Öztürk vd., CMH ders kitabı, a.g.e., sh. 766 vd.

<sup>61</sup> Öztürk vd., CMH ders kitabı, a.g.e., sh. 766 vd.

<sup>62</sup> Öztürk vd., CMH ders kitabı, a.g.e., sh. 767

Burada tartışılması gereken konulardan biri; kanun koyucunun 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” a hasren getirmiş olduğu bir hüküm varken, aynı konulu dilekçelerin işleme konulamayacağı sonucunu doğuran CMK m. 158/(6) hükmünü getirerek 4483 s. Kanun hükmünü ilga etmiş olup-olmadığı tartışmasıdır.

Kanun koyucu, acaba, bu konulardaki iradesini genelleştirerek, daha önce 4483 sayılı Kanun kapsamına giren haller için öngördüğü “genel ve soyut nitelikteki iddialara” dayanan şikâyetler hakkında, artık genel bir düzenleme yaparak, tüm soruşturmalarda da bu sistemin geçerli olması gerektiği kararıyla 4483 sayılı Kanun’daki düzenlemeyi de içine alacak şekilde CMK m. 158((6) ile genel bir hüküm mü getirmiştir? Yoksa 4483 sayılı Kanun ve DİKK’ler varlıklarını devam ettirmekte midir?

Eğer 4483 sayılı Kanun’un SYOK’la ilga edildiği kanaati oluşursa, artık 4483 sayılı Kanun kapsamındaki hallerde de *-dilekçenin işleme konulmamasına değil-* soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmesi gerekecektir. Bunun bir diğer sonucu da; *“verilecek karara itiraz yolunun açık olması”* olacaktır.

Bu konuyu açarak değerlendirmekte fayda vardır;

Yeni tarihli genel hükmün uygulanması, eski tarihli özel hükmün amacını ortadan kaldırmayacaktır. 4483 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle düzenlenen hükmün amacı; *“memurun asılsız ihbarlar nedeniyle, cezai soruşturma tehdidi altında, görevinin gereklerini rahatlıkla yerine getirememesi”* kaygısını ortadan kaldırmaktır. Bu noktada, suç işlendiği izlenimi veren halin varlığı kabul edilse dahi, soruşturmaya devam etmek için yetkili makamlardan izin alınması gerekeceğinden, memurların *-asılsız ihbarlara karşı-* korumaya devam ettiği konusuna dikkat etmek gerekir. Kısacası *“dilekçenin işleme konulup konulmayacağı”* yerine *“soruşturmaya yer olup olmayacağının”* değerlendirilmesi, 4483 sayılı Kanun’un amacına ters düşmeyeceği gibi, itiraz başvurusuna imkân tanınması nedeniyle, müştekinin hak arama özgürlüğünü de koruyacaktır. İhbar ve şikâyetin genel ve soyut nitelikteki iddialara dayandığı varsayılsa dahi ancak ve ancak soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilebilecektir.

Ceza muhakemesi -tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi-; her sürenin mutlaka denetlenmesi üzerine kurulu bir sistemdir. Her birim, yaptığı işlemin mutlaka bir diğer hukuk içi denetim sistemince denetleneceğini bilir ve hukuka uygun davranmaya çalışır. 4483 sayılı Kanun'da DİKK 'lerle ilgili olarak *"bu konudaki kararlar kesindir"* şeklindeki düzenleme, muhakeme hukukunun genel yapısına aykırılık oluşturmaktadır.

Özellikle, yürütme erkinin baskı ve etkisine girmiş bir savcılık teşkilatı yapısının varsayılabileceği olağanüstü hallerde, yönetim birimlerine karşı yapılan ihbar ve şikâyetlerin savcılık tarafından soruşturma dışı bırakılmasına ilişkin kararların hukuki denetime tabi olmaması *"hukuk devleti"* ve *"yasaların üstünlüğü"* *"yasa önünde eşitlik"* ilkelerine aykırı bir durum yaratabilir. Bu nedenle, 4483 sayılı Kanun ile getirilmiş olan DİKK'lerin de SYOK'lar gibi itiraza tabi olduklarının kabul etmek gerekli olduğu, zira aynı konudaki eski hükmü aynı nitelikli yeni hükmün hukuken ilga ettiğinin kabulünün zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

## 8- KYOK'la Benzer ve Ayrılan Yönüyle SYOK

CMK m. 171'de ayrıntılı olarak düzenlenen *"Kovuşturmayaya Yer Olmadığına İlişkin Kararlar"* SYOK'larla görünüşte benzerlik göstermesine karşın, temelinde yapılan işlemler bütünüyle farklı özellikler taşımaktadır.

SYOK'larda Cumhuriyet savcısı, ihbar veya şikâyet evrakını, hiç işleme koymadan doğrudan hiçbir soruşturma işlemi yapmaksızın kaldırmaktadır. Bu tamamen idari bir depolama şeklinde Cumhuriyet savcılığı içinde eriyen bir işlemdir. Oysa KYOK'lar belli bir soruşturma evresi sonrasında verilen kararlardır. Birinde savcı belli bir soruşturma işlemi tamamlamış, ancak kamu davası açmak için gereken şartların oluşmadığı kanaatine vararak KYOK verilmiş, diğer halde ise savcı CMK m. 158/ (6) madde ve fıkrada belirtilen halin varlığı kanaatine vararak dilekçeyi hiç soruşturma işlemi bile yapmaya gerek görmeden ihbar ve şikâyeti yok saymıştır. Başka bir deyişle, KYOK'ta soruşturma ve dolayısıyla ceza muhakemesi süreci başlayıp bir aşamaya gelmekte, SYOK'ta ise hiç başlamamaktadır.

### 9- Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi (HAGB) ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi (KDAEK) Kararları ve SYOK

Ceza muhakemesi hukukumuzda 5271 sayılı CMK ile getirilen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması” (HAGB) ve “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” halleri SYOK’larla benzerlik gösteren ancak temelinde tamamen farklı olan iki yeni düzenlemedir.

CMK 171. maddesinin 2. fıkrası ve devamında yapılan düzenlemeye göre; Cumhuriyet savcısı; uzlaşmaya ilişkin 253. maddenin 19. fıkrası hükümleri dışında olan soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla, ilgili olarak; yeterli şüphenin var olmasına rağmen, “şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması halinde<sup>63</sup>”, kendi takdirini kullanarak “kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesi kararı” (KDAEK) (itirazı mümkün şekilde) verebilmektedir. Savcının bu kararı verebilmesi için 3. fıkrada yer alan

- a- Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,
- b- Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,
- c- Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,
- d- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Şayet, fail belirlenen sürede başka kasıtlı bir suç işlemezse KYOK kararı verilmesi, eğer suç işlerse, “ertelenen soruşturmaya ilgili olarak kamu davası açılması” kanunda hüküm altına alınmıştır. Erteleme süresince zamanaşımının işlemeyeceği ve bu kararların, “bunlara mahsus bir sisteme kaydedilip”, bu kayıtların ancak bir soruşturma veya ko-

<sup>63</sup> “Bu kavramın belirsizliği ve savcıya çok fazla takdir yetkisi tanınmış olması doktrinde eleştirilmektedir. (Bkz.; Yener Ünver- Hakan Hakeri, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, sh. 560)

vuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabileceği de düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi KDAEK' larla SYOK benzerlik göstermekte ve ikincilik ilkesiyle lekelenmeme hakkının sağlanması ve mahkemele- rin iş yükünün azaltılmasına ilişkin amaçlarla KDAEK düzenlemesi- nin yapıldığı görülmektedir. Her iki karar arasındaki fark "*soruştur- maya başlanmış olup-olmamasındadır*". KDAEK'ler, savcının belli bir soruşturma yapıp, sonrasında suçla ilgili kamu davası açmaya yeterli delil bulduğu ancak maddede belirtilen hali gerekçe ve amaçlarla bu davayı açmak yerine 5 yıl süreyle erteleyerek faile yeni bir şans verdiği hallerde söz konusudur. Oysaki SYOK kararı öncesinde, savcı hiçbir araştırma yapmaksızın doğrudan karar vermektedir. Burada ikisinin benzeyen yönü ise; her iki tür kararın buna ilişkin bir sistemde kay- dedilmeleri (yani gizli olmaları) ve ancak gerektiğinde hâkim ve savcı tarafından konuyla ilgili hallerde incelenebilmeleridir.

HAGB ise bir hâkim/mahkeme kararı olması nedeniyle tamamen SYOK'la farklılık taşımaktadır. "*Kurulan hükmün sanık hakkında bir so- nuç doğurmaması*"<sup>64</sup>(CMK m. 231/(5)) olarak kısaca tanımlayabilece- ğimiz bu karar, kovuşturma sonunda hâkim/mahkemenin, sanığın damgalanmasını önleyebilmek amacıyla,<sup>65</sup> sanık hakkında uyguladık- ları, bir tür tecile benzeyen ancak koşullu af olarak da isimlendirilebi- lecek bir yoldur. Burada sanık hakkında kurulan hüküm (denetimli serbestlik tedbirleri tayini hariç<sup>66</sup>) sonuç doğurmamakta ve süresi so- nunda herhangi kasti bir suç işlenmediği takdirde hüküm tamamıyla ortadan kalkmaktadır. Burada da görüldüğü gibi, HAGB sistemi aynı amaca varma dışında SYOK'la herhangi bir benzerlik taşımamaktadır.

### 10- Mehoz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (*Strafprozessordnung-StPO*) Benzer Düzenlemeler

Mehaz Alman CMK' (*StPO*) da Türk CMK'nın 158. maddesinin 6. fıkrasına birebir benzeyen bir hüküm bulunmamaktadır. *StPO* §

<sup>64</sup> Ali İhsan İpek, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Adalet Yayınevi, An- kara-2010, sh.2,

<sup>65</sup> "HAGB 231 deki koşullar oluştuğunda verilerek "kişiyi damgalamaktan koru- maktadır." Yenisey-Nuhoğlu, CMH, a,g,e, sh. 772-773

<sup>66</sup> Yenisey-Nuhoğlu, CMH, a,g,e, sh. 777, "Ancak bu özellik mutlak değildir. Dene- tim süresi ve denetimli serbestlik tedbiri belirlenmektedir." (İpek, a.g.e., sh. 3)

158 “Kamu Davasının Hazırlanması” başlıklı “İkinci Kısımda” “İhbar ve Şikâyet” başlığıyla konuyu düzenlemektedir. Bu madde, şikâyet ve ihbarların nasıl yapılacağını, bu durumlarda savcılığın nasıl harekete geçeceğini hüküm altına almaktadır.

StPO § 160 ise “savcılığın suçu re’ sen öğrenmesi” hallerini düzenlemektedir. Bu madde, savcılığa “suç duyurusu veya başka bir yoldan, bir suç işlendiğine ilişkin şüphe bulunduğunu öğrendiği hallerde kamu davası açılması gerekip gerekmediği kararı vermesi için araştırma başlatmak zorunluluğu” yüklemektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası; “Savcı sadece isnada yarayan durumları değil, aynı zamanda isnadın ortadan kalkmasına hizmet eden durumları da araştırır ve kaybolmasından korkulan delillerin elde edilmesine dikkat gösterir” demekle savcılığa (bizde de olduğu gibi) “lehe delil araştırma zorunluluğu” getirmektedir.

StPO § 160a “tanıklıktan çekinme hakkı olanlar (StPO § 53/(1) 1. cümlesi 1, 2, 4 numaralı bentlerde sayılanlar) ile avukatlar hakkında muhtemelen bazı bilgiler elde edilmesine yarayacak soruşturmalar yapılamayacağını, varsa elde edilmiş kayıtların silineceğini” düzenlemektedir.

SYOK düzenlemesiyle tam örtüşmeyen ancak hiç soruşturmaya başlamama gibi benzer bir işlem yapılmasına sebebiyet verecek bir düzenleme ise; “**Siyasi Nedenlerle Soruşturma Yapılamaması**” başlıklı StPO § 153d’ de yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre, “muhakemenin yapılması Almanya Federal Cumhuriyet için aleyhte ağır bir durum tehlikesi yaratacaksa veya kovuşturmanın yapılmasına ağır basan kamu yararı karşı geliyorsa, Federal Başsavcı Mahkemelerin Kuruluşu Kanununun 74a maddesinin 1. fıkrasının 2 ila 6 numaralarında ve 120. maddesinin 1. fıkrasının 2 ila 7 nolu bentlerinde tanımlanmış cinsten suçların kovuşturulmasından sarfınazar edilebilir.” Görüldüğü gibi bu madde kamu yararı hallerinde sınırlı sayıda suçlarla ilgili olarak savcıların soruşturma yapmalarının, 2. fıkrasıyla da açılmış dava varsa kovuşturmaların geri alınmasının imkânını vermektedir.

Alman ceza muhakemesi hukukunda, bizde 1412 sayılı CMUK’un 344. maddesinde yer alan ancak CMK m. 253’le yapılan Uzlaştırma yolu tesis edilmiş olması gerekçesiyle 5271 s. CMK’da düzenlenmeyen “şahsi dava yoluyla suçların takibi” yolu ile savcılığın bazı hallerde “önemsiz tali cezalar” içeren soruşturmaları yapmaktan imtina edebilecekleri haller (StPO §154) mevcut bulunmaktadır. StPO § 153; “Basit Suçların Kovuşturulması” Başlığını taşımakta ve “muhakemenin konusu bir cünha (küçük



– cüce cürüm) ise ve failin kusurunun az olduğu kabul ediliyor ve kovuşturma da kamu yararı bulunmuyorsa, (bir cünha hakkında aşağı haddten fazla ceza ön görülmemiş haller dışında, kovuşturmanın açılmasına karar veren mahkemenin onayı ile) savcılığın kovuşturma yapmayabileceğini” düzenlemektedir.

StPO § 153, 154 153a vb. maddelerde savcılık için basit suçlarda veya suçlar için basit veya tali cezaların öngörüldüğü hallerle, yükümlülüklerin yerine getirildiği haller (StPO §153a), düşme gerektiren (StPO §153b), etkin pişmanlık bulunan (StPO §153e) durumlarla, StPO §153/d deki “Siyasi nedenlerle soruşturma yapılmaması, bir suçun açıklanacağı tehdidiyle işlenmiş cebir veya şantaj suçunda, mağdurun bu suçtan şikâyeti olmadıkça veya zorunlu uzlaştırma mecburiyeti bulunmadıkça savcılığı soruşturma açmaktan kaçınabilme” (StPO §154c) gibi çok sayıda hükümle savcılığın gereksiz iş yükü azaltılmaya, bu konuda savcılığa takdir hakkı verilmesine ve bu şekilde lekelenmeme ve ikincillik ilkelerinin gerçekleştirilmesine çalışılmaktadır. StPO §171/(2) savcılığın, suç duyurusunda bulunulan kişiyi, işlemin niteliği ve varılan karar noktalarında bilgilendirmesi zorunluluğunu da getirmektedir.

Alman ceza muhakemesinde konunun hal tarzı, özellikle basit suç ve yaptırımlarda savcılığın daha pratik ve inisiyatif kullanır şekilde çalışabilmesini sağlamaya yönelik olduğu, bu düzenlemelerin aynı zamanda ikincillik ve muhakemenin ekonomikliği gibi ilkeleri de gerçekleştirebilmeye yönelik düzenlemeler niteliğinde olduğunu söyleyebilmemiz mümkün gözükmektedir.

### III- SYOK’ LARA KARŞI ADLİ İDARİ BAŞVURU ve KANUN YOLLARI

#### 1- İtiraz Yolu

##### a. Genel olarak

CMK’nın 158/(6) madde ve fıkrası SYOK’lara karşı “itiraz” kanun yoluna gidilebileceğini düzenlemektedir. “itiraz kanun yolu” hâkim/mahkeme kararlarına karşı kanunda öngörülen olağan bir kanun yoludur. Asıl olarak hâkim kararlarına ve istisnai olarak da kanunda belirtilen hallerde “mahkeme kararlarına” karşı<sup>67</sup> öngörülmüştür<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, “Ceza Muhakemesi Hukuku II”, Gözden geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2015, sh. 241

<sup>68</sup> CMK’ da mahkeme kararına karşı itiraz yolu öngörülmemiş, bu konu yasada açıkça itirazı mümkün mahkeme kararları ayrı-ayrını belirtilmek yoluyla çözülmüştür. (YN)

Ceza muhakemesi hukukunda itiraz yolu bir tür iç denetim yoluna benzer. Bu nedenle pek çok yazar “denetim muhakemesi” olarak adlandırmaktadır.<sup>69</sup> Savcılık kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği konusunda CMK’da ayrı ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanun savcılığa verilen bir kısım kararlara (gözetim, elkoyma, KYOK vs.) itiraz usulünün maddelerinde açıkça düzenleyerek savcı işlem ve kararlarına karşı da itiraz edilebileceğini kabul etmiştir.

### b. SYOK’larına itiraz yoluna başvuru hakları

Aynı şekilde, CMK, itiraz yoluna kimlerin başvurabileceğini (CMUK m. 297/2 de belirtilen hükümle paralellik arz etmeyecek şekilde) açıkça belirtmemekte ise de kişilerin kendilerini ilgilendiren konularda itiraz yoluna gitme haklarının olduğunun kabul edilmesi doğaldır.<sup>70</sup> Şikâyetçinin itiraz hakkının olduğu konusunda tartışma yoktur. Ancak genelde ihbarcılara ceza muhakemesindeki birtakım haklar şikâyetçilere tanındığı gibi tanınmamaktaysa da CMK m. 158/ (6) madde ve fıkrasında “SYOK’nun ihbarcı ve şikâyetçiye tebliğ edileceğini ve bu kişilerin 173. maddedeki usule göre itiraz yoluna gidebileceklerini” söyleyerek bu yolu ihbarcıya da açıkça açmış bulunmaktadır. Mevcut düzenleme karşısında ihbar ve şikâyeti yapan kişilerin bu konu da itiraz hakkının bulunduğu açıktır.<sup>71</sup>

Burada tartışılması gereken konulardan bir diğeri, “şikâyet edilenin SYOK’na itiraza hakkı olup olmadığıdır.” Kişi, kendisiyle ilgili yapılan asılsız ve mesnetsiz bir suçlamayla ilgili olarak, toplum ve sosyal çevresinde aklanmak ve lekelenmemeye hakkını kullanabilmek için soruşturma yapılarak tüm yönleriyle olayın araştırılması istekli olabilir.

Kanun metni, “*Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Karar verilmesi halinde şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilmeyeceğini*” söylemektedir. Bir bakış açısıyla, “kanun koyucunun, burada, şikâyet edilene bir muhakeme süjesi niteliği bağlamayarak, onu muhakeme dışında tuttuğunu ve süje olmadığı için itiraz hakkı da olmayacağını

<sup>69</sup> Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, 12. Baskı, seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, sh. 868

<sup>70</sup> Öztürk, Erdem, a.g.e., sh. 868

<sup>71</sup> Yargıtay, “4483 sayılı Kanun’un 4/son madde ve fıkrası uyarınca verilen Cumhuriyet savcısının işleme konulmama kararlarına karşı, “herhangi bir itiraz yolu öngörülmediğinden” itiraz edilemeyeceğine karar vermiştir. (Y. 1. CD. 03.03.2005 tarih, 2005/704 ve 2005/301 E. Sayılı karar)

düşünerek bu metni düzenlediğini ve şikâyet edilenin itiraz hakkı olmadığı düşünülebilir. Gerçekten de metinde “şüpheli sıfatı verilmez” şeklinde yapılan düzenleme şikâyet edilenin toplum önüne bir suçun şüphelisi olarak çıkmamış olması nedeniyle lekelenmeme hakkının zaten sağlandığı ve bu konuda yeni bir şeyler yapmanın gerekli olmadığı kuvvetli bir çıkarım oluşturacaktır. Zaten bir suçlama olmadığından, ceza muhakemesine ilişkin haklarda doğmamıştır denilebilir.

Ancak bazı haller vardır ki kişinin sosyal, iş, siyasi ve yakın çevresi, kişiliği bu tür bir işlemle yetinecek durumda olmayabilir. Kişi, her ne kadar mesnetsiz ve soyut olsa da kendisine yükletilmek istenen suçla ilgili bütün soruşturma işlemleri yapılarak konunun hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde aydınlatılmasını ve KYOK’ la hakkının teslim edilmesini talep edebilir. Bu tür durumlarda, ceza muhakemesinin genel yapısı ve haklar bütünü içerisinde, şikâyet edilene de itiraz hakkının verilmesinin hukukun özüne daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

### c. İtiraz usulü ve süreci

Olağan kanun yolu olan itiraz yolunda, denetimi hangi mercilerin yapacağını CMK’nın 268/(2) madde ve fıkrası göstermiş ve bu mercilerin hukuki ve maddi bakımdan inceleme yapacaklarını hüküm altına almıştır.<sup>72</sup> Ancak, CMK SYOK’larla ilgili kanun yolu olarak özel bir hüküm koyarak, KYOK’ lar için CMK m. 173’de düzenlenen itiraz yolunun uygulanacağını hüküm altına almıştır.

CMK 158/(6) maddesi SYOK’lara karşı itiraz yoluyla ilgili olarak; *“Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir.”* demektedir.

CMK’nın 173. maddesi; Cumhuriyet savcısının “Kovuşturmaya Yer Olmadığına İlişkin Kararlarına” karşı itiraz yolunu gösteren hale özel bir hükümdür.

Madde metni şu şekildedir;

**Madde 173 -** (1) *Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, bu kararı*

<sup>72</sup> Öztürk, Erdem, a.g.e., sh. 867

veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.

(2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.

(3) (Değişik: 18.6.2014-6545/71 md.) Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığında talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.

(4) (Değişik: 25.5.2005 - 5353/26 md.) Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.

(5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz.

(6) (Değişik: 2/1/2017-KHK-680/11 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/10 md.) İtirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için 172 nci maddenin ikinci fıkrası uygulanır.

Görüldüğü gibi SYOK'lara karşı yapılacak itirazların itiraz mercii "**kararı veren Cumhuriyet Savcısının yargı** çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğidir".

Madde metni "itiraz dilekçesinde itiraz gerekçesi olan olaylar ve delillerin de gösterilmesi gerektiğini, itiraz süresinin 15 gün olduğunu" belirtmektedir.

KYOK'lara itiraz uygulamasına benzer şekilde, SYOK' da da sulh ceza hâkimi, savcının "soruşturmayı başlatmamakta kullandığı takdirin doğru olup-olmadığını" denetleyecektir.<sup>73</sup>

Sulh ceza hâkiminin, savcının SYOK vermeden önce, dilekçe ve içeriği ekleri itibarıyla bir soruşturma başlatması gerektiğini düşündüğü durumlarda, artık KYOK' lardaki gibi yeni bir soruşturma yapılmama-

<sup>73</sup> Bu bir şekilde (5) fıkra ile çatışma gibi düşünülebilirse de (5) fıkra da savcının denetlenemeyecek takdir yetkisinin sadece "kamu davasının açılıp-açılmamasıyla ilgili takdir yetkisi" olarak sınırlandırıldığı düşünüldüğünde, SYOK' lardaki takdir yetkisi bu yasaklamaya girmemektedir kanaatindeyiz. (YN)

sını istemek yerine, doğrudan talebi ret veya kabul yoluna gitmelidir. SYOK hallerinde, CMK m. 173 teki 3. fıkranın ilk iki cümlesi<sup>74</sup> ile (4). ve (5). fıkralarının<sup>75</sup> uygulama kabiliyeti kanaatimizce bulunmamaktadır.

Cumhuriyet savcısının, hiçbir işlem yapmadan, sadece dilekçeyi inceleyerek bu kararı verdiği düşünülürken, zaten yapılmış olan bir soruşturma olmadığı için genişletilmesi gereken bir soruşturmada yoktur. Bu nedenle 3. fıkradaki genişletme talebi kullanılmayacak, 4. fıkradaki “iddianame düzenlemenin” yerini “soruşturmaya başlama” talimatı alacak, kamu davası açma takdiri olmadığı için (yukarıda da bahsettiğimiz gibi) takdirilikten bahsedilemeyecektir.

Cumhuriyet savcısının SYOK verdiği bir konuda, yeni delillere ve kanaatlere ulaştığı hallerde evrakı ele alarak soruşturma başlatma hali her zaman bulunduğundan, CMK’nın 172. maddesinin ve buna yönlendirme yapan 173/(6) madde ve fıkrasının SYOK’larda da uygulama alanı vardır kanaatindeyiz.

## 2- SYOK’a Karşı Gidilebilecek Diğer İtiraz Usulleri

### a. Kanun yararına bozma

Hukuka aykırı olduğu iddia edilen ve bir şekilde itiraz veya itirazsız şekilde kesinleşmiş olan SYOK’lara karşı (diğer benzer hallerde söz konusu olduğu gibi) “Kanun Yararına Bozma” yoluna gidilip gidilemeyeceği de tartışılması gereken bir konudur.

Hukukumuzda “Kanun Yararına Bozma Kanun Yolu”; “*hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlere karşı öngörölmüş*” bir yoldur.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> CMK 173/(3); Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir

<sup>75</sup> CMK m.173; (4) (Değişik: 25.5.2005- 353/26 md.) Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir. (5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz.

<sup>76</sup> 5271 sayılı CMK m.; (1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay’ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na yazılı olarak bildirir.

Kanunda, hâkim ve mahkeme kararına karşı kanun yolunun öngörül-müş olması, bu kararlara karşı “kanun yararına bozma” kanun yolu-nun kapalı olabileceğini göstermektedir.

Bu haliyle kanun yararına bozma yolu kapalı olduğundan, uygu-lamada savcının bu tür bir talep halinde, kanun yolu talebinin içeriği ve delillerini göz önüne alarak kendiliğinden soruşturmayı başlatarak bu yola gidilmesini gereksiz bırakması mümkün olduğu gibi, eğer iti-raz edilmiş ve bu reddedilmişse elbette ki “Kanun Yararına Bozma” istenecek karar “sulh ceza hâkiminin verdiği *“itirazın reddi kararı”*” olacaktır.

### b. AYM ve AİHM’ye başvuru

KYOK’larla ilgili olarak AYM ve AİHM’ye gidebilme imkânının SYOK’lar hakkında da geçerli olup-olmayacağı üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Bu noktada verilen kararın “temel hak ve özgür-lüğün köküne zarar verdiği” bir halin söz konusu olması ve başvuru-cunun hukuki bir yararı bulunması<sup>77</sup> gereklidir. Burada savcılık tara-fından SYOK verilmesiyle ihlal edilen temel hak ve hürriyetin AY’nin 36. maddesinde düzenlenen “şikâyet hakkı, hak arama özgürlüğü” olduğu açıktır.<sup>78</sup> KYOK’lara karşı bireysel başvurularda AYM, çoğu hallerde “iç hukuk yolları tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle” ret kararları vermektedir.<sup>79</sup> AY’nin 148/3 madde ve fıkrası, bireysel başvuru için, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramaktadır. KYOK’larda iç hu-kuk yollarının tüketilmesi ancak itiraz yolunun (“kovuşturma davası”<sup>80</sup> açılmasının ve sonuçlanmasının) sonrasında mümkün olduğundan SYOK’lar içinde öngörülmüş olan CMK’nın 173. maddesine göre olan itiraz (doktrinde kabul edildiği haliyle “kovuşturma davası”) sonu-çlanmadan AYM ve AİHM’ye başvurulamayacağını kabul etmek ge-rekir. İtiraz sonrası sulh ceza hâkiminin verdiği kararın kesin olduğu kabul edildiğinden,<sup>81</sup> SYOK’lara itiraz sonrası da iç hukuk yollarının tüketilme sürecinin tamamlandığı kabul edilmelidir.

<sup>77</sup> Selami Turabi, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi” Seçkin Yayıne-vi, Ocak-2013, sh.14

<sup>78</sup> AY. m. 36; “Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merci-leri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hak-kına sahiptir”

<sup>79</sup> Taner, a.g.e., sh. 188

<sup>80</sup> Taner, a.g.e., sh.188, Yenisey-Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, a.g.e., sh. 682

<sup>81</sup> Taner, a.g.e., sh. 189



SYOK'larla ilgili AYM ve AİHM'ye başvuru konusunda olarak asıl çözülmesi gereken konu; KYOK'larda olduğu gibi SYOK'larda da "başvurucunun (ihbarcı/müşteki) şikâyet hakkının AY'nin 36 ve AİHS nin 6. maddeleri kapsamında kalıp kalmadığı" sorunudur. Bu konuda AİHM'nin çok sayıda kararı ve AYM' nin (yaşam hakkı ile işkence ve insanlık dışı muamele yasağı istisna olmak kaydıyla) pek çok ret kararında temel kriter aldığı *Perez/Fransa davasındaki*<sup>82</sup> kabule göre "**şikâyet hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği**" noktasında yoğunlaşmaktadır.<sup>83</sup> Ancak AYM, AY'nin 3. maddesindeki<sup>84</sup> temel ilkeyle de bağlı olarak; "işkence, kötü muamele ve kişilere karşı vücut ve hayata karşı saldırılara ilişkin olaylarda istisna koymakta ve bu alanlarda soruşturma mecburiyeti ilkesinin ihlalini Anayasal temel hak ve hürriyetlerin ihlali olarak kabul etmektedir"<sup>85</sup>. Bu tür alanlarda, devletin bireyin yaşam ve sağlığının korunabilmesi için, soruşturma ve kovuşturma yollarını daha etkin kullanması gerektiği düşüncesi egemendir. AİHM, AİHS 6. maddesinin "mahkeme önünde hak arama hakkını" da kapsadığını ve herkesin bir mahkemeye başvurabilme hakkının tesis edilmesi gerektiğini, yargıya başvurmayı gereksiz zorlaştırmalarla güçleştirmenin veya tümünden uygulanamaz hale getirmenin bu hakkı ihlal sonucu doğuracağını söylemektedir.<sup>86</sup> Savcıya tanınan bu yetkinin, kovuşturmayı güçleştirme veya engelleme sonuçları doğurması olasılığında, adil yargılanma hakkı kapsamındaki "mahkemeye başvurabilme hakkının" ihlali iddiası söz konusu olabilecektir.

<sup>82</sup> Taner, a.g.e., 195' Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (Perez/Fransa, 47287/99, 12.2.2004, § 70)

<sup>83</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve inceleme için Bkz.; Taner, a.g.e., sh. 189 vd.

<sup>84</sup> AY. m. 3; "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz".

<sup>85</sup> "Etkili soruşturma yükümlülüğü, yaşam hakkında olduğu gibi işkence ve insanlık dışı muamele yasağı bakımından da geçerlidir ve kişileri bu tür muameleye karşı koruma şeklindeki maddi yükümlülükten bağımsızdır" AİHM Assenov/ Bulgaristan kararı; Taner, a.g.e.,201 (Harris David - O'Boyle Michael - Bates Ed - Buckley Carla - Warbrick, Colin - Kilkelly Ursula - Cumper Peter - Arai Yutaka - Lardy Heather,s. 109 ve Çelikdemir Ankitçi Elif, "Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri", Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi içinde, Ankara 2017, sh.179'dan naklen)

<sup>86</sup> Golder/İngiltere davası, Bkz. Turabi, a.g.e., sh. 81

### c. Cumhuriyet savcısının evrakı yeniden ele almasını talep etme cumhuriyet başsavcısına SYOK işlemini şikâyet

Bilindiği gibi, hukukumuzda Cumhuriyet Savcılığı yetki alanı sınırları içinde bir bütün olarak düşünülmektedir. Bu nedenle Cumhuriyet başsavcılarının o yetki alanı içindeki Cumhuriyet savcıları ve bu savcıların işlemleri üzerinde kontrol ve yönlendirme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki doğrultusunda, ihbar ve şikâyet sahiplerinin hukuka aykırı olduğunu düşündükleri ve keyfi verildiğine inandıkları SYOK'larla ilgili olarak, denetim ve kontrol yetkisini kullanması için Cumhuriyet başsavcılarına işlemi şikâyet etmeleri yoluna gitmeleri de mümkündür.

Bu yetki, her şekilde Cumhuriyet başsavcısının zaten re'sen kullanabildiği bir yetkidir. Cumhuriyet başsavcısı; işlemde ihmal veya yetersizlik gördüğü hallerde, ilgili Cumhuriyet savcısının ihbar ve şikâyet evrakını yeniden ele alması ve soruşturma yaparak karar tesis etmesi talimatını her şekilde verebilir. Kanun yollarını tüketmiş, ancak açık hukuka aykırılık olduğunu düşünen ihbar veya şikâyetçiler de, Cumhuriyet başsavcılığını talepleriyle aktif hale getirebilirler. Hatta bu işlem, SYOK vermiş savcı tarafından bir süre sonra, kendiliğinden verdiği bir kararla, yeniden re'sen evrakın işleme konularak soruşturmanın başlatılması şeklinde de olabilir.

Cumhuriyet Başsavcılıklarında rutin olarak her iki senede bir, bazen (belki de savcının SYOK işleminin keyfiligi iddiasına dayalı bir şikâyet üzerine başlatılan) olağanüstü sebeplerle gerçekleştirilen teftişlerde, Adalet Müfettişlerinin CMK'nın 158/(6) madde ve fıkrasına uygun olarak verilmediğini ve keyfilik taşıdıklarını düşündükleri SYOK evraklarını da yeniden ele aldırarak, bu konuda Cumhuriyet savcısına soruşturma açması talimatı vermeleri de mümkündür.<sup>87</sup>

Kanunun itiraz yolu öngörmesini, "*sadece bu şekilde SYOK'ların kalkabileceği veya değişeceği*" şeklinde anlamamakta fayda vardır. Yukarıda bahsettiğimiz şekillerde de idari denetimlerle veya re'sen SYOK kararlarının kaldırılmasıyla soruşturmanın başlatılması mümkündür.

<sup>87</sup> Müfettişlerin savcılara evrakı ele alma konusunda verdiği talimatlarla ilgili düzenlemenin savcıların bağımsızlığını ihlal ettiği ileri sürülmektedir. (Bkz. Kuruluş Tayanç Çalışır, "Savcılar Özerk ve Bağımsız Olmalıdır", Adalet Yayınevi, Ankara-2013 sh. 85)

Ancak, özellikle itiraz yolu tüketilerek kesinleşmiş SYOK'larla ilgili olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı ve Adalet Müfettişlerinin yeni bir delil ve iddia bulunmadıkça mümkün olduğu kadar bu tür işlemlere gitmemeleri tarafımızca önerilmektedir. Hâkim kararıyla kesinleşmiş bir konuda yeni bir delil veya karardan sonra soruşturmayı gerekli kılan yeni bir oluşum bulunmadığı takdirde, bu yollara gidilmesi keyfilik ve kanunda öngörülen ve mesnetsiz suçlama isnat edilen kişilerin hukukunu da zedeler bir hal alabilir.

### 3- SYOK Verildikten Sonra Yeniden Soruşturma Açma veya Mevcut Soruşturmaya Devam Edilmesi

Sulh ceza hâkimince SYOK' lara itiraz sonrasında, itirazın kabulüne karar verilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının soruşturmayı başlatmak ve soruşturmanın sonucunda bir karar vermek zorunluluğu vardır. Sulh ceza hâkiminin kararıyla, artık savcı için soruşturma mecburiyeti başlamıştır. Bu durumlarda, savcı daha önceden yapmadığı ve ihbar/şikâyette ileri sürülen konularla ilgili olarak, soruşturmayı bir bütün halinde yapmalı ve kamu davası açmaya yeterli bir ispat oluşup-oluşmadığını araştırmalıdır.

Burada sulh ceza hâkiminin kararını *"kovuşturmayı başlatmak için dava aç"* talimatı olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Savcının, bütün soruşturma işlemlerini yapması sonrasında, *"maslahata uygunluk ilkesi"* gereği takdir hakkını kullanarak, iddianame düzenleyip-düzenlememek konusunda karar verme yetkisini de bu süreçte kabul etmek gereklidir. Devamında KYOK düzenlendiği hallerde, konusu itibariyle SYOK'tan artık farklı bir anlamı olacağından, müşteki/mağdur/suçtan zarar görene savcının KYOK kararına karşı CMK m. 173'teki itiraz hakkının tanınması da doğru bir zorunluluk olacaktır.

### SONUÇ

Uygulamada, Cumhuriyet Savcılığı (CMK'nın mevcut genel yapısı ve *"soruşturmanın mecburiliği"* ilkeleri gereği) tipiklik içermediği, genel ve soyut olduğu kanaatinde oldukları ihbar ve şikâyet evraklarında da diğerlerine verdikleri değeri vererek, soruşturma açarak sonuçlandırmak zorundaydılar. İlk olarak 694 sayılı KHK ile hukukumuzda girip, sonradan 7078 sayılı Kanun ile CMK'ya dâhil edilen *"Soruşturmaya Ya-*

*pılmasına Yer Olmadığına Karar Verme*” imkânı, uzun zamandır Cumhuriyet savcılarının gereksiz iş yükünü azaltmak amacıyla düşünülen çarelerden bir tanesi haline gelmiştir.

Özellikle, şikâyet ve ihbarların nasıl yapılacağı ve soruşturmanın başlatılmasına ilişkin 158. maddenin içinde bu düzenlemenin yapılmış olmasının amacının, Cumhuriyet savcılarının bu tür gereksiz işlemlerle uğraşmamları ve iş yüklerinin bir kısmının bu suretle azaltılması olduğu görülmekte ve bu konu kanun koyucu irade ve yürütme erki tarafından da ifade edilmektedir. Adalet Bakanı’nın Çalıştay’da<sup>88</sup> Nisan-Kasım 2018 tarihleri arasında SYOK’lar sayesinde azalan iş sayısının 30.600 den fazla olduğunu belirtmesi<sup>89</sup> bu konuda faydalı bir yol alınmaya başladığını göstermektedir. Ancak, genel iş yükü miktarları içinde bu miktarın çok düşük olduğu dikkate alındığında, yüzdesel olarak ne kadar bir fayda etkisinin olacağı zamanla görülecektir.

Kanun koyucunun tek amacının işlerin azaltılması olmadığı, fıkradaki düzenleme içeriğindeki “*Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez*” ve devamında “*bu kararların cumhuriyet başsavcılıklarında tutulan özel bir sisteme kaydedileceği ve sadece hâkim ve savcılar tarafından görülebileceği*” şeklindeki hükümlerden, kanun koyucunun aynı zamanda kişilerin lekelenmeme hakkını da korumaya çalıştığı görülmektedir. Bu yerinde bir düzenleme olmuştur.

Bu yeni düzenleme sonrasında, soruşturma evresinin artık “*ön soruşturma- ihbar veya şikâyetin ciddiliği araştırması*” ve “*asıl soruşturma*” olarak ikiye ayrıldığını ve 158. maddenin 6. fıkrasındaki ön değerlendirme ve bu değerlendirmede oluşan kanaat ve devamında savcının zımnen alacağı “*soruşturmanın yapılması*” kararı sonrasında, asıl soruşturmaya devam edeceklerini söylemek mümkün hale gelmiştir. Savcının ihbar ve şikâyetin 6. fıkarda belirtilen nitelikte soyut ve genel

<sup>88</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/adalet-bakani-gulden-lekelenmeme-hakki-aciklamasi/1304809> 17.04.2019

<sup>89</sup> Çalıştay açılış konuşmasında Adalet Bakanı CMK m. 158/(6) düzenlemesinin gayesini; “Düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar toplam 30 bin 609 soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmiştir. Aslında soyut, asılsız, temelsiz ihbarlarla bu kişiler lekelenecekti ama getirdiğimiz düzenlemeyle 30 bin 609 kişi lekelenmedi. Bir kişinin bile haksız yere savcı önüne çıkmaması, şüpheli sıfatını almaması, adaletin sağlanması dünyada her şeyden daha kıymetlidir, değerlidir” sözleriyle açıklamıştır. <http://www.milliyet.com.tr/ceza-muhakemesinde-lekelenmeme-hakki-ankara-yerelhaber-3139540/>,

iddialar içeren ve suç içermeyen bir niteliği olmadığına karar vermesi sonrasında artık soruşturma yapılamayacağı sonucunun doğuyor olması da bizim bu iddiamızı doğrulayan bir konudur.

Şeytanın avukatlığını yaparak, *“madde metninde belirtilen gizlilik sisteminin bazı şüphelilerle ilgili, savcıların kayırmacı işlemler yapmaları halinde, kamunun bilgilenme hakkını kısıtlayabilecek ve suiistimal edilebilecek bir sonuç da doğurabileceğini”* söylemek mümkünse de; SYOK kararlarının şikâyetçi ve ihbarcıların dilekçeleri sonrasında ve bu nedenle verilen kararlar olduğu, ihbar ve şikâyetçilere bu kararların tebliği ve bu kişilerin itiraz haklarının yasada düzenlendiği düşünüldüğünde, *“iki taraflı işlemler olması karakterinin”* bu tür bir sonuç doğmasına engel olacağı kanaatindeyiz.

Genel hatlarıyla, bu tür bir imkânın Cumhuriyet savcılarında tanınmış olması olumlu görülmektedir. Ancak tekrar belirtmek isteriz ki mevcut haliyle maalesef günümüzde artık niteliksel (kalite) değil niceliksel (sayısal) başarı esasına yönelme eğiliminde olan Türk Ceza Muhakemesi faaliyetinde, özellikle Cumhuriyet savcılığının bu yolu genişleterek, şartları oluşmayan hallerde de toplu olarak SYOK vermeleri olasılığı vardır ve bu olasılık azımsanmayacak bir oradadır. Özellikle kanun metnindeki *“soyut”* ve *“genel nitelikli”* şeklinde yer alan kavramların içinin doldurulması ve bu yönde savcılara yol gösterilip sınırların belirlenmesi zorunludur. Aksi hal, savcıların iş yoğunluğunu gerekçe göstererek, soruşturma yapmaktan kaçınma ve iş sayısını düşürebilmek için SYOK kararlarına yönelme alışkanlığı edinmelerine neden olabilecektir. Yakın gelecekte buna ilişkin korkularımızın gerçekleşip gerçekleşmediği pozitif hukukta ve istatistiklerde ortaya çıkacaktır.

İş yükünün azaltılması kapsamında, makalemizin (yukarıda aktarılan bölümlerinde de bahsettiğimiz gibi), Mülga CMUK'un 344. maddesinde yer alan *“Şahsi Dava Yoluyla Takibi Mümkün Suçlar”* kavramının yeniden kanuna ithal edilmesi, bu suçların çeşit ve miktarının geniş tutulması ve bu tür suçlarda *“kamu menfaati görmedikleri takdirde Cumhuriyet savcılarının kendi takdirlerine dayalı şekilde SYOK veya KYOK verebilme imkânlarının sağlanması”* asıl iş yükünü düşürecek önlem olacaktır. Halen asıl anlamından uzaklaşmış şekilde ısrarla uygulanmaya çalışılan ve 14 yıldır iş yükünü arttırmaktan başka bir faydası olmadığı

tecrübe edilen “uzlaşma”<sup>90</sup> yolunun asıl anlamına dönülerek yeniden düzenlenmesi ve mevcut yapısının terk edilmesinin de doğru bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

### Kaynakça

- Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 01.01.2006 tarih ve 2 sayılı; “Soruşturmaların Yürütülmesi, Soruşturma Evrakının Düzenlenmesinde ve Tamamlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar” (Genelgeler; <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgetinler/2nolupdf>. Erişim tarihi; 02.02.2010)
- Arslan Saadetin, “Soruşturma Evresi”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007
- Ayhan Hüseyin Tanfer, “Ceza Muhakemesi Kanunu 171/1. maddesi kapsamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi”, Seçkin Yayınevi, Şubat-2013
- Bayraktar Köksal, “Hukukun Üstünlüğü”, “Hak Arayışı Serüveninin Geleceği Ne Olacak”, DER Yayınları 418, İstanbul - 2011
- Bıçak Vahit, “Suç Muhakemesi Hukuku”, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2011
- Çalışır Kurtuluş Tayanç, “Savcılar Özerk ve Bağımsız Olmalıdır”, Adalet Yayınevi, Ankara-2013
- Centel Nur, “Türk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, İstanbul-Beta Yayınevi, 1992
- Centel Nur, Zafer Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 3. Baskı İstanbul-Beta Yayınevi, Aralık- 2005
- Centel Nur, Zafer Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, İstanbul-Beta Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2003
- Cihan Erol, Yenisey Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 1. Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 1996
- Demirbaş Timur, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 12. Baskı Seçkin Yayınevi, 2017,
- Donay Süheyl, “Ceza Yargılaması Hukuku”, Beta Yayınları, Ekim-2010-İstanbul
- Eryılmaz Bedri; Öztürk Bahri (editör) “3. yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu”, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üye Ülkelerle Karşılaştırılması”, İstanbul Kültür Üniversitesi, 01-03.Haziran.2008, Seçkin Yayınevi, 2009-Ankara
- Feyzioğlu Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48 (1999 1-4). sh.135 vd.

<sup>90</sup> Uzlaşma yolunun ilk haliyle ilgili bilgilendirme için Bkz. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma”; Yayına Hazırlayan, Feridun Yenisey, Arkan Yayınevi, Ekim-2005



- Gökçen Ahmet, Balcı Murat, Alşahin M. Emin, Çakır Kerim, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Adalet Yayınevi, Ankara-2018
- Gökçe Hasan Tahsin, "Bireysel Başvuruda İKincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolara Birliği Dergisi*, Sayı 135. Sayı, 2018, sh. 9-76
- İçel Kayıhan, Feridun Yenisey, *Ceza Kanunları*, 10. Baskı, İstanbul Beta Yayınları, 1999
- İçel Kayıhan, Donay Süheyl, "Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku- Genel Kısım", İstanbul, Beta Yayınevi, Mayıs-1987
- İpek Ali İhsan, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Adalet yayınevi, Ankara-2010
- Jescheck H. Heinrich, İçel Kayıhan, Bayraktar Köksal, "Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş", Çeviren Feridun Yenisey), Beta Yayınevi, Nisan 1989-İstanbul
- Kaban Mater, Aşaner Halim, Güven Özcan, Yalvaç Gürsel, "Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül1996- Temmuz 2001)" Ankara, Adalet Yayınevi, -2001
- Kantar Baha, "Ceza Muhakemeleri Usulü- I. Kitap-Umumi Hükümler", 3. Baskı, Ankara Güney Matbaacılık, Ankara-1950
- Kumrulu Zeki, Betil Zihni, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu", 2. Baskı, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945
- Kunter Nurullah; Yenisey Feridun, Nuhoğlu Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", 14. Baskı, Arıkan Yayınevi, Mart-2006
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukuku-I. Kitap (Öğrenme Kitabı), Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri", 12, Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 2002
- Kunter Nurullah, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", 7. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1981
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, "Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuk, Özet Kitap", Arıkan Yayınevi, 2005
- Ormanoğlu Hatice Derya, Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi (Presumption of Innocence In The European Convention On Human Rights Dimension And In Constitutional Context), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı 64, Nisan 2016, sh. 2241-2276
- Özbek Ö.Veli, "CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gereçeli -İçtihatlı), Seçkin Yayınevi, Ankara-2005
- Öztürk Bahri (Editör), Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yasemin F. Saygılar, Özaydın Özdem, Akçan Esra Alan, Erden Efser, "Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı", 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Temmuz-2013 Ankara
- Öztürk Bahri; Erdem M. Ruhan, "Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku" 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara -Kasım-2008

- Şahin Cumhuri; Göktürk Neslihan, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", Gözden geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2015
- ŞenErsan, "Lekelenmeme Hakkı ve Soruşturma Süreleri", file:///C:/Users/User/Desktop/SYOK/Lekelenmeme%20Hakk%C4%B1%20ve%20Soru%C5%9Fturma%20S%C3%BCreleri%20%20Prof.%20Dr.%20Ersan%20%C5%9Een.html, (Çevrimiçi)
- Taner Fahri Gökçen, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp Ve Kısmen Açık Bir Yol (Individual Application To The Constitutional Court Against The Decision Of "No Ground For Prosecution": A Narrow, Steep And Partially Open Path), TBB. Dergisi, 135. Sayı, 2018, sh. 189-236
- Toroslu Nevzat, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Savaş Yayınevi, Ankara Eylül-2009
- Tosun Öztekin, "Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I, Genel Kısım" Dördüncü Baskı, İstanbul-1984
- Turabi Selami, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi" Seçkin Yayınevi, Ocak-2013
- "Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu, (2016-2017)", Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 350 İnsan Hakları Raporu (2016 - 2017) ISBN: 978-605-9446-60, Şen Yayınevi, 2018
- Ünver Yener-Hakeri Hakan, "Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt", Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2012
- Ünver Yener-Hakeri Hakan, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara-2012
- Yenisey Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma"; Yayına Hazırlayan; Arıkan Yayınevi, Ekim-2005
- Yenisey Feridun, "Hazırlık Soruşturması Ve Polis (Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku)", Beta Yayıncılık, 1. Baskı, Mayıs-1987
- Yenisey Feridun, Plageman Gottfried, "Alman Ceza Kanunu- Strafgesetzbuch StGB), Beta Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Eylül-2015
- Yenisey Feridun, "Alman Ceza Muhakemesi Kanunu- Strafprozeßordnung- StPO), Beta Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Eylül-2015
- Yenisey Feridun, Nuhuğlu Ayşe, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Güncellenmiş.6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül-2018
- Yılmaz Zekeriya, Ceza Hukukumuzda Şikâyet", Adalet Yayınevi, Ankara-2010
- Yurtcan Erdener, "CMK Şerhi", 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, Kasım-2005
- Yurtcan Erdener, "Ceza yargılaması Hukuku- 1982 Anayasası İle 1985 Ceza Muhakemeleri Kanununa Göre Yazılmış" 2. Baskı, İstanbul-Beta Yayınevi, 1986
- Yurtcan Erdener, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat- Cilt I- Madde 1-146", İstanbul Kazancı Yayınları-1988

Yurtcan Erdener, "Ceza Yargılaması Hukuku CMK'ya Göre Yapılan" 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık- 2004

"Ceza Muhakemesinde Lekelenmeme Hakkı Çalıştayı; file:///C:/Users/User/Desktop/SYOK/%E2%80%9CCeza%20Muhakemesinde%20Lekelenmeme%20Hakk%C4%B1%E2%80%9D%20De%C4%9Ferlendirme%20Toplant%C4%B1s%C4%B1%207%20Kas%C4%B1m%202018%20tarihinde%20Ankara%E2%80%99da%20icra%20edilmi%C5%9Ftir..html, (çevrimiçi) erişim tarihi, 10.04.2019

<http://www.milliyet.com.tr/ceza-muhakemesinde-lekelenmeme-hakki-ankara-yerelhaber-3139540/>, Erişim Tarihi; 18.04.2019 (Çevrimiçi)

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/adalet-bakani-gulden-lekelenmeme-hakki-aciklamasi/1304809> 17.04.2019 Çevrimiçi, erişim tarihi; 15.04.2015

# UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGININ GÖREV ALANININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN BİR İNCELEME

## A STUDY ON THE DEFINITION OF THE COMPETENCE OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COURT OF JURISDICTIONAL DISPUTES

Batuhan AKTAŞ\*  
Serkan SEYHAN\*\*

**Özet:** Anayasamızda idarenin sorumluluğu açıkça hüküm altına alınmış olmasına rağmen, söz konusu denetimin nasıl yapılacağı veya ayrı bir yargı düzenine tabi olup olmayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Türk hukukunda kabul gören yargı ayrılığı sistemine göre; idarenin yargısal denetimi bu alanda uzmanlaşmış farklı bir yargı düzeni (idari yargı) tarafından yapılarak sorumluluğu belirlenmeye çalışılmaktadır. Ancak idarenin kimi eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi, kanun koyucunun açık düzenlemesi sonucu adli yargıya tâbi kılınabilir. Her somut olayın kendine has özellikleri nedeniyle bazen uyuşmazlığın hangi yargı yolunda çözülmesi gerektiğini belirlemek ciddi bir problem teşkil etmektedir. Bu noktada adli ve idari yargı yerleri arası çıkabilecek görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çözümü ise Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarıyla sağlanmaktadır. Bu nedenle çalışmada, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari yargının görev alanını belirleme açısından kararlarında başvurduğu ölçütler irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Uyuşmazlık Mahkemesi, Görev Uyuşmazlığı, Adli Yargı, İdari Yargı, Kamu Gücü

**Abstract:** Although the Turkish Constitution clearly ensures the responsibility of the administration, there is no explicit provision as to how such a judicial review would be carried out or whether it would be subject to a separate jurisdiction. According to the judicial separation system adopted in Turkish law; the judicial review of the administration is tried by another judicial system (administrative jurisdiction) specialized in this field to determine its responsibility. However, judicial review of some administrative actions may be subject to civil jurisdiction if required regulations are made by law. In

\* Arş. Gör., Altınbaş Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, batuhan.aktas@altinbas.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5113-2503, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.01.2019, Kabul Tarihi: 25.01.2019

\*\* Arş. Gör., İstanbul Kültür Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, s.seyhan@iku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2843-4145

some unusual legal disputes, it is a serious problem to determine which jurisdiction should have the competency to examine. At this point, the resolution of the disputes that may occur between the judicial and administrative jurisdictions is provided by Court of Jurisdictional Disputes. Therefore, in this study, criterias applied by the Turkish Court of Jurisdictional Disputes in order to determine the scope of administrative jurisdiction will be examined.

**Keywords:** Court of Jurisdictional Disputes, Conflict of Jurisdiction, Civil Jurisdiction, Administrative Jurisdiction, Public Force

## GİRİŞ

Anayasamızın “*Cumhuriyetin nitelikleri*” kenar başlıklı 2. maddesinde belirtilen “*hukuk devleti*”<sup>1</sup> ilkesinin mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için kimi şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bunlardan birisi de idarenin yargısal denetimidir; zira idarenin yürütmekle yükümlü olduğu birtakım hizmetler sırasındaki faaliyetleri ile kamusal ve üstün nitelikli yetkisine dayalı olarak tesis ettiği işlemlerin denetlenmesi, hem keyfiliğin ve düzensizliğin önlenmesini hem de idare karşısında daha zayıf konumda bulunan bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.<sup>2</sup> Diğer bir ifadeyle, kamu gücünü kullanarak hareket eden idare ajanlarının yaptıkları eylem ve idare adına tesis ettikleri işlemlerden sorumlu olmaları, hem devletin hem de bireylerin menfaatleri gereğidir. Nitekim Anayasa’nın 125. maddesinde de; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hususu düzenlendikten sonra, bu eylem ve işlemlerden doğan zararların yine idare tarafından karşıla-

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesini; “eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir” şeklinde tanımlamaktadır. Örneğin bkz. AYM, E. 2018/100, K. 2018/79, T. 05.07.2018, (RG, T. 17.08.2018, S. 30512).

<sup>2</sup> Hukuk devleti ilkesinin başlıca gerekleri ve idarenin yargısal denetimi ile ilgili olarak bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 214 vd.; Oğuz Sancakdar/Esmer Us/Mine Kasapoğlu Turhan/Lale Burcu Önüt/Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 46 vd.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı (aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 39 vd.; Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 44 vd.; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 63 vd.; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 61 vd.

nacağı öngörülmüş, idarenin sorumluluğu anayasal düzlemde hüküm altına alınmıştır.

İdarenin sorumluluğu Anayasa'da açıkça hüküm altına alınmış olmasına rağmen, söz konusu denetimin nasıl yapılacağı veya ayrı bir yargı düzenine tabi olup olmayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>3</sup> Bu hususta idarenin denetimine ilişkin mukayeseli hukukta genel olarak “yargı ayrılığı” ve “yargı birliği” şeklinde iki temel sistem benimsenmiştir.<sup>4</sup>

Türk hukukunda kabul gören ve Kıta Avrupası'nın da genelinde uygulanan yargı ayrılığı sistemine göre; idari nitelikteki işlem, eylem ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli makamların denetimi dışında bırakılmakta ve idarenin yargısal denetimi bu alanda uzmanlaşmış farklı bir yargı düzeni tarafından yapılarak sorumluluğu belirlenmeye çalışılmaktadır. Adli yargıdan farklı olarak, idarenin faaliyetlerinden meydana gelen uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde görevli ve kendine ait kurallara sahip olan bu yargı düzenine idari yargı denilmektedir.<sup>5</sup> İdari yargı, öğretide de belirtildiği üzere her ne kadar birtakım sosyal ve siyasal hareketlerin sonucu olarak ortaya çıksa da,<sup>6</sup> günümüzde önemini yalnızca bu tarihsel olaylara borçlu olma-

<sup>3</sup> Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku, Göktuğ Ofset Matbaacılık, Ankara, 2018, s. 47 vd.

<sup>4</sup> İdari yargı sistemleri hakkında bkz. A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 27 vd.; Franc Moderne, “İdari Yargının Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine”, (Çeviren: Ramazan Çağlayan), *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII S. 1-2, 2004, s. 663. Ayrıca bkz. Vahap Darendeli, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, 53 vd. Bu iki sistemin birbirinden esinlendikleri noktalar olduğu ve sistemler arasındaki ayrılıkların idarenin gelişen ve değişen yapısı karşısında silikleştiği de ileri sürülmüştür. A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 3.

<sup>5</sup> Gözübüyük, s. 4. Akgüner/Berk, s. 21 vd.

<sup>6</sup> İdari yargının doğuşu Fransa'da gerçekleşmiştir. Bu bakımdan Fransız devriminin mimarları, kuvvetler ayrılığı ilkesini gerçekleştirmek için adli yargı yerlerinin idari davalara bakmalarını istememişler, hatta yargıçların idarenin işlerine karışmasını suç saymışlardır. Devrimi gerçekleştirenlerin adli yargıya güvenmemeleri, idarenin işlemlerine karşı başvurulacak yeni bir mekanizmanın ortaya çıkmasını (idareci-yargıç veya bakan-yargıç - ministre juge-) zorunlu kılmış, böylece idari yargının temelleri atılmıştır. Bkz. Georges Dupuis/Marie-José Guedon/Patrice Chretien, *Droit Administratif*, 10. Bası, Dalloz, Paris, 2007, s. 39; Yves Gaudemet, *Droit Administratif*, 19. Bası, éd. Lextenso, 2010, s. 41. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 613 - 614. Fransa'da idari yargı kolunun



makta, idare ile bireyin arasındaki ilişkide uygulanacak hukuk kurallarının, bireylerin kendi ilişkilerinde tatbik edecekleri kurallardan farklı düzenlenmesinin neticesi olarak artık bir gereksinim teşkil etmektedir.<sup>7</sup>

Gerek öğretide<sup>8</sup> gerekse yargı kararlarında<sup>9</sup> idarenin idari fonksiyonuna girdiği kabul edilen işlem ve eylemleri ile sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak idarenin her tür işlem ve eyleminden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği de söylenemeyecektir.<sup>10</sup> İdarenin kimi eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi, kanun koyucunun açık düzenlemesi sonucu adli yargıya tâbi kılınabilir.<sup>11</sup>

Mahkemenin önüne gelen bir davada esas incelemesi yapıp karar verebilmesi için, o davaya bakma konusunda görevli ve yetkili olması gerekmektedir.<sup>12</sup> Başka bir ifadeyle mahkemeler, görevine girmeyen konuda karar veremeyeceği gibi, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan da kaçınmaz (Anayasa, m. 36). Bir uyuşmazlık açısından hangi mahkemenin görevli olacağı hususu kamu düzenindedir ve bu husus kanunla belirlenir. Ancak günlük hayat pratiklerinden doğan kimi uyuşmazlıkların karmaşıklığı veya her somut olayın kendine has özellikleri nedeniyle bazen uyuşmazlığın hangi yargı yolunda çözülmesi gerektiğini belirlemek ciddi bir problem teşkil etmektedir.<sup>13</sup> Bun-

---

gelişmeye başladığı dönemlerden günümüze gelişimi hakkında bkz. Serkan Seyhan, "Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 561 vd.

<sup>7</sup> Tan, s. 615 - 616; Gözübüyük, s. 8.

<sup>8</sup> Gözübüyük, s. 80 vd.; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 83.

<sup>9</sup> "(...) genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır". AYM, E. 2013/68, K. 2013/165, T. 26.12.2013, (RG, T. 27.03.2014, S. 28954).

<sup>10</sup> Sancakdar, s. 48; Kaplan, s. 70; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 106.

<sup>11</sup> Gözübüyük, s. 5. Her ne kadar yasa koyucunun, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca, mahkemelerin görev ve yetki alanlarını belirlemede takdir yetkisi bulunsa bile Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere bu yetkinin haklı neden ve kamu yararı uyarınca kullanılması gerektiği açıktır. Bkz. AYM., E. 2011/35, K. 2012/23, T. 16.02.2012, (RG, T. 19.05.2012, S. 28297).

<sup>12</sup> Gözübüyük, s. 77; Çağlayan, s. 261.

<sup>13</sup> Niyazi Acar, "Uyuşmazlık Mahkemesinin Kararlarına Göre İdari Yargının Görev Alanı", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Li-

dan dolayı, adli ve idari yargı yerleri arasında çıkabilecek olan görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözmek için, somut uyuşmazlığın tarafı olmayan bir mahkemenin varlığı gerekmektedir. Türk hukukunda bu görev 1945 yılında kurulan Uyuşmazlık Mahkemesi'ne düşmektedir.<sup>14</sup>

İdari rejimin uygulandığı ülkelerde ortaya çıkan yargı ayrılığı kaynaklı görev sorunlarının makul sürede ve istikrarlı bir şekilde çözümlenmesi, gerek davanın taraflarının adil yargılanma haklarının güvence altına alınmasına gerekse bireylerin hak arama özgürlüklerinin korunmasına hizmet eder. Nitekim görevli yargı yolunun tespit edilememesi veya yargı ya da yasama kanalıyla görevli yargı kolunun sürekli değişikliğe uğraması, davaların ciddi şekilde uzamasına sebep olduğu kadar, hangi mahkemede dava açması gerektiği hususunda şüpheye düşen bireylerin de haklarını aramaktan imtina etmelerine, dolayısıyla yargıya olan güvenin ortadan kalkmasına neden olabilir.<sup>15</sup> Bu nedenle idarenin faaliyetlerini denetlemek amacıyla adli yargı kolunun yanında ayrı bir kol olarak örgütlenen idari yargının görev alanını belirlemek ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de bu belirlemeyi yaparken hangi ölçütlerden yararlandığını ortaya koymak büyük önem arz eder.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin son kararları ışığında idari yargının görev alanını belirleyen ölçütleri incelemeyi önce öğretinin bu husustaki tespitlerine değinmekte fayda vardır. Keza öğretide de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev uyuşmazlığına ilişkin olarak idari yargının görev alanını belirlerken hangi ölçütlerden yararlandığı tartışılmış ve bu hususta; *Onar*; kamu kudreti, iptal edilen bir idari karardan doğan zarar ziyan, kamu hizmeti ve kamu emlakı gibi kavramları Mahkeme'nin başvurduğu ölçütler olarak saymıştır.<sup>16</sup> *Gözübüyük* ise; kamu hizmeti, yönetsel işlem, yönetsel eylem, yönetsel sözleşme gibi kavramların görevli mahkemeyi belirlemede kullanılan ölçüt-

sans Tezi), Ankara, 2000, s. 2.

<sup>14</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kuruluşu ile birlikte Türkiye'de idari rejimin tam olarak uygulanmaya başladığı hakkında bkz. Akgüner/Berk, s. 26.

<sup>15</sup> Hatta öğretide adli yargı yerleri ile idari yargı yerleri arasındaki görev sorununun, idari rejimi benimsemiş ülkelerde salt bir görev sorunundan ziyade, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi ile ilgili olduğu da ileri sürülmüştür. Metin Gün-day, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 14, 1997, s.347.

<sup>16</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1968, s. 1606 vd.

ler olduğunu ileri sürmüştür.<sup>17</sup> *Tan* diğer yazarlardan farklı olarak; idarenin yürüttüğü faaliyetin denetimi ve idarenin kamusal yetki ve usullere göre yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi iki temel başlık altında daha bütüncül bir yol izleyerek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarını incelemeye çalışmıştır.<sup>18</sup> *Sancakdar*, idari yargının görev alanını belirleyen ölçütleri kamu gücü, kamu hizmeti ve eşitsizlikler ölçütü olarak sıralamıştır.<sup>19</sup> Çağlayan idari yargının görev alanına ilişkin Mahkeme'nin kullandığı ölçütleri; kamu gücü, kamu hizmeti ve idari işlev şeklinde saymış;<sup>20</sup> Özkol ise söz konusu ölçütleri; kamu hizmeti, kamu kuralı, idarenin özel davranış ölçüsü, tamamıyla mesnedsizlik, idari dava ölçüsü gibi yargı yerinin tasrih edilmesi ve kısmi düzenleme hali olarak tespit etmiştir.<sup>21</sup>

Öğretide ileri sürülen ölçütlerden bazıları halen Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kullanılmakla beraber, özellikle kamu gücü ve kamu hizmeti gibi kriterler anlamlarının belirsiz olması ve çağın gereklerine uygun olarak idarenin faaliyetlerinin farklılaşması sonucunda uyuşmazlığın niteliğini belirleme hususunda tek başlarına zayıf kaldıkları yönünde eleştirilmekte ve idari yargının görev alanını belirleme noktasında daha somut ve teknik birtakım ölçütlerin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>22</sup> Bununla birlikte; idari işlem, idari eylem ve idari sözleşme gibi ölçütlerin de uyuşmazlığın hangi yargı düzeninin görevi kapsamında kalacağına ilişkin olarak tek başlarına kullanılamayacakları, bu kavramlar ile beraber idari işlev şartının da bulunması gerektiği savunulmaktadır.<sup>23</sup> Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de idari işlem ve eylem açısından; işlemin ve eylemin kim tarafından, kime karşı ve hangi amaçla yapıldığını, başka bir deyişle *fonksiyonel niteliğini* araştırmakta, salt idarenin bir işleminden ya da idarenin gerçekleştirdiği bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık olduğuna ilişkin *organik* gerekçeyle doğrudan idari yargıyı görevli saymamaktadır.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Gözübüyük, s. 82 vd.

<sup>18</sup> *Tan*, s. 687 vd; 695 vd.

<sup>19</sup> *Sancakdar*, s. 49.

<sup>20</sup> Çağlayan, s. 106 vd.

<sup>21</sup> Adil Özkol, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı*, Ankara, 1970, s. 37 vd.

<sup>22</sup> Kaplan, s. 70; Ayrıca bkz. Günday, s. 348.

<sup>23</sup> Kaplan, s. 71; Çağlayan, s. 109.

<sup>24</sup> Organik ve fonksiyonel anlamda idare hakkında bkz. *Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan*, s. 36 vd.

Ayrıca öğretide Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kullanılan ölçütlerin yanı sıra idarenin faaliyetlerinin gelişmesine ve çeşitlenmesine uygun olarak, idari yargının görev alanının belirlenmesine ilişkin yeni ölçütler geliştirilmesi gerektiği savunulmakta ve “*daha çok-daha az yetki*” ve “*yeni kamu gücü*” gibi bazı ölçütler de ileri sürülmektedir.<sup>25</sup> Buna karşılık bu ölçütlerin yargısal açıdan istikrar kazandığını söylemek oldukça güçtür.<sup>26</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin son tarihli kararları incelendiğinde uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde görüleceğini belirleme açısından davanın taraflarının statüsü, uyuşmazlıkta bir idari işlem veya eylem olup olmadığı, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin niteliği gibi hususları göz önüne aldığı; ancak temelde işlemin veya eylemin kamu gücüne dayanıp dayanmadığını yahut kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırdığı görülmektedir. Bu nedenle çalışmada, Mahkeme'nin idari yargının görev alanını belirleme açısından başvurduğu ölçütler – *istisnai durumlara alt başlıklarda yer verilmekle birlikte* – idarenin kamu gücüne dayanan işlem ve eylemleri (I) ile kamu hizmetinin yürütülmesiyle alakalı eylem ve sözleşmeleri (II) başlıkları altında incelenecektir.

## I. İDARENİN KAMU GÜCÜNÜ KULLANDIĞI İŞLEMLER VE EYLEMLER

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinde “*idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*” başlığı altında idari dava türleri; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan *iptal davaları*, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan *tam yargı davaları* ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü *idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar* şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan idari yargının görev alanını belirleme aç-

<sup>25</sup> Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku* (Cilt 2), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 168 vd.

<sup>26</sup> Zabunoğlu, s. 169.

sından kanun koyucu; idari işlem, idari eylem ve idari sözleşme gibi daha teknik ve somut kavramlara kanunda yer vermiştir.<sup>27</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, özellikle idarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler açısından idari yargının görevli olduğuna karar verebilmek için söz konusu işlem veya eylemde kamu gücünün ya da kamusal bir ayrıcalığın kullanılıp kullanılmadığını araştırmakta; diğer bir ifadeyle idari işlem yahut idari bir eylem olup olmadığına dikkat etmekte ve buna göre yargı yolunu belirlemektedir.

Bu bakımdan idari işlem (A) ve eylemler (B) sonucu meydana gelen uyuşmazlıklardan kaynaklanan görev uyuşmazlığına ilişkin Mahkeme'nin yaklaşımı ve önüne gelen görev uyuşmazlığı açısından idari işlem veya idari eylem kavramlarını nasıl yorumladığı tespit edilmelidir.

### A. İdari İşlemlerden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu

İdarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması şeklinde tanımlanan idari işlemlerin,<sup>28</sup> en temel özelliği kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmalarıdır. Bu bakımdan idarenin gerçekleştirdiği her işlem "*idari işlem*" olarak değerlendirilemeyeceği gibi; özel hukuk tüzel kişilerinin kamu ayrıcalıklarını kullandığı bazı işlemlerinin de "*idari işlem*" olarak nitelendirilmesi mümkündür.<sup>29</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi de önüne gelen uyuşmazlıklar ile ilgili olarak görevli yargı yolunu belirlerken söz konusu idari işlemi gerçekleştiren kurumun hukuki statüsünün yanı sıra işlemin kamu gücüne dayanıp dayanmadığını esas olarak araştırmıştır. Bu nedenle "*idari işlem*" ölçütünün görev uyuşmazlığının çözümünde Mahkeme tarafından nasıl ele alındığının anlaşılabilmesi için idarenin kamu gücünü kullanarak ve tek taraflı olarak gerçekleştirdiği işlemlerinin (1) yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerinin ve özelleştirilen idarelerin de birtakım işlemlerinin (2) incelenmesi gerekmektedir.

<sup>27</sup> Kaplan, s. 70.

<sup>28</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (C. 1), 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 656.

<sup>29</sup> Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Karan/Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha yayınları İstanbul, 2011, s. 580 vd.; ayrıca bkz. Gözler, s. 660.

## 1. İdarenin İdari İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

### a) Genel İlkeler

Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlık açısından idarenin kamu gücüne dayalı, tek taraflı bir idari işleminin bulunması durumunda, uyuşmazlığın idari yargı düzeninde görüleceğine ilişkin pek çok karara hükmetmiş, bu noktada idari işlem kavramını yargı düzenini belirleme açısından bir ölçüt olarak benimsemiştir. Mahkeme, söz konusu kavramı; *“kamu idarelerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında tek yanlı irade açıklamalarıyla kamu hukuku esaslarına dayanarak ilgililerin hukuki durumlarını etkileyecek şekilde yaptıkları işlemler”* şeklinde tanımlamış;<sup>30</sup> bu bakımdan idari işlemin unsurlarına ilişkin öğretiyi ile benzer bir tanıma yer vermiştir.<sup>31</sup> Mahkeme'nin vurguladığı bu tanım neticesinde idarenin re'sen, kamu gücünü kullanarak ve tek taraflı bir işlem tesis etmesi yeterli olup, bu bakımdan işlemin muhatabı olan kişinin herhangi bir açıklamada bulunması da gerekmemektedir.<sup>32</sup>

Nitekim Mahkeme, Safranbolu Belediyesi operatör kadrosunda sürekli işçi olarak çalışan davacının, Karabük İl Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin İl Mahalli İdareler Müdürlüğü işleminin; kendisinin vasisiz işçi veya büro elemanı değil, kepçe operatörü olduğu, verimli olduğu mesleğinin dışında bir kısım işler yapmak zorunda bırakıldığını ileri sürerek söz konusu işlemin iptali istemiyle açtığı davada; kamu kuruluşlarında çalışan geçici ve daimi kadrolu işçilerin, diğer kamu kuruluşlarına nakli kadro ve unvan değişiklikleri ile ilgili tasarrufların idarenin işleyişinden kaynaklanan, kamu gücü kullanılarak ve tek taraflı olarak tesis edilmeleri itibariyle idari nitelikte işlemler olduğu ve bu işlemlere ilişkin denetimlerin de idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerinde yapılması gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>33</sup> Somut olayda Mahkeme, davacının naklinin ve daha sonra yaşadığı unvan değişikliğinin kamu gücünden kaynaklanan bir idari işlem niteliği taşıdığını, basit bir iş sözleşmesi ihlali olmadığını altını çizerek, yargı düzenini belirleme noktasında idari işlem ölçütünü kullanmıştır.

<sup>30</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/198, Karar No: 2016/238, Karar Tarihi: 11.04.2016.

<sup>31</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 341; Kaplan, s. 71; Çağlayan, s. 109.

<sup>32</sup> Gözübüyük, s. 83; Çağlayan, s. 109, Kaplan, s. 71.

<sup>33</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/796, Karar No: 2015/811, Karar Tarihi: 30.11.2015.



Benzer olarak Mahkeme, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak istihdam edilmekte iken, 6360 sayılı Kanun<sup>34</sup> kapsamında ismi Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilen davacının, mevcut iş unvan bilgilerinin Personel Başkanlığı'na hatalı bildirilmesi sonucu işletme teknisyeni unvanına sahip olmasına rağmen atama işleminde bu durumun dikkate alınmayarak düz işçi olarak atandığı gerekçesiyle, atama işleminin hukuka aykırı yapıldığı iddiasıyla söz konusu atama işleminin iptali istemiyle açtığı ve olumsuz görev uyuşmazlığı sonucu önüne gelen davada da, yukarıda yer verilen karardaki benzer gerekçelerle uyuşmazlığın idari bir işlem sonucu ortaya çıktığını belirlemiş ve kamu gücünden kaynaklanan ve tek taraflı olarak tesis edilen işlemin denetiminin idari yargı yerinde yapılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>35</sup>

Yine Mahkeme, 2016 tarihli kararlarından birinde, davacı şirket M. Gıda San. ve Soğuk Depo A.Ş. ile davalı idare Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü arasında, BUSKİ Tarifeler Yönetmeliği uyarınca akdedilen Atıksu Abone Sözleşmesi'ne ilişkin olarak, davacı tarafından, bu sözleşmenin iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın hangi yargı düzeninde çözülmesi gerektiğine ilişkin olarak; *"Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlığın temeli; BUSKİ Tarifeler Yönetmeliği'nin amir hükmü uyarınca,*

<sup>34</sup> 6360 sayılı "On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", R.G. Tarihi: 06.12.2012.

<sup>35</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/806, Karar No: 2015/821, Karar Tarihi: 30.11.2015. Keza Uyuşmazlık Mahkemesi, İl Özel İdaresi emrinde iş makinesi operatörü unvanıyla 4857 sayılı Kanun'a tabi olarak istihdam edilmekte iken 6360 sayılı Kanun kapsamında adı Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilen davacının, Milli Eğitim Bakanlığı taşra teşkilatına ataması yapılırken unvanı dikkate alınmadan düz işçi olarak atanmasına dair işlemin iptali ve yoksun kalınan hakların iadesi istemiyle açtığı ve Şanlıurfa 1. İdare Mahkemesi'nin 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca ihtiyaç fazlası personel olarak belirlenen davacının, Milli Eğitim Bakanlığı taşra teşkilatına atamasının yapılarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik gerekçesiyle görevsizlik kararı verdiği davada, davacının atanmasının kamu gücüne dayalı re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen idari işlem niteliğini taşıdığı gerekçesiyle, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın, idari yargı yerlerinde çözümlenmesine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/6, Karar No: 2015/36, Karar Tarihi: 25.11.2016.



*BUSKİ ile davacı şirket arasında akdedilen Atıksu Aboneliği Sözleşmesi olup, iptale konu işlem öncesinde taraflar arasında abonman sözleşmesinin bulunmadığı, uyumsuzluğun temel konusunun da davacıyla abonman sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağına ilişkin olduğu sabittir. İptali istenilen abonman sözleşmesi yapılmasına ilişkin işlemin temelinin düzenleyici bir işlem olan yönetmelik hükmü olması karşısında, davaya konu işlem, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen bir idari işlem niteliğini taşıdığından, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde sayılan iptal davaları kapsamında idari yargı yerlerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır"* şeklinde karar vererek, Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün davacı Şirkete tek taraflı bir bildirim ile Atık Su Abone **Sözleşmesi** yaptırmaya zorlamasını ve hatta 7 gün içerisinde Abone İşleri Daire Başkanlığı'na müracaat ederek yaptırmadığı takdirde, ilgili abonelik işleminin re'sen başlayacağı yönündeki bildirimini ve bu bildirim karşılığında yapılan itirazın reddini; kamu gücüne dayalı ve tek yanlı tesis edilen bir idari işlem olarak değerlendirmiş ve davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiğini iddia eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusunu reddetmiştir.<sup>36</sup>

Mahkeme yakın tarihli kararlarından birinde de, vergi borçlusuna ait menkul malın satışı için düzenlenen ihalenin iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davanın; idarece yapılan menkul mal haczi ve satışı işlemleri hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da göreve ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın, söz konusu Yasa hükümlerine göre başlatılan takibi, kamu tüzel kişiliğini haiz Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından kamu alacağının (vergi borcunun) tahsili amacıyla kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak düzenlenmiş bir idari işlem olarak değerlendirmiş ve söz konusu olayda görevli yargı yerini ilgili ölçütün yardımıyla idari yargı olarak belirlemiştir.<sup>37</sup>

Öte yandan Mahkeme önüne gelen uyumsuzluktaki tarafların idari işlemin iptali talebinde bulunmamaları halinde dahi, idari işlemin şartlarının oluştuğuna kanaat getirmesi halinde görevli yargı yerini

<sup>36</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/161, Karar No: 2016/208, Karar Tarihi: 11.04.2016.

<sup>37</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/720, Karar No: 2017/68, Karar Tarihi: 20.02.2017.

idari yargı olarak belirlemiştir. Nitekim 2016 tarihli kararında Mahkeme, davacı şirketin dava konusu taşınmazlar üzerinde şirket lehine kesin tahsis işlemi yapılmasına ilişkin anlaşmanın hukuka aykırı bir şekilde feshedilmesi nedeniyle söz konusu feshin geçersizliğinin tespiti ile davalı Bakanlığın kesin tahsis yükümlülüklerine uymaması nedeniyle yarattığı muarazanın men'i, muarazanın giderilmemesi halinde ise 2.000 TL'nin reeskont avans faizi ile birlikte davalı Bakanlıktan tahsili istemiyle açtığı davanın hangi mahkemede görülmesi gerektiğine ilişkin olarak; uyuşmazlığın davalı Bakanlığın davacıya yapmış olduğu tahsis işleminin iptali yolundaki idari işleme ilişkin olduğunu ve bundan dolayı davacının anılan işlemin hukuka aykırılığını ileri sürerek bu işlem nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı davanın görüm ve çözüm yerinin idari yargının görev alanında kaldığını belirledikten sonra, "*Her ne kadar dava dilekçesinde açıkça davalı idare işleminin iptali istenilmemiş, muarazanın men'i talebinde bulunulmuş ise de; davalı Bakanlığın idari işleminden kaynaklı bu davada idari yargının görevli olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde idari işlemin iptali istemi yerine muarazanın men'i talebinde bulunulması görevli idari yargı yerince 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre incelenecek bir husustur*" şeklindeki gerekçesiyle davacının idari işlemin iptalini talep etmemesinin somut olaydaki idari işlemi ve görevli mahkemeyi etkilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>38</sup>

Bununla birlikte, bazı durumlarda Mahkeme'nin olayda kamu gücüne dayalı ve tek taraflı bir idari işlem olmasına rağmen ilgili ölçütü arka plana atarak başka ölçütleri temel aldığı da görülmektedir. Bu bakımdan oldukça tartışmalı olan ve hem adli hem askeri hem de idari yargı mercilerince görevsizlik kararı verilen bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi güncel kararlarda sık rastlanmayan "*kamu kanunu*"<sup>39</sup> ölçütünü kullanarak idari yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır.<sup>40</sup> Mahkeme'nin önüne gelen uyuşmazlık, davacıla-

<sup>38</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/947, Karar No: 2016/381, Karar Tarihi: 26.09.2016.

<sup>39</sup> Bu ölçüte göre idareye mahsus kanunlar kamu kanunları sayılır, bunların düzenledikleri konular idare hukukuna ve idari yargıya ait alanlardır. Kamu Kanunu kriteri için bkz. Özkol, s. 48 vd.; Gülsüm Aktaş, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir Mi?)" Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 16 vd.

<sup>40</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/725, Karar No: 2017/73, Karar Tarihi:

rın (Altmışevler Lojmanları Üst Yönetim Kurulu) ikamet etmiş oldukları askeri lojmanlarda “Merkezi Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma ve Sıhhi Sıcak Su Giderlerinin Paylaştırılmasına İlişkin Yönetmelik” hükümlerine aykırılık içerdiği iddia edilen Kara Kuvvetleri Komutanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davanın hangi yargı yerinde görüleceğine ilişkin olup, Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargının görevli olacağını belirlerken, “*uyuşmazlığa konu olayda, asker kişinin askeri yeterlilik ve yetenekleri, tutum ve davranışları, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevleri, askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri gibi askeri hizmete ilişkin hususlar önem arz etmemekte olup, böylece dava konusu uyuşmazlıkta askeri hizmete ilişkinlik şartının gerçekleşmediği anlaşılmalı, askeri hizmete ilişkinlik şartının oluşmadığı gibi, uyuşmazlığın bir kamu kanunu olan Kamu Konutları Kanunu temelli olduğu ve çözümünde de bu kanun hükümlerinin uygulanacağı nedenleriyle dava konusu uyuşmazlığın askeri yargı ve adli yargı yerlerinde değil, genel idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmış bulunmaktadır*” şeklinde bir gerekçeye yer vermiştir. Oysa somut olay açısından Mahkeme’nin, Kara Kuvvetleri Komutanlığı’nın işleminin kamu gücüne dayanan tek taraflı bir idari işlem teşkil ettiği, bundan dolayı söz konusu işlemin iptaline ilişkin olarak İYUK m. 2/1-a uyarınca idari yargı yerlerinin görevli olduğu gerekçesiyle sonuca varması daha yerinde olurdu. Bununla birlikte Mahkeme’nin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görevsizliğine ilişkin gerekçesi ise kanımızca isabetlidir.<sup>41</sup>

Öte yandan yalnızca idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davalarının değil, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarının da idari yargının görev alanı içerisinde olduğu İdari Yargılama Usulü

---

20.02.2017.

<sup>41</sup> “Kamu Konutları Yönetmeliği’nin 8. maddesinde Türk Silahlı Kuvvetlerine ait görev tahsisli konutların ilgisine ne şekilde tahsis edileceği, 9. maddesinde ise yine Türk Silahlı Kuvvetlerine ait sıra tahsisli konutların hak sahiplerine ne şekilde tahsis edileceği ifade edilmiş olmakla, bu yasal düzenlemeler yapılırken Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının ayrı tutulmadığı, dolayısıyla mevzuatın asker veya sivil, kamu konutunda ikamet eden bütün kamu görevlilerini kapsadığı anlaşılabilir bulunmaktadır”. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/725, Karar No: 2017/73, Karar Tarihi: 20.02.2017.

Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi de buna uygun olarak idarenin kamu gücüne dayalı ve tek taraflı tesis ettiği idari işlemleri sonucu kişisel hakları zarar görenlerin açtıkları davaların da idari yargının görev alanı içerisinde kaldığına hükmetmektedir. Bu bakımdan, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın Dikmen 4. ve 5. Etap Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Projesi kapsamında kalan gecekondusu karşılığında davalı Belediye ile konut sözleşmesi imzalandıktan sonra söz konusu projenin iptal edilmesi nedeniyle uğranılan zararları tazmin istemiyle açılan davanın idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar verirken; *"Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Projesine ilişkin Büyükşehir Belediye Meclis kararının İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine yürütülemediği ve Meclis kararı ile uygulamadan kaldırıldığı; uyuşmazlığın da davalı idarenin yetkili organının kamu gücünü kullanarak, res'en ve tek taraflı olarak tesis ettiği işlem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zarardan kaynaklandığı"* şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur.<sup>42</sup>

### **b) Adli Yargıyı Görevli Kılan Yasal Düzenlemeler**

Daha önce de belirtildiği gibi özünde idari işlemde doğan kimi uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri, yasa koyucu tarafından Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ortaya koyduğu ilkelere uygun biçimde adli yargı olarak belirlenebilir.<sup>43</sup> Bu hususta aşağıdaki düzenlemeler örnek verilebilir:

- 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesine göre; *"(...) nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcuları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır"*. Bu noktada idarenin nüfus kütüğüne ilişkin talepler karşısında verecekleri ret kararlarının yargısal denetiminin hangi yargı kolunda yapılacağı hususu tartışılmıştır. Örneğin; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, vefat sonrası murisin ölüm kaydının nüfusa işlenmesi talebi, Kaymakamlık tarafından, başvuru esnasında sunulan belgenin mevzuat

<sup>42</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/71, Karar No: 2016/104, Karar Tarihi: 15.02.2016.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan ilkeler için bkz. AYM., E. 2013/68, K. 2013/165, T. 26.12.2013, (RG, T. 27.3.2014, S. 28954). Ayrıca bkz. yukarıda dpt. 11.

hükümlerinde sayılan ve ölümü ispat eder nitelikte bir belge olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş, vefat durumu nüfus kütüğüne işlenmemiştir. Mirasçı ret kararının iptali için idari yargıda iptal davası açmış; idari yargı yeri davayı görev yönünden reddetmiştir. Ret kararı sonrası asliye hukuk mahkemesinde açılan dava da, “*davanın kayıt düzeltme davası niteliğinde olmadığı, idari işlemin iptali niteliğinde olduğu, bu nedenle davaya idari yargıda bakılması gerektiği*” gerekçesiyle görev yönünden reddedilmiştir. Nihayetinde Uyuşmazlık Mahkemesi, dava kapsamında sunulan belgelerin mevzuatta öngörülen şartları taşıyıp taşıınmadığı hususlarının araştırılması gerektiği; bu araştırma ve tespit görevinin de 5490 sayılı Kanun’un 36. maddesi gereğince Asliye Hukuk Mahkemesi’ne verildiği gerekçesiyle davanın görüm ve çözümünün adli yargı yerinde görüleceği sonucuna varmıştır.<sup>44</sup>

- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1007. maddesine göre; “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür*”. Bu noktada belirtilmelidir ki, “*tapu sicilinin tutulması*” ifadesi, bu sicilin oluşturulması esnasında gerçekleştirilen kadastro işlemlerini de kapsar<sup>45</sup> ve kadastro esnasında yapılan hatalı işlemler sonucu doğduğu iddia edilen zararlara ilişkin davalara bakma görevi de adli yargıdadır.<sup>46</sup>
- 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. ve 31. madde hükümlerine göre; idarî yaptırım kararına karşı, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde sulh ceza hâkimliklerine başvuru yapılabilir. Bu bakımdan örneğin; Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen bir olayda davacı hakkında 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu hükümlerine göre idari yaptırım kararı alınmıştır. Uyuşmazlık

<sup>44</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2013/1504, Karar No: 2013/1684, Karar Tarihi: 11.11.2013.

<sup>45</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu İlamı, E. 2009/4-383, K. 2009/517, T. 18.11.2009. Ayrıca 3402 s. Kadastro Kanunu’nun 24. maddesine göre; “*her kadastro bölgesinde tek hâkimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur*”.

<sup>46</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2018/330, Karar No: 2018/313, Karar Tarihi: 28.05.2018.

Mahkemesi, Kara Avcılığı Kanunu'nda itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği saptamasını yaparak, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle somut olayda davanın görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğuna karar vermiştir.<sup>47</sup> Aynı düzenlemenin 8. fıkrası ise; *"idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür"* hükmünü içermektedir. Bu durumda, örneğin; bir meslek erbabına o mesleği düzenleyen yasa hükümlerince hem idari para cezası hem de belli bir süre meslekten men disiplin yaptırımı kararı verildiği varsayımında, meslekten men yaptırımı kararının yargısal denetimini idari yargı yeri yapacağı için, idari yaptırım kararının denetimini de yine idari yargı yeri yapacaktır.<sup>48</sup>

- 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 12. maddesine göre kısmi kamulaştırmadan doğacak uyuşmazlıklar<sup>49</sup> ile yine aynı Kanun'un

<sup>47</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2018/360, Karar No: 2018/405, Karar Tarihi: 25.06.2018. Bir başka örnek: 2918 sayılı karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 5. fıkrasına göre; *"yapılan tespit sonucunda, 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır"*. Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, Karayolları Trafik Kanunu, bu şekilde verilen idari para cezaları ile ehliyetin geri alınması yaptırımlarına karşı özel bir itiraz yolu öngörmemiştir. Bu nedenle söz konusu idari yaptırımlara itiraz, Kabahatler Kanunu hükümlerince sulh ceza hâkimliğine yapılmalıdır. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2018/418, Karar No: 2018/370, Karar Tarihi: 25.06.2018. Fakat Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen diğer bir davada; idari para cezasının 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca verildiği ve bu kanun uyarınca verilen idari para cezalarına karşı idari yargı yerine itiraz edileceğine ilişkin özel düzenleme bulunduğu gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2013/1601, Karar No: 2013/1808, Karar Tarihi: 30.12.2013. Benzer şekilde 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında verilen idari para cezalarına karşı ilgili Kanun'da özel bir itiraz usulü öngörülmediği; ancak yine de idari para cezasıyla beraber yıkım kararı gibi idari yargının görev alanına giren bir kararda verilirse, idari para cezasını denetleme görevi de idari yargıda olacaktır. Örneğin; bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2011/48, Karar No: 2011/122, Karar Tarihi: 06.06.2011.

<sup>48</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2018/360, Karar No: 2018/405, Karar Tarihi: 25.06.2018.

<sup>49</sup> "(...) açılan davada, 2942 sayılı Kanun'un 12. maddesi kapsamında karar verilmesinin talep edildiği anlaşılmıştır. Somut olay ve mevzuat hükmü birlikte irdelen-



14. maddesine göre kamulaştırma işlemi sonucunda kamulaştırma bedeline<sup>50</sup> veya maddi hatalara karşı adli yargıda dava açılabilir.

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesine göre; *"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; (a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, (...) (j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, (...) kişiler maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler"*. Aynı Kanun'un 142. maddesine göre ise bu hususta tazminat talepleri; *"zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır"*. Bu düzenlemeler ışığında, örneğin; Başsavcılığın yürüttüğü bir soruşturma ve aleyhine Sulh Ceza Mahkemesinde açılan, sonucunda beraat ettiği kamu davası gereğince, bir kimsenin kamyonunun haksız alıkonmasından doğan maddi zararın ödenmesi istemiyle açılacak tazminat davasında adli yargı görevli olacaktır.<sup>51</sup>

## 2. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Organik anlamda idarenin kamu gücüne dayalı ve tek yanlı işlemler gerçekleştirilmesi durumunda idari yargının görevli olması hem Anayasa'nın 125. hem de İYUK'un 2. maddesi gereğince kuraldır. Bu-

---

diğinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 12. maddesi kapsamında bulunan ve maddenin uygulanmasıyla çözüme kavuşturulacak uyuşmazlığın, anılan Kanun maddesinin son fıkrasının açık hükmü karşısında adli yargı yerinin görevine girdiği sonucuna varılmıştır". Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/761, Karar No: 2018/6, Karar Tarihi: 29.01.2018.

<sup>50</sup> "Olayda, dava konusu taşınmazın ve üzerindeki binanın değerinin tespitine karar verilmesi istemiyle dava açıldığı açıktır. (...) Davada, kamulaştırma işleminin iptali istenilmemiş olduğundan, ortada idari yargı yetkisi kapsamına giren bir idari dava bulunduğu söz etmek olanaksızdır. (...) Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen (...) sayılı görevsizlik kararının kaldırılması gerekir". Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/588, Karar No: 2017/685, Karar Tarihi: 27.11.2017.

<sup>51</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2014/1012, Karar No: 2014/1078, Karar Tarihi: 29.12.2014.



nunla beraber özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyecekleri veya bu durumda hangi yargı düzeninin görevli olacağı hususu ise ayrıca değerlendirilmelidir.<sup>52</sup> Genel olarak özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücüne dayalı olarak idari bir işlem tesis etmelerinin mümkün olmamasından ötürü, gerçekleştirdikleri işlemler sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklarda görevli yargı yolu adli yargı olsa da, istisnai olarak kamu ayrıcalıklarını kullandığı işlemler açısından idari yargı görevli olacaktır.<sup>53</sup> Bu hususta aşağıdaki örnekler verilebilir;

**Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı-** Uyuşmazlık Mahkemesi bir yargıcın lojman tahsisi için Adalet Bakanlığı'na yaptığı başvurunun Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı (ATGV) Yönetim Kurulu tarafından reddi işlemine ilişkin açılan davada; ATGV'nin Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olmasına rağmen, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmayacağı ve bir özel hukuk tüzel kişisi olmakla birlikte Adalet Teşkilatı Güçlendirme Vakfı'nın, kurucuları ve organlarının kamu görevlilerinden oluştuğu, genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu ve lojman tahsisi konusunda Vakıf Konut Yönetmeliğinde belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemlerin, adalet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari bir nitelik taşıdığı gerekçeleriyle davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır.<sup>54</sup>

**Türkiye Jokey Kulübü-** 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 57. maddesiyle düzenlenmiş olan bu Kulüp özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur. 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun hükümlerince Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na verilen at yarışı düzenleme yetkisi Bakanlık tarafından bir sözleşme ile Türkiye Jokey Kulübü'ne devredilmiştir. Türkiye Jokey Kulübü, sözü edilen faaliyetlerini Ba-

<sup>52</sup> Bu bakımdan özel hukuk kişilerince de yapılırsa kamusal yetki ve ayrıcalıkların kullanılması durumunda, buna bağlı ortaya çıkan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde görülmeye başlaması Fransız İdare hukukunda 1960'lı yılların sonuna doğru gerçekleştirmiş; bu gelişme organik ölçütün sonu olarak yorumlanmıştır. Tan, s. 689.

<sup>53</sup> Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s. 584 vd.

<sup>54</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1999/1, Karar No:1999/11, Karar Tarihi: 03.05.1999. Karar için bkz. Tan, s. 689-690.

kanlığın emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdürmektedir. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre<sup>55</sup> Türkiye Jokey Kulübü'nün 6132 sayılı Kanun kapsamında tesis ettiği işlemler idari niteliktedir.

**Türkiye Futbol Federasyonu-** Danıştay bir kararında<sup>56</sup> Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükme bağlanmış olmasının salt bu nedenle federasyonca ve federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağını belirterek, Merkezi Hakem Kurulunca tek taraflı olarak davacının hukukunu etkileyecek şekilde yapılan işlemi idari işlem olarak nitelendirmiştir. Ancak Danıştay daha sonra verdiği kimi kararlarda<sup>57</sup> Türkiye Futbol Federasyonu'nun "genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzelkişisi niteliğinde bulunduğu" hususunu vurgulayarak Federasyon'un tesis ettiği kimi işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğuna hükmetmiştir.

**Türkiye Diyanet Vakfı-** Danıştay 2003 tarihli bir kararında; "Türkiye Diyanet Vakfının Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olması, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmaz" diyerek, davacının oturmakta olduğu lojmandan tahliyesinin istenilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.<sup>58</sup>

**Organize Sanayi Bölgeleri-** 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun<sup>59</sup> 5. maddesine göre; "OSB, (...) bir özel hukuk tüzel kişiliği-

<sup>55</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1995/2, Karar No: 4995/1, Karar Tarihi: 13.02.1995.

<sup>56</sup> D. 10. Dairesi, Esas No: 1991/1149, Karar No: 1991/2286, Karar Tarihi: 17.06.1991, Karar için bkz. Tan, s. 689.

<sup>57</sup> D. 10. Dairesi, Esas No: 1997/1149, Karar No: 1998/826, Karar Tarihi: 25.02.1998; D. 10. Dairesi, Esas No: 1999/5415, Karar No: 2001/2323, Karar Tarihi: 14.06.2001. Kararlar ve Türkiye Futbol Federasyonu'nun hukuki statüsü ile ilgili açıklamalar için bkz. Aytaç Öznelçi, Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 93 vd.

<sup>58</sup> D. 5. Dairesi, Esas No: 2000/624, Karar No: 2003/1085, Karar Tarihi: 01.04.2003, Karar için bkz. Çağlayan, s. 112.

<sup>59</sup> RG. Tarihi: 15.04.2000, Sayı: 24021.

*dir." Danıştay'a göre<sup>60</sup> ise; "4562 sayılı Yasa ile kuruluş süreci düzenlenen OSB lere kamu yararı amacı doğrultusunda özel bir takım görevler verilmiş ve bu görevleri yerine getirebilmeleri içinde kamusal yetkiler tanınmıştır. (...) İdare işleviyle ilgili ve tek taraflı irade beyanına dayalı olarak hukuki sonuç doğuran tasarruflar olarak tanımlanan idari işlemler, kural olarak idare makamlarınca tesis edilmektedir. Ancak idare işleviyle ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel yasal düzenlemeyle istisnai olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin, tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de, idari işlem niteliği taşıdığı kabulü gerekir. Zira bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur işlemin idare işleviyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır. (...) Organize Sanayi Bölgelerince verilen hizmetlerin bir kısmının yukarıda açıklandığı şekliyle kamusal nitelik taşıdığı göz önüne alındığında, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nun yazısı üzerine Organize Sanayi Bölgesince Kamu yetkisi kullanılarak bölgede yer alacak yatırımlarda kullanılacak tesisler ve arsa tahsislerini düzenleyen yönetmelik hükmünün uygulanması suretiyle tahsisin iptali yolunda tesis edilen dava konusu işlem, idare hukuku ilke ve kurallarına göre tesis edilen bir idari işlem niteliği taşımakta olup; bu haliyle uyuşmazlık davacı şirketle imzalanmış sözleşmelerden doğmamaktadır."*

Özelleştirme kapsamında kalan idari kuruluşlar ile bu kuruluşları personelleri arasında çıkacak olan uyuşmazlıklara ilişkin olarak ise Uyuşmazlık Mahkemesi müstakar içtihatlarında özelleştirilen kurumun kamu kurumu niteliğini kaybettiği, yaptıkları işlemlerin artık idari nitelik taşımadıkları ve aleyhine idari yargıda dava açılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.<sup>61</sup> Nitekim 2017 tarihli bir kararında Mahkeme; davalı şirketle sözleşmeli personel olarak çalışmakta iken teknisyen olarak atanma-

<sup>60</sup> D. 10. Dairesi, Esas No: 2009/5590, Karar No: 2009/10533, Karar Tarihi: 16.12.2009. Kararın tam metni için bkz. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 18.09.2018).

<sup>61</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/16, Karar No: 2017/155, Karar Tarihi: 13.3.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/679, Karar No: 2017/41, Karar Tarihi: 20.02.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/677, Karar No: 2017/39, Karar Tarihi: 20.02.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/680, Karar No: 2017/42, Karar Tarihi: 20.02.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/30, Karar No: 2017/90, Karar Tarihi: 20.02.2017. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/38, Karar No: 2017/98, Karar Tarihi: 20.02.2017.

sı istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin İdare Mahkemesince iptal edildiğinden bahisle, atamasının yapılmadığı dönemde yoksun kaldığını ileri sürdüğü maaş farkı alacağına ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın; “*Davalı Telekom A.Ş. 14.11.2005 tarihinde özelleşmiş olduğundan; davalı hakkındaki iptal kararının kesinleştiği 14.6.2010 tarihinde Telekom’un özel hukuk hükümlerine tabi bir şirket statüsünde bulunduğu açıktır. Bu durumda, öğretisi ve idari yargı içtihatları uyarınca, idari yargı yerince verilen bir kararın uygulanması isteminin reddi üzerine açılan davanın yine idari yargı yerinde görülmesi gerektiği söylenebilir ise de; davanın somutunda gerek davacı hakkındaki iptal kararının kesinleştiği, gerek bu kararın uygulanamayacağı yolundaki davalı tasarrufunun tesis edildiği, gerekse de davacının bu işleme karşı yeniden idari yargıya başvurduğu tarihlerde artık davalı Telekom bir kamu kurumu mahiyetinde olmayıp, özel hukuk hükümlerine tâbi bir şirket statüsünde bulunduğu; yargı kararının yerine getirilmemesi işleminden kaynaklanan tam yargı davası açtığı tarihte davalı konumunda bir kamu kurumunun mevcut bulunmayışı kaynaklı bir fiili imkânsızlık hali söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, “idari işlem-bunun iptali- bu iptal kararının yerine getirilememesi- bu işlemin (gerçekte eylemin) iptali için yeniden dava açılması” şeklinde cereyan eden safahatta, idari yargı yerinde açılacak bir davada muhatap (davalı) olarak bir kamu kurumunu gösterebilmek imkânsız hale geldiğinden; idare mahkemesinde yargı kararının yerine getirilmemesi hukuki nedenine dayalı bir tam yargı davası açılmayacaktır. Çünkü, özel hukuka tabi tüzel kişilerin idari yargı yerinde hasım (davalı) sıfatları mevcut olmayıp; her halükârda davalının bir “idare (kamu kurumu)” olması gerekmektedir. Şu halde, mevcut bu “fiili imkânsızlık” hali dolayısıyla davacının davasını açabileceği ve davalıdan talepte bulunabileceği yegâne yargı yeri artık adliye mahkemeleri olmak durumundadır” şeklindeki gerekçesiyle adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>62</sup>*

Keza benzer bir olayda Uyuşmazlık Mahkemesi; iptal istemi tarihinde davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin olması karşısında, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız olduğundan bahisle uyuşmazlığın çözüm mercii adli yargı olarak

<sup>62</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/81, Karar No: 2017/163, Karar Tarihi: 13.3.2017.

belirlemiştir.<sup>63</sup> Bu kararlar ile Mahkeme'nin; özelleştirme kapsamında *-daha özelleştirilmeden-* bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşmeli veya kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumlan ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu yolundaki ilke kararını devam ettirdiği görülmektedir<sup>64</sup>.

## B. İdari Eylemlerden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu

İdarenin kamu gücüne dayanarak ve kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında gerçekleştirdiği eylemlere idari eylem denilmektedir.<sup>65</sup> Diğer bir deyişle idari eylem, idarenin dış dünyada bireylerin hukuki durumlarda değişiklikler meydana getiren olumlu ya da olumsuz faaliyetleridir.<sup>66</sup> Bu eylemler idari bir işlemin sonucu olabileceği gibi herhangi bir idari işleme dayanmayan salt idari eylemler de gerçekleştirilebilir. Bunun yanında idare, haksız fiil niteliğinde kimi eylemlerde de bulunabilir. Bu bakımdan idarenin ister icra isterse ihmali şeklinde ortaya çıksın idari usullere uygun gerçekleştirdiği eylemler (1) ile herhangi bir kurala veyahut hukuki duruma dayanmayan, haksız fiil teşkil eden eylemlerini (2) görev uyuşmazlığı açısından ayrı ayrı değerlendirmek ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu ayrımına ilişkin yaklaşımını tespit etmek gerekir.

### 1. İdarenin Mevzuat Kapsamında Gerçekleştirdiği Eylemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Uyuşmazlık Mahkemesi kamu idare ve kurumlarının, hizmetlerinin yürütülmesi sırasında tek yanlı irade açıklamalarıyla kamu hukuku esaslarına dayanarak ilgililerin hukuki durumlarını etkileyecek şekilde yaptıkları işlemleri idari işlem; görev ve yetki alanlarına giren konularda hukuka uygun olarak yaptığı fiiller ile bu görevleriyle ilgili hareketsiz kalmalarını ise idari eylem olarak tanımlamaktadır.<sup>67</sup> Bu

<sup>63</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/6, Karar No: 2017/75, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>64</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1995/1, Karar No: 1996/1, Karar Tarihi: 22.01.1996.

<sup>65</sup> Gözübüyük, s. 85.

<sup>66</sup> Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, s. 293.

<sup>67</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/507, Karar No: 2017/11, Karar Tarihi: 20.02.2017.

noktada öğretilmektedir; idari işlemin daha çok bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıktığı ve hukuki planda bir değişiklik bir sonuç yaratmaya yönelmediği; idari eylemlerin ise irade açıklamasından ziyade daha çok bir iş ve oluş şeklinde ortaya çıkıp, maddi anlamda bir değişiklik ihtiva ettikleri belirtilmiştir.<sup>68</sup>

Ayrıca idarenin bir eylem gerçekleştirilmesi için bunun idari bir işleme dayanmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu bakımdan idarenin herhangi bir işlem ya da karara dayanmaksızın gerçekleştirdikleri maddi faaliyetleriyle, görevleriyle ilgili hareketsizlikleri de idari eylem kapsamındadır.<sup>69</sup> Gerek bir idari işleme dayanmasın gerekse herhangi bir idari işleminden bağımsız olsun, idarenin tek yanlı ve kamu gücüne dayanan idari eylemlerinden ortaya çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenecektir.<sup>70</sup> Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde; "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları", idari dava türleri arasında sayılarak; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünü ihtiva eden Anayasa'nın 125. maddesi yasal zemine kavuşmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi de pek çok kararında idarenin kamu gücüne dayanan ve tek yanlı idari eylemlerini, uyuşmazlığın görüleceği yargı yolunu belirlemek açısından bir ölçüt olarak ele almıştır. Söz gelimi Mahkeme 2017 tarihli bir kararında; imar uygulamasında park alanında kalması sonucu taşınmazı üzerindeki yıkılan bina, bahçe, havuz, otopark ve keson kuyu gibi muhtevaların bedelinin ödenmemesinden dolayı açılan davaya ilişkin olarak; "(...) idarece kamu gücü kullanılarak, resen ve tek yanlı biçimde tesis edilen uygulama işlemlerinden kaynaklanan zararın tazminine ilişkin bulunan davanın idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir" ifadesiyle idarenin kamu gücüne dayanan tek taraflı idari eylemleri sonucu meydana gelen uyuşmazlığın çözüm yeri olarak idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Kaplan, s. 72.

<sup>69</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/21, Karar No: 2017/82, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>70</sup> Darendeli, s. 72; Gözübüyük, s. 83; Kaplan, s. 71.

<sup>71</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/684, Karar No: 2017/45, Karar Tarihi: 20.02.2017.



Yine yakın tarihli bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi; dava konusu taşınmazın 308 m<sup>2</sup>'nin dava dışı şahıstan enkaz satışı yolu ile kazandığını belirten davacının, tahsise konu taşınmazın bedelinin tamamını ödemiş ve imar tapusu almayı beklerken, ilk başvuru sahibi kişinin başvuru tarihinde adına kayıtlı tapulu taşınmazı çıktığı için 2981 sayılı Kanun'un 13/a maddesi gereğince tahsis işleminin iptali ve sonrasında gecekondusunun Mamak Belediye Encümeni Kararı ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesine aykırı olarak inşa edilmesi nedeniyle yıktırılması sonucu uğradığı iddia olunan zararın tazmini istemiyle açtığı davaya ilişkin olarak meydana gelen olumlu görev uyuşmazlığı hakkında, "(...) anılan bölgenin Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nca 775 sayılı Kanun uyarınca Gecekondulu Önleme Bölgesi olarak ilan edildiği, 11.2.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararıyla proje alanında kalan taşınmazların Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından acele kamulaştırılmasına karar verildiği, anılan protokol gereği kamulaştırma işlemlerinin davalı Mamak Belediyesi'nce yürütüldüğü dava konusu taşınmazın proje kapsamında kaldığı, dava konusu uyuşmazlığın da, idarelerin yetkili organlarının kamu gücünü kullanarak, res'en ve tek taraflı olarak tesis ettiği eylem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zarardan kaynaklandığı" şeklindeki gerekçesinde ilgili ölçütü kullanmış ve uyuşmazlığın idari yargının görev alanında çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>72</sup>

Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesi yukarıda da belirttiğimiz üzere yalnızca idarenin icrai eylemlerinden değil ihmal şeklinde gerçekleştirdiği, diğer bir ifadeyle hareketsiz kaldığı eylemlerinden dolayı meydana gelen uyuşmazlıkların da çözümünün idari yargı olduğu hususunda içtihat geliştirmiştir. Nitekim davacının hissedar olduğu taşınmazların kamulaştırılmasına karar verildiğinin bildirilmesine rağmen kamulaştırılmadığından ve yol, çeşitli sosyal donatı alanları ve başka imar parsellerinde kullanılmak suretiyle fiilen yok edildiğinden bahisle, kamulaştırmaz el atma tazminatının tahsili ile davacı adına tapuya kayıtlı olan hissenin iptali ve davalı idare adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi istemiyle açılan ve ilgili Başsavcı tarafından, taşınmazın bedelinin tazminat olarak hüküm altına

<sup>72</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/306, Karar No: 2016/352, Karar Tarihi: 6.6.2016. Benzer bir karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/320, Karar No: 2016/537, Karar Tarihi: 28.11.2016.

alınması istemine ilişkin kısmı yönünden olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılan davada; Uyuşmazlık Mahkemesi öncelikle idarelerin 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca tek yanlı irade açıklamaları ile tesis ettikleri, genel ve düzenleyici imar planları ile bu planlara dayanılarak tesis edilen parselasyon, kamulaştırma, ruhsat, yıkım gibi bireysel işlemlerini, “*idari işlem*”; bu imar planı uyarınca yapmak zorunda oldukları program ve uygulamaları bunun için gerekli zamanda gerçekleştirmelerini yani, bu konudaki hareketsizliklerini de, “*idari eylem*” olarak tanımlamış ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nun arazi ve arsa düzenlenmesine ilişkin maddelerinin uygulamasından kaynaklandığı anlaşılan ve imar planı ile buna dayalı imar uygulaması sonucunda idarenin hareketsizliği sonucu uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan uyuşmazlığın çözüm yeri olarak idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.<sup>73</sup>

Keza Mahkeme, yurtdışından canlı hayvan ithalinde, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi gerekli denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihmali neticesinde meydana geldiği iddia edilen zararın tahsili istemiyle açılan davada; davalı Bakanlık tarafından yerine getirilmesi gereken, canlı hayvan ve ürünlerin ülkeye giriş işlemlerini, bu konulara ilişkin resmî kontrolleri ve yaptırımlarına yönelik gerekli denetim ve gözetim yükümlülüklerinin ihmali neticesinde meydana geldiği, bundan dolayı dava konusu olayda 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu gereğince Bakanlığın gerekli denetim ve gözetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği hususunun incelenmesi ve buna ilişkin tespitler dikkate alınarak değerlendirilmesi için davanın 2577 sayılı Kanun’un 2/1-b maddesi çerçevesinde idari yargı yerinde görülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>74</sup>

İdarenin hareketsiz kalarak ihmal suretiyle gerçekleştirdiği eylemlere bir diğer örnek ise kamulaştırmasız el atmanın bir türü olan “*hukuki el atma*” halidir. Danıştay, imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle tasarrufu kısıtlanan ve uzun zaman kamulaştırma yapılmayan taşınmazların hukuki el atmaya konu

<sup>73</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/412, Karar No: 2016/546, Karar Tarihi: 28.11.2016.

<sup>74</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/237, Karar No: 2015/748, Karar Tarihi: 30.11.2015.

olduğunu ifade etmektedir.<sup>75</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre ise imar planındaki kısıtlamalardan ve söz konusu planlar uyarınca gereken kamulaştırma işlemlerinin yapılmamasından kaynaklanan hukuki el atma halinde uğranıldığı iddia edilen zararların tazminine ilişkin davalar idari yargının görev alanına girmektedir.<sup>76</sup>

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, taşınmazın imar planında “*dere mutlak koruma alanı*”nda kalmasının bir sonucu olarak taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması nedenine dayalı olarak Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde açılan tazminat davasında, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesinin kimi fıkralarının iptali istemiyle yaptığı başvuruyu; “*Davacının mülkü üzerinde tasarruf etme hakkının kısıtlanması, idarenin bir eyleminden değil, idari bir işlem niteliğinde olduğu tartışmasız olan imar planından kaynaklanmaktadır. Olayda, idarenin fiili el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmamakta, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur. Öte yandan kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Oysa, mahkemede görülen davaya konu olayda olduğu gibi imar kısıtlamalarında taşınmaz zilyetliği malikte kalmaya devam etmekte olup, yalnızca malikin ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kalması söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak, davacının taşınmazının imar planlarında “dere mutlak koruma alanı”nda bırakılması nedeniyle, tasarruf hakkının kısıtlanmasının kamulaştırmaz el atma sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır*” şeklindeki gerekçesiyle Mahkemenin görev yönünden yetkisiz olduğu sonucuna vararak reddetmiştir.<sup>77</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesi, söz konusu Anayasa Mahkemesi'nin kararını gerekçe göstererek hukuki el atmanın gerçekleştiği pek çok olay-

<sup>75</sup> D. 6. Dairesi, Esas No: 2014/9614, Karar No: 2015/5592, Karar Tarihi: 07.10.2015, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 19.09.2018).

<sup>76</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/785, Karar No: 2015/800, Karar Tarihi: 30.11.2015. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüştedir. Bkz. Yargıtay HGK, Esas No: 2013/603, Karar No: 2013/1503, Karar Tarihi: 30.10.2013, karar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 19.09.2018).

<sup>77</sup> Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2013/93, Karar No: 2013/101, Karar Tarihi: 25.09.2013.

da görevli yargı yeri olarak idari yargıyı belirlemiştir. Söz gelimi Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihli bir kararında; davacıların hissedarı olduğu taşınmazın imar planında “*Park-Yol-Küçük Sanatlar*” alanında kalması nedeniyle meydana gelen zararın tazminine yönelik açtıkları davanın, hukuki el atmadan kaynaklandığını ve bundan dolayı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-b maddesi kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>78</sup>

Bu konuda son olarak değinmek gerekir ki, uyuşmazlığa konu malvarlığının bir kısmı açısından idarenin kamulaştırmaz el atma gerçekleştirdiği ve davanın adli yargıda görülüp kesinleştiği hallerde dahi Uyuşmazlık Mahkemesi fiilen el atılan kısım açısından verilen kesin hükmün, diğer kısım açısından bağlayıcı olmayacağı sonucuna vararak, taşınmazın bütünü bakımından değil, kalan kısım yönünden bir değerlendirme yapmakta ve fiilen el atılmayan, ancak davacının hukuki tasarruflarını kısıtlayan bir hukuki el atmanın olması durumunda da görevli yargı yerinin idari yargı olduğunu vurgulamaktadır. Bu doğrultuda Mahkeme 2017 tarihli bir kararında; davacıya ait taşınmazın tapu kaydında tarla olarak geçtiği, 1/1000 ölçekli uygulama imar planında “*Kentsel-Bölgesel Spor Alanı*” içerisinde kaldığı; davacı tarafından, imar planındaki bu belirleme nedeniyle mülkiyet hakkının kısıtlandığından bahisle kamulaştırmaz el atıldığı iddiasıyla açılan davanın, fiilen el atılan kısmının adli yargı yerinde çözüme kavuşturulmasının, fiilen el atılmayan kısım için bağlayıcı olmayacağı ve olayda hukuki el atma bulunmasından dolayı idarenin eylemsizli-

<sup>78</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/538, Karar No: 2017/18, Karar Tarihi: 20.2.2017. Keza Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka kararında da benzer şekilde; taşınmazın imar planında yol ve park olarak ayrılması ile davalı idareler tarafından taşınmaza fiilen ve hukuken el atıldığını, taşınmazın şehir merkezinde olması, etrafında çok katlı binalarla yapılaşmalar bulunması ve kamu hizmetlerinden yararlanması nedeniyle değerinin yüksek olduğunu, uzun süre sessiz kalınarak taşınmazda işlem tesis edilmemesi ile taşınmazın 3194 sayılı Kanun gereği 5 yıllık programlara alınmamasının ve taşınmazda malikin mülkiyet hakkını kullanamamasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarına göre taşınmaza müdahale edilmesi olarak kabul edildiğini ifade etmiş ve taşınmazda uzun süredir kamulaştırma işlemi yapılmaması ve maliklerinin taşınmazdan faydalanmasının engellenmesi nedeniyle açılan davanın, idarenin imar planından kaynaklanan ve idari eylem olarak kabul edilen hareketsizliği ve hukuki el atma nedeniyle meydana gelen tazminata ilişkin olduğu sonucuna vararak idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/94, Karar No: 2017/136, Karar Tarihi: 20.2.2017.

ği sonucu meydana gelen zararın tazminine yönelik bulunan davanın idari yargı yerince çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>79</sup>

Keza benzer bir olayda hemen hemen aynı gerekçeyle Mahkeme; davacıların hissedarı olduğu taşınmazın fiilen el atılmayan kısmına, kamulaştırmaz el atıldığından bahisle açılan tazminat davasında; aynı taşınmazın fiilen el atılan kısmına ilişkin olarak adli yargı yerince verilen kararın kesinleşmesi ve bu yöndeki hukuki ihtilafın sona ermesi karşısında; taşınmazın diğer bölümleri üzerindeki hukuki el atma nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, imar planından kaynaklanan tazminat davaları kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>80</sup>

Hatta bu hususta Mahkeme, daha önce görevsiz mahkeme tarafından verilen ve kesinleşen bir hüküm olmasına rağmen, söz konusu hükme konu uyuşmazlığa ilişkin olarak bilirkişi raporuna binaen açılacak ek davanın; görev açısından daha önceden kanun yolları tüketilerek kesinleşen hükümden etkilenmeyeceği sonucuna; “(...) Diğer yandan yargı yolu kavramı, bir hukuk sisteminde, herhangi bir davanın o hukuk sistemine dahil yargı haklarından hangisinde bakılacağını ifade eder. Uyuşmazlığın hangi yargı kolunda bakılacağı hususu, davanın genel şartlarından olup mahkemece re’sen dikkate alınması gerekir. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı bilinen bir genel hukuk ilkesi olup; asıl davanın açıldığı ancak esasen görevsiz olan mahkemede bakılan ve kanun yolundan geçerek kesinleşen karar, davanın esası bakımından kesin delil teşkil etse dahi, usul hükümlerinin ve bu arada ‘görev’ hususunun delil teşkil etmeyeceği açıktır. Tarafları, konusu aynı olan ve aynı dava sebebine dayanan asıl davanın görevsiz mahkemede açılarak neticelenmiş, yargılama sonunda verilen kararın kesinleşmiş olması; kamulaştırmaz el atma bedelini bilirkişi raporunda gösterilen miktara tamamlamak üzere açılan ek davanın hukuki niteliğini değiştirmeyeceği gibi yargı yoluna da etki etmesi mümkün değildir” şeklindeki gerekçesiyle varmış ve temel olarak hukuki el atmadan kaynaklı tazminat talebine dayandırılan davanın idari yargı yerinin görevine girdiğine karar vermiştir.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/506, Karar No: 2017/10, Karar Tarihi: 20.2.2017.

<sup>80</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/620, Karar No: 2017/26, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>81</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/80, Karar No: 2017/129, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2019/44, Karar No: 2019/190, Karar Tarihi: 25.03.2019.

## 2. İdarenin Hukuki Dayanaktan Yoksun Eylemlerinden (Fiili Yol) Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Bu başlık altında ele alınacak husus, öğretide “*fiili yol*” olarak isimlendirilen, idarenin re’sen icra yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması durumudur.<sup>82</sup> İdare herhangi bir idari işlem veya karara dayanmayan; ayrıca kamu hizmetinin yürütülmesi ile bir bağı da bulunmayan kimi eylemlerde bulunabilir; ancak idarenin hem hukuk dışı hem de usulsüz olarak zor kullanması durumunda sorumluluğu doğar ve bu sorumluluktan kaynaklanan uyuşmazlıklar hem öğreti<sup>83</sup> hem de yargısal içtihatlarda<sup>84</sup> kabul edildiği üzere adli yargıda çözülmüştür.

Aslında en temelde idarenin gerçekleştirdiği hareket veya hareketsizlik bir idari eylem niteliği taşımasına rağmen, fiili yolun sözü konusu olduğu durumlarda idare açık bir şekilde hukuka aykırı bir işlem ve eylem meydana getirmekte, adeta gerçekleştirdiği eylem idari işlevini kaybederek haksız bir fiile dönüşmektedir.<sup>85</sup> Bundan dolayı idarenin açık ve ağır hukuka aykırı eylemleri sonucunda mülkiyet hakkına veya başka bir temel hak ve özgürlüğe müdahale etmesi durumunda artık daha geniş hukuksal yetki ve araçlara sahip adli yargı yerleri gerek bu müdahaleye son verilmesi gerekse bu müdahale sonucu meydana gelen zararların tazmini açısından görevli olacaktır.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Tan, s. 706.

<sup>83</sup> Sancakdar, 52; Tan, s. 706; Darendeli, s. 73; Çağlayan, s. 132; Gözübüyük, s. 86; Özkol, s. 61.

<sup>84</sup> “İdarenin dava konusu taşınmaza kamulaştırmasız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, davalı idarece kamulaştırma yapılmaksızın üzerinde yol yapılması suretiyle taşınmaza fiilen el atılması karşısında, haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünün adli yargı yerinin görevine girdiği anlaşılmaktadır”. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/622, Karar No: 2017/27, Karar Tarihi: 20.02.2017. Benzer kararlar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/507, Karar No: 2017/11, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/589, Karar No: 2017/21, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/129, Karar No: 2017/177, Karar Tarihi: 13.3.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/79, Karar No: 2017/128, Karar Tarihi: 20.2.2017.

<sup>85</sup> Uyuşmazlık Mahkemesinin eski tarihli bir kararında -yeni tarihli kararlarında olduğu gibi-, idarenin bir karara dayanmadan gerçekleştirdiği eylemi, idari bir eylem olarak değil, haksız bir eylem olarak nitelendirmiş ve haksız fiile ilişkin Borçlar Kanunu’nun 41. maddesinin somut olayda uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin görevli yargı yerini adli yargı yeri olarak belirlemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1986/50, Karar No: 1986/50, Karar Tarihi: 08.12.1986, karar için bkz. Tan, s. 707.

<sup>86</sup> Öğretide Kaplan, idarenin açıkça kanuna aykırı keyfi işlem ve eylemlerine ilişkin



Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 2017 tarihli bir kararında; davacıya ait kredi kartı ekstresinin kurum çalışanı tarafından ele geçirilip sendika genel merkezine gönderilmesi eylemi nedeniyle, kişilik hakları ve özel hayatının ihlal edildiğinden bahisle açılan tazminat davasında, *“davacının izni ve bilgisi dışında ele geçirilen kredi kartı ekstresinin davalı idare çalışanı tarafından sendika genel merkezine gönderilmesi nedeniyle davacının kişilik haklarının zedelenecek, mahremiyet ve özel hayatının ihlal edildiği gözetildiğinde, idarenin bir kamu gücüne, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işlem veya bir idari işleme dayanan eyleminden söz edilemeyeceği, kurum çalışanın haksız fiil niteliğinde eylemde bulunmasının özel hukuk hükümleri uyarınca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık olduğu kuşkusuzdur”* şeklindeki gerekçesiyle adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.<sup>87</sup>

Fiili yol müessesesinin uygulamada en çok görünen şekli; idarenin usulüne uygun bir kamulaştırma kararı ve bir yasal dayanağı bulunmadan başkasının özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlara el atması olarak tarif edebileceğimiz *“hukuka aykırı kamulaştırmamız el atma”* uygulamasıdır.<sup>88</sup> Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de hukuka aykırı kamulaştırmamız el atmaya ilişkin çıkan uyuşmazlıkların hangi yargı yolunda görülüp çözüleceğine ilişkin artık müstakar içtihat oluşturmuş ve bu konuda adli yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır.

Söz gelimi Uyuşmazlık Mahkemesi; davacıların hissedarı olduğu taşınmazın 99 m<sup>2</sup>’lik kısmı üzerinden, davacılar herhangi bir kamulaştırma bedeli ödenmeksizin, *“Topkapı-Silivri Devlet Yolu”* nun geçirilmek suretiyle taşınmaza davalı idarece kamulaştırmamız el atıldığından bahisle fazlaya dair talep hakları saklı kalmak kaydıyla kamulaştırma bedeli ödenmeyen alanın gerçek değerinin tespiti ve söz konusu bedelin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiyle açılan davanın; *“(...) özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmamız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men’i ve meydana gelen*

---

görevli yargı yerinin adli yargı olmasını, idare hukukunun birçok ilkesine ters düştüğü ve görev uyuşmazlığının meydana getirebileceği sorunlar nedeniyle birçok olumsuz sonucunu da beraberinde getirdiği gerekçesiyle eleştirmiştir. Kaplan, s. 78-79.

<sup>87</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/692, Karar No: 2017/49, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>88</sup> Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 613 vd.; Gözler/Kaplan, s. 668.

zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Belirtilen duruma ve davanın niteliğine göre, idarenin aynı bir hakka müdahalesinin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi işin esasını teşkil etmekte olup, açılan dava ile bir idari tasarrufun iptalinin ya da böyle bir tasarruf nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenilmemiş bulunması karşısında, haksız fiilden doğan zararların tazmini davasının, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır” şeklindeki -pek çok kararında kullandığı- gerekçesiyle adli yargının görevli olduğunu belirtmiştir.<sup>89</sup> Keza Mahkeme, davacının ekili tarlasına davalı Belediyece döşenen büzlerin (atık su borularının) mahsulüne verdiği zararın tazmini istemiyle açtığı davada; yapılan işlemin herhangi bir idari karara dayanmadığından bahisle bir -hukuka aykırı- kamulaştırmasız el atma teşkil ettiğini, bundan dolayı da somut olayda gerçekleştirilen eylemin neticesi uyuşmazlığın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünün adli yargı olduğu sonucuna varmıştır.<sup>90</sup> **Özetle**, Uyuşmazlık Mahkemesi herhangi bir karara dayanmayan ve hukuka aykırı kamulaştırmasız el atmalar açısından adli yargı yerini görevli saymaktadır.

## II. İDARENİN KAMU HİZMETİNE İLİŞKİN EYLEM VE SÖZLEŞMELERİ

Kamu hizmeti kavramı, XX. yüzyılın başından itibaren gerek idare hukukunun uygulama alanını gerekse idari yargının görev alanını be-

<sup>89</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/129, Karar No: 2017/177, Karar Tarihi: 13.3.2017. Keza bir başka olayda Uyuşmazlık Mahkemesi hemen hemen aynı gerekçeyle İzmir İli, Konak İlçesi, Bozyaka Mahallesi, 30393 ada, 22M4D parsel taşınmazın, imar planında “otopark alanı” olarak ayrılması nedeniyle taşınmazın kullanılmadığından bahisle kamulaştırmasız el atma nedeniyle bedelin tespiti ve tahsili istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/79, Karar No: 2017/128, Karar Tarihi: 20.2.2017. Davalı İdarenin yol ve yeşil alan yapılmak suretiyle dava konusu taşınmaza kamulaştırmasız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/700, Karar No: 2015/760, Karar Tarihi: 30.11.2015. Benzer bir karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/782, Karar No: 2015/797, Karar Tarihi: 30.11.2015.

<sup>90</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/803, Karar No: 2015/818, Karar Tarihi: 30.11.2015.

lirlemede başlıca ölçütlerden biri olarak benimsenmiştir.<sup>91</sup> Bu bakımdan idarenin doğrudan veya dolaylı olarak - *denetimi altında bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından*- gerçekleştirdiği hizmetin sonucu meydana gelecek uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde görüleceğinin tespiti açısından söz konusu hizmetin "*kamu hizmeti*" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği büyük önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, idari yargının görev alanının belirlenebilmesi için, öncelikle kamu hizmetinin ne anlama geldiğini ortaya koymak gerekir.

Bununla birlikte kamu hizmetinin, içeriğinin belirsiz olması ve kapsamına ilişkin farklı yaklaşımların bulunmasından dolayı tanımlanmasının oldukça güç olduğu öğretide ifade edilmiş;<sup>92</sup> kavramın unsurları üzerinden birtakım çıkarımlar da yapılmıştır. Bu açıdan; faaliyetin kamu tüzel kişisi veya onun denetimi ya da gözetimi altında özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülmesi (*organik unsur*) ve faaliyetin asıl amacının kamu yararına yönelmesi (*maddi unsur-amaç şartı*) durumunda artık kamu hizmetinin bulunduğu bahsedilebilecektir.<sup>93</sup>

Nitekim Anayasa Mahkemesi de eski tarihli bir kararında kamu hizmetini; "*En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler...*" olarak tanımladıktan sonra;<sup>94</sup> kararın devamında, "*bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez*" diyerek, kamu hizmeti kavramı açısından organik unsurdan ziyade faaliyetin niteliğinin önemli olduğunun altını çizmiştir.<sup>95</sup> Bu bakımdan

<sup>91</sup> Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", Anayasa Yargısı Dergisi, 8. Cilt, 1991, s. 233. Hatta bu konuda eski tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararları idari yargının görev alanını kamu hizmeti ölçütü ile özdeşleştirmeleri öğretinin tarafından eleştirilmiştir. Özkol, s. 37.

<sup>92</sup> Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okan Tekinsoy, s. 637; Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", s. 234.

<sup>93</sup> Gözler, s. 202; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okan Tekinsoy, s. 638; Gözübüyük, s. 82; Akyılmaz/ Sezginer/Kaya, s. 523. Kamu hizmetinin hukuksal rejimi hakkında bkz. Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 157 vd.

<sup>94</sup> Anayasa Mahkemesi, Esas No: 1994/43, Karar No: 1994/42-2, Karar Tarihi: 09.12.1994, R.G. No: 22181, R.G. Tarihi: 24.01.1995.

<sup>95</sup> Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LVI, Sayı: 1-4, 1998, s. 104.

bir kamu hizmeti, tekel halinde ve emanet usulü ile idare tarafında yürütülebileceği gibi, ruhsat ve/veya imtiyaz verilme suretiyle özel hukuk tüzel kişileri tarafından da yürütülebilir.<sup>96</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi de eski tarihli bir kararında; Sosyal Sigortalar Kurumu'nun her ne kadar kuruluş yasasında özel hukuk hükümlerine tabi olsa da, mali ve idari bakımdan özer bir yapıya sahip olduğu, yürüttüğü hizmetinde kamu hizmeti olduğu konusunda kuşku bulunmadığını belirtmiştir.<sup>97</sup>

Öte yandan, hangi hizmetin kamu hizmeti kapsamında kalacağını önceden ve objektif olarak belirlenebileceğini savunan görüş,<sup>98</sup> artık kamu hizmeti kavramının sürekli gelişmesi ve değişmesi karşısında zayıflamış, dolayısıyla yasa koyucunun Anayasa'ya uygun olmak koşulu ile kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis etmesi her zaman mümkün olduğu ileri sürülmüştür.<sup>99</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi sübjektif görüşü desteklese de idarenin sorumlu olduğu bazı alanların özelleştirme kapsamında özel hukuka tabi kişilere gördürülmesinin faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin önüne geçmeyeceğini ve idarenin bu şekilde sorumluluktan kurtulamayacağını haklı olarak belirtmiştir.<sup>100</sup> Keza Anayasa'nın 125. maddesi gereğince de idare

<sup>96</sup> Bu bakımdan Özey, kamu hizmeti açısından uygulanacak formülü; "1. Ortak, genel yani kolektif karşılanmamış bir gereksinimin bulunması; 2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi; 3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun baş göstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü" şeklinde ifade etmiştir. İl Han Özey, "Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: 'Çok Yaşa' ya da 'A Tes Amour'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LVI, Sayı: 1-4, 1998, s. 295.

<sup>97</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1981/9, Karar No: 1981/19, Karar Tarihi: 13.07.1981. Karar için bkz. Tan, s. 697, dn. 87.

<sup>98</sup> Söz konusu objektif görüş için bkz. Çağatay Cem Orak, "Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?", *TBB Dergisi*, Sayı 68, 2007, s. 166.

<sup>99</sup> Sübjektif görüş hakkında daha fazla bilgi için bkz. Orak, s. 168.

<sup>100</sup> "Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur". Anayasa Mahkemesi, Esas No: 1994/43, Karar No: 1994/42-2, Karar Tarihi: 09.12.1994, R.G. No: 22181, R.G. Tarihi: 24.01.1995. Keza Gülan'a göre de kamu hizmetinin belirlenmesi açısından, yasa koyucu tamamen serbest hareket edemeyecektir. İçten faaliyeti ilişkin bir denetimin varlığı yanında, aksamalı halinde idarenin bizzat o faaliyeti üstlenerek yapacağı özel hukuk kişi-

gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak yürüttüğü kamu hizmeti sırasında veya sonucunda meydana gelen zararları ödemekle yükümlü tutulmuştur.

Öğretide de kamu hizmeti kavramının, açık bir anlam taşımadığı ve idarenin teknolojik gelişmeler ile kültürel değişimler sonucunda niteliğinin değişmesi sebebiyle idare hukukunun uygulama alanını belirlemede ve hatta göreve ilişkin olarak zayıf bir kritere dönüştüğü yönünde eleştiri bulunmakta ise de<sup>101</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi halen önüne gelen uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde görüleceğine ilişkin olarak kamu hizmeti ölçütünden yararlanmaktadır. Bu noktada gerek kamu hizmetlerinin kurulması ve yürütülmesi aşamalarında idarenin gerçekleştirdiği tüm faaliyetler gerekse idarenin kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla akdettiği sözleşmeler sonucunda meydana gelecek uyuşmazlıklar idari yargının görev alanında kalacağı gibi; kamu hizmetinin, hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin veya kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin denetimi de yine idari yargı tarafından yapılacaktır.<sup>102</sup>

Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi, hem kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idarenin gerçekleştirdiği eylemler hem de kamu hizmeti ile alakalı sözleşmeler ile ilgili olarak değişik kararlara imza atmakta ve önüne gelen uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde çözüleceğine ilişkin olarak kamu hizmeti ölçütü ile birlikte başka birtakım ek ölçütlere de yer vermektedir. Hatta salt kamu hizmeti sonucunda meydana gelen bazı durumlarda da yasal nedenler veya usul ekonomisi kaygılarıyla uyuşmazlığın çözüm yeri olarak adli yargının görevli olduğuna hükmettiği kararlar da bulunmaktadır.<sup>103</sup> Bu durum kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak çeşitli uyuşmazlıkların incelenmesini ve kavramın Mahkeme kararlarında nasıl ele alındığının ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır.

---

lerinin görmekte olduğu bir faaliyet de kamu hizmeti niteliği içerecektir. Gülan, s. 105.

<sup>101</sup> Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", s. 233-234; Kaplan, s. 70; Çağlayan, s. 109.

<sup>102</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/723, Karar No: 2017/71, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>103</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/439, Karar No: 2017/4, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/135, Karar No: 2016/194, Karar Tarihi: 11.04.2016.

İkinci bölümde kamu hizmeti kavramının değişimi karşısında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kavramı nasıl ele aldığı ve kamu hizmeti esnasında meydana gelen idarenin eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin hangi yargı düzeninin görevli kıldığı'nın tespiti yanında (A), idarenin kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla gerçekleştirdiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninde görüleceğine ilişkin çıkan sorunların nasıl değerlendirildiği (B) incelenmeye çalışılacaktır.

### **A. İdarenin Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Eylemlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu**

Uyuşmazlık Mahkemesi, kuruluşundan 1949 yılına kadar kullandığı artık metruk olan "*hâkimiyet - temşiyet*" ölçütünden sonra günümüze kadar pek çok kararında kamu hizmetini önüne gelen uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde görüleceğini belirleme açısından bir kıstas olarak kullanmıştır.<sup>104</sup> Hatta bu husus ilk zamanlarda Mahkeme'nin kamu hizmeti kavramı ile idari yargının görev alanını özdeş tutmasına kadar varmış; bu tutum idari yargının sınırlandırılması problemini de beraberinde getirmiştir.<sup>105</sup> Bununla birlikte her ne kadar ilgili ölçüte verilen önem azalarak idari işlem, idari eylem ve idari sözleşme gibi diğer ölçütler ile birlikte ele alınsa da; halen uyuşmazlığın görüleceği yargı düzenini belirleme açısından kamu hizmeti Mahkeme'nin başvurduğu temel ölçütler arasında yer almaktadır.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Özkol, s. 36 vd.; Gözübüyük, s. 82.

<sup>105</sup> Özkol, s. 43.

<sup>106</sup> Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, davacı, İcel İli, Merkez (Mersin) İlçesi, Kale Köyünde, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2/B. maddesine göre, orman niteliğini kaybettiği için Orman Kadastro Komisyonu'nca orman sınırları dışına çıkarılarak Hazine adına tescil edilen yerlerden 032.a-21.a parsel sayılı, 8250 m<sup>2</sup>'lik narençiyeye bahçesi vasfını taşıyan taşınmaz hakkında, 2924 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun uyarınca Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Yönetmeliğin 27. maddesine göre kurulan "Hak Sahipleri Tespit Komisyonu" tarafından, anılan 2924 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre yapılan tespit sonucunda bu yerin hak sahibi olarak Mehmet Kıldır'ın belirlenmesine ilişkin 12.2.1998 gün ve 17 sayılı kararın iptaline ve gerçek hak sahibi olarak kendisinin satın alma hakkının tespitine karar verilmesi istemiyle açılan davanın idari yargıda görülmesine karar verirken; "Anayasa'nın 170. maddesi ile 2924 sayılı Kanun'da belirtilen amacın gerçekleştirilmesi, kamu yararı düşüncesine dayanmakta; "hak sahibi" orman köylülerinin tespit edilmesi işi ise, idareye Anayasa ve Yasa ile verilen bu görev kapsamındaki bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunmaktadır... Belirtilen duruma göre, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti kapsamında tesis edilen ve idari nitelik taşıyan hak sa-



Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen görev uyuşmazlığı açısından, kamu hizmeti ölçütünü çoğunlukla hizmet kusuru kavramı ile beraber kullanmakta (1), bazı uyuşmazlıklarda ise kamu hizmeti ile bağlantılı olmayan ya da bağlantılı olsa bile hizmeti yürüten idari personelin kişisel kusurundan kaynaklanan bir durum olup olmadığını (2) araştırmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, KİT'lerin gerçekleştirdiği eylemlerden (3) meydana gelen zararlar bakımından da *-olaydaki Kamu İktisadi Teşebbüsün statüsünü inceledikten sonra-*, zararı meydana getiren eylemin kamu hizmeti teşkil edip etmeyeceği, dolayısıyla hizmet kusuru bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir.

## 1. Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Sırasındaki Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

### a) Genel ilkeler

Kamu hizmeti ölçütü ile ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin gerçekleştirdiği kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğine; kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğine veya hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığına dikkat etmekte ve önüne gelen uyuşmazlık açısından kamu hizmeti sırasındaki eylemlerden doğan davaların idari yargıda görülmesine karar vermektedir. Bu noktada Mahkeme'ye göre hizmet kusuru; idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya eksiklik şeklinde tanımlanmakta ve hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>107</sup>

Örneğin; yakın tarihli kararlarından birinde Mahkeme; davacıların hisseli olarak maliki buldukları taşınmazın içerisinde geçen davalı kuruma ait su hattının patlaması nedeniyle taşınmaz üzerinde bulunan ev ve samanlığın zarar gördüğünden bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargıda görül-

---

hipliğinin tespitine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümlünde, idari yargı yeri görevli bulunmaktadır" şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1999/10, Karar No: 1999/18, Karar Tarihi: 21.6.1999.

<sup>107</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/279, Karar No: 2016/328, Karar Tarihi: 06.06.2016.

mesine hükmetmiştir. Mahkeme kararın gerekçesinde, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projenin hukuka aykırı olduğu nedeniyle iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davalar ile idarenin aynı plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, suyolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak davaların görüm ve çözümünün, iptal ve tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğunun altını çizmiştir.<sup>108</sup>

Keza Malatya Valiliği, Defterdarlık, Milli Emlak Müdürlüğü'ne ait hizmet binasının çatısından fırtına nedeniyle kopan parçaların, davacıya ait işyerine zarar verdiğinden bahisle uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle Malatya İdare Mahkemesi'nde açılan davada, İdare Mahkemesi; dava konusu tazminat talebinin dayanağını oluşturan olayın idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetinin işleyişiyle ilgili olmadığı gibi, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu hizmete ilişkin olarak idarenin hizmet kusurundan veya kusursuz sorumluluğundan kaynaklandığı iddiasına da dayanmadığı, davalı idareye ait çatıdan kopan parçalardan kaynaklandığı iddia edilen zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıkta idare hukuku ilkelerinin değil, özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle görev yönünden reddine karar vermiş; Malatya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin de verdiği görevsizlik kararının akabinde dava Uyuşmazlık Mahkemesi'ne taşınmıştır. Mahkeme söz konusu uyuşmazlık açısından dava konusu olayın, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla davalı idareye tahsis edilen ve kamu malı niteliğinde bulunan Malatya Valiliği, Defterdarlık, Milli Emlak Müdürlüğüne ait hizmet binasında meydana geldiği; bu binanın, yürütülen kamu hizmetinin bütünleyici bir parçası olduğu ve yürütülen hizmetten bağımsız olarak düşünülmeceğini göz önünde bulundurmuş ve uyuşmazlığın çözümü için davalı idare tarafından yürütülen hizmet açısından hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması için davanın idari yargıda görülmesine karar vermiştir.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016 / 453, Karar No: 2017 / 5, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>109</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016 / 279, Karar No: 2016 / 328, Karar Tarihi: 06.06.2016.

Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin kamu hizmetini gerektiği şekilde yürütememesinden, yani hizmet kusurundan kaynaklanan cismani zararlar açısından da idari yargının görevli olduğu sonucuna varmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında göre" başlıklı 3. maddesinde yer alan; her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin 2012 tarihli kararı<sup>110</sup> ile iptalinden sonra Uyuşmazlık Mahkemesi söz konusu Anayasa Mahkemesi kararına atıf yaparak idarenin hizmet kusuru sonucunda kişilerin yaralanması ya da ölmesi durumunda idarenin sorumluluğunun tespiti açısından idari yargı mercilerini görevli kılmaktadır.<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini iptal ederken; "Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılacaktır. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez" şeklinde bir gerekçe benimsemiş ve bu açıdan idarenin idari hukuku esaslarına dayanan işlemleri sonucu meydana gelen eylem ve işlemlerden sorumlu olacağını ortaya koyarken, sosyal risk, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren birtakım mekanizmaların kişiler açısından güvence oluşturacağını altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2011/35; Karar No: 2012/23; Karar Tarihi: 16.2.2012; R.G. No: 28297, R.G. Tarihi: 19.05.2012.

<sup>111</sup> HMK m. 3 düzenlemesinin eleştirisi için bkz. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, "İdari

Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi, 2016 tarihli bir kararında; davacıların çocuklarının koyun otlatırken gittiği taş ocağında oyun oynarken bulduğu dinamitin patlaması nedeniyle yaralanması sonucunda uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülmesine karar verirken; *“İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak, kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak davaların görüm ve çözümününün, iptal ve tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, yasal düzenlemeler ve dosyadaki belgeler birlikte değerlendirildiğinde, taşınmazın idare ve muhafazası ile yükümlü bulunan idarenin bu görevini yerine getirdiği sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin; davalı idarenin ruhsat sahibi olup işletme yükümlülüğü bulunan, kazanın vukubulduğu taş ocağının kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin; hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetiminin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde “idari dava türleri” arasında sayılan “idari işlem ve eylemlerden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tam yargı davası” kapsamında, idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır”* şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur.<sup>112</sup>

Keza benzer şekilde Mahkeme, davacının oğlunun askerlik hizmetini yerine getirirken, Devlet Hastanesindeki teşhis ve tedavi nedeniyle öldüğünden bahisle, uğranıldığı öne sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın; kamu idaresi olan Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanede görev yapan sağlık çalışanlarının sağlık hizmetini gereği gibi yürütmediğinden kaynaklandığını; dolayısıyla, idarenin hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir.<sup>113</sup>

Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m. 3 ve TBK, m. 55/2 Hakkında Eleştiriler)”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 6, S. 63, 2011, s. 36 vd.

<sup>112</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/93, Karar No: 2016/42, Karar Tarihi: 14.03.2016.

<sup>113</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/119, Karar No: 2016/63, Karar Tarihi: 14.03.2016.

Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki; sigortalı aracın uğradığı hasarı ödeyen sigorta şirketinin, zararın idarece giderilmesi istemiyle açtığı rücu davası,<sup>114</sup> yargı kararı ile tazminle yükümlü tutulan ve tazminatın tamamını ödemiş bulunan kişinin kusuru oranında ilgili idareye rücu etmek için açtığı dava<sup>115</sup> ve idarenin, kurum zararının tazmini amacıyla kişisel sorumluluğuna dayanılarak ilgili kamu görevlisine karşı açtığı rücu davaları<sup>116</sup> adli yargıda görülür.

### b) Adli Yargıyı Görevli Kılan Yasal Düzenlemeler

Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda, kanun koyucunun yasada adli yargı yerinin açıkça görevli olduğunu öngörmesinden dolayı idari yargının görevli olmadığına karar vermektedir. Söz gelimi, karayollarında meydana gelen kazalar sonucunda oluşan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda eskiden beri süregelen görev sorununa çözüm bulmak isteyen kanun koyucu 2918 sayılı Kanun'un (kanunun açık adı) 110. maddesini 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirmiş, bu bakımdan uygulamada farklı içtihatlar çıkmasının önüne geçmeye çalışmıştır. Söz konusu değişiklikle 2918 sayılı Kanun'un 110. maddesi; *"İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır"* şeklinde düzenlenmiş ve ister işleteni veya sahibi devlet ve diğer kamu kuruluşları olsun, 2918 sayılı Kanun'dan doğan tüm davaların adli yargıda görüleceğini hüküm altına almıştır.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2018/378, Karar No: 2018/439, Karar Tarihi: 25.06.2018; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2019/11, Karar No: 2019/86, Karar Tarihi: 28.01.2019.

<sup>115</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/564, Karar No: 2017/672, Karar Tarihi: 27.11.2017.

<sup>116</sup> Cemil Kaya, "Rücu Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, S. 1, 2012, s. 122.

<sup>117</sup> Düzenlemenin gerekçesinde; "Türk Hukukundaki köklü paradigmalardan biri, 'karayolu şeridindeki araç seyri özel hukuk alanı olduğu' hususudur. Yasanın ve bu konudaki hukuk tefekkürünün oturduğu zemin budur. Kamuya ait araçlar yönünden sevk edilen özel kural (m. 106) karşısında başkaca bir sonuca varmak

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de idarenin açık bir hizmet kusurunun bulunduğu olaylarda dahi söz konusu değişikliğe atf yaparak davanın adli yargıda çözümleneceğine ilişkin müstakar içtihat oluşturmuştur.<sup>118</sup> Örneğin; yakın tarihli kararlarından birinde davalı Belediyenin sorumluluk alanında meydana gelen trafik kazası nede-

---

da mümkün görülmemektedir. Aynı seyir çizgisinde hareket eden, aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımını esas alarak yasaya rağmen içtihatla farklı görev kuralı oluşturmak, giderek aynı riskten farklı hukuk uygulamalarına yol açmak, hukuk ve adalet mantığı ile de bağdaşmaz. İdari ve Adli Yargı kolaları arasındaki görev uyuşmazlıkları, trafik kazalarından kaynaklanan davaların görülmesinde sürekli bir belirsizliğe, gecikmelere ve hak kayıplarına yol açmaktadır. Teklif, sözü edilen belirsizlikleri, hukuk devletinin ve trafik/tehlike sorumluluğunun yapısal özelliği içinde gidermektedir. Zarar görenin kamu görevlisi olması, adli yargı görevini etkilemez. Karayolları Trafik Kanunu, ne kamu araçları ve ne de o araçlar içinde bulunan zarar gören kamu görevlileri bakımından doğru olarak bir ayırım yapmamıştır. Yasanın amacı, karayolu trafiğinin ve araçların ürettikleri risklere dayalı hukukta yeknesak çözüm düzeni oluşturmaktır. Yargısal görev (usul) de bu amacın dışında değildir. Bir başka yönüyle teklif, yargı sistemindeki 'görevsizlik tartışmalarının yükünü' ortadan kaldırmakta ve hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını güçlendirmektedir. Görev kuralını üretme münhasır yetkisi, anayasaya aykırı olmamak kaydı ile yasama organına aittir" ibaresine yer verilmiştir. Gerekçenin tamamı için bkz. Tebligat Kanunu ile Adli Sicil Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak'ın; Tebligat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, T.B.M.M., Yasama Yılı: 4, Dönem: 23, Sıra Sayısı: 474, s. 11. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf> (Erişim Tarihi: 09.10.2018). Bu bakımdan ilgili değişikliğin gerekçesi, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca seyir halindeki araçlar açısından kamu - özel ayırımından kaynaklanan göreve ilişkin sorunlara çözüm bulmak olup, idarenin sorumluluğunda olan kamu hizmetini gereği gibi yerine getirememesinden yani hizmet kusurundan kaynaklanan zararlara ilişkin doğacak uyuşmazlıklar ile ilgili herhangi bir yargı yolu belirlenmesi yapılmamıştır.

<sup>118</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/92, Karar No: 2017/166, Karar Tarihi: 13.03.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/127, Karar No: 2017/176, Karar Tarihi: 13.03.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/19, Karar No: 2017/157, Karar Tarihi: 13.03.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/168, Karar No: 2017/199, Karar Tarihi: 13.03.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/106, Karar No: 2017/143, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/42, Karar No: 2017/102, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/93, Karar No: 2017/135, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/520, Karar No: 2017/12, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/150, Karar No: 2017/188, Karar Tarihi: 13.03.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/35, Karar No: 2017/95, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/439, Karar No: 2017/4, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/342, Karar No: 2016/348, Karar Tarihi: 06.06.2016; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/42, Karar No: 2017/102, Karar Tarihi: 20.02.2017.



niyle uğranılan maddi zararın giderilmesi istemiyle açılan tazminat davasında 2918 sayılı Kanun'un 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesini gözeterek davanın adli yargıda çözümlenmesine karar vermiştir.<sup>119</sup> Oysa karara konu olayda; davalı Belediyenin görev alanı içerisinde yolda gerekli yer işaretlemeleri ile trafik levhalarının bulunmaması dolayısıyla kazanın gerçekleştiği, diğer bir ifadeyle idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini eksik veya gereği gibi yerine getirememesinden kaynaklı bir zarar meydana gelmiştir. Bu bakımdan Mahkeme her ne kadar kararın gerekçesinde; "2918 sayılı Kanun'un 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi (...) gözetildiğinde, bahsi geçen Kanun maddesinin karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanarak trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri kapsadığı ve Kanununun, trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev yetki ve sorumlulukları ile çalışma usullerini kapsadığı, dolayısıyla oluşan trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davalarının görüş ve çözümünde adli yargının görevli olduğu" sonucuna varmışsa da; ilgili kanun maddesi incelendiğinde 110. maddede yer alan "(...) bu Kanundan doğan sorumluluk davaları (...)" ibaresi ile 2918 sayılı Kanun'un hukuki sorumluluğa ilişkin davalar ile alakalı görev sorununa çözüm getirilmeye çalışıldığı; ancak idarenin hizmet kusurağundan kaynaklanan davalar ile ilgili bir yargı yolu belirlemesinin yapılmadığı görülmektedir.<sup>120</sup>

Keza söz konusu davada görevlilik kararı veren Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Devlet ve diğer kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların karıştığı kazalar nedeniyle araç işleticisi sıfatıyla kamu idareleri ve kuruluşlarına karşı açılacaklar da dâhil bütün araç sahibi ve işleticilerine karşı açılan davaların görüş ve çözümü adli yargının görev alanına girmekte ise de; kamu idareleri ve kuruluşlarının, trafik güvenliği ve düzenini sağlamak amacıyla gerek kendi kuruluş yasaları gerekse 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre yürüttükleri hizmetlerin, kamu hizmeti niteli-

<sup>119</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2019/19, Karar No: 2019/87, Karar Tarihi: 28.01.2019.

<sup>120</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi asil üyesi Süleyman Hilmi Aydın'ın karşı oy yazısı için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/670, Karar No: 2015/671, Karar Tarihi: 28.09.2015.

ğini taşımaları ve 2918 sayılı Kanun'da da görevlendirilen kamu idare ve kuruluşlarının sorumluluklarının ayrıca düzenlenmemiş olması karşısında; trafik düzeni ve güvenliği hizmetlerinden kaynaklandığı öne sürülen zararların tazmini istemiyle, ilgili idarelere karşı açılan davaların görüm ve çözümü idari yargının görev alanına girdiği konusunda şüphe bulunmaktadır.<sup>121</sup> Öğretide de, karayollarında gerçekleşen bir kaza ile ilgili olmakla birlikte, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bir davanın idari yargıda görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>122</sup>

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 2918 sayılı Kanun'un 110. maddesinin birinci fıkrasının iptali istemiyle yapılan başvuruyu; *"İtiraz konusu kural, trafik kazasında zarar görenin asker kişi ya da memur olmasına, aracın askeri hizmete ilişkin olmasına, kamu ya da özel araç olmasına veya olayın hemzemin geçitte meydana gelmesi durumlarına göre farklı yargı kollarında görülmekte olan 2918 sayılı Kanun'dan kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceğini öngörmektedir. İtiraz konusu düzenlemenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, askeri idari yargı, idari yargı veya adli yargı kolları arasında uygulamada var olan yargı yolu belirsizliği giderilerek, söz konusu davalarla ilgili olarak yeknesak bir usul belirlenmektedir. Aynı tür davaların aynı yargı yolunda çözümlenmesi sağlanarak davaların görülmesi ve çözümlenmesinin hızlandırıldığı, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı kılındığı ve bunun söz konusu davaların adli yargıda görüleceği yolunda getirilen düzenlemenin kamu yararına yönelik olduğu anlaşılmaktadır"* şeklindeki gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Ankara 4. İdare Mahkemesi karar gerekçesi, bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/25, Karar No: 2017/85, Karar Tarihi: 20.02.2017.

<sup>122</sup> Kaplan, s. 76; Tarık Çağlayan, "İdari Yargının Görev Alanı", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008, s. 116; Mesut Çeken, "İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesi Sorunu", İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011, s. 111.

<sup>123</sup> Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2013/68, Karar No: 2013/165, Karar Tarihi: 26.12.2013, R.G. Tarihi: 27.3.2014, R.G. Sayı: 28954. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Baki Kuru, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmiş Olması Vesilesiyle İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Bir Kanun Hükmüyle Adli Yargının Görevine Dâhil Edilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 224 vd.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2918 sayılı Kanun'la ilgili uyuşmazlıklarda sıklıkla söz konusu kararı dayanak aldığı görülmektedir. Ancak bu karar açısından belirtmek gerekir ki, ilgili kararda Anayasa Mahkemesi; aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden olmadığını belirtmekte ve trafik kazasında zarar görenin asker kişi ya da memur olmasına, aracın askeri hizmete ilişkin olmasına, kamu ya da özel araç olmasına veya olayın hemzemin geçitte meydana gelmesi durumlarına göre farklı yargı kollarında görülmekte olan 2918 sayılı Kanun'dan kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görülmesinin kamu yararına yönelik olduğunu savunmaktadır. Bu bakımdan ilgili kararda da idarenin yürütmekle ilgili olduğu kamu hizmetinin gereklerini yerine getirmemesinden dolayı oluşan hizmet kusurunun adli yargıda görüleceğine ilişkin bir gerekçe ortaya konulmamış; aksine seyir halinde meydana gelen kazalarda aracın sahibinin veya işleteninin sahip olduğu statü yüzünden meydana gelen karışıklığın önlendiğinin altı çizilmiştir. Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarına dayanak aldığı söz konusu Anayasa Mahkemesi kararını geniş yorumlayarak idarenin hizmet kusurundan dolayı idari yargıda görülmesi gereken davaları da adli yargının görev alanı içerisine soktuğu görülmektedir.<sup>124 125</sup>

Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, Danıştay da vermiş olduğu kararlarda, her ne kadar Devlet ve diğer kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların karıştığı kazalar sebebiyle araç işleticisi sıfatıyla kamu idareleri ve kuruluşlarına karşı açılacaklar da dâhil bütün araç sahibi ve işleticilerine karşı açılan davaların görüm ve çözümü adli yargının

<sup>124</sup> Süleyman Hilmi Aydın, Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararının mahkemeleri bağlamayacağını, ret kararından sonra uygulanmaya devam eden hükmün mahkemeler tarafından Anayasa Mahkemesi kararından bağımsız bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirterek, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararına dayanak yaptığı Anayasa Mahkemesi kararının aslında maddenin yorumu açısından belirleyeceği olmayacağını ileri sürmüştür. Karşı oy yazısı için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/670, Karar No: 2015/671, Karar Tarihi: 28.09.2015.

<sup>125</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari yargının görev alanını adli yargıya karşı korumayarak, önüne gelen yasayı lafzi olarak yorumladığı yönündeki eleştirisi için bkz. Ebru Karaman, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2008, s. 57.

görev alanına girmekte ise de, “kamu idareleri ve kuruluşlarının, trafik güvenliği ve düzenini sağlamak amacıyla gerek kendi kuruluş yasaları, gerekse Karayolları Trafik Kanunu’na göre yürüttükleri hizmetlerin, kamu hizmeti niteliğini taşımaları ve 2918 sayılı Kanun’da da görevlendirilen kamu idare ve kuruluşlarının sorumluluklarının ayrıca düzenlenmemiş olması karşısında” trafik düzeni ve güvenliği hizmetlerinden kaynaklandığı öne sürülen zararların tazmini istemiyle, ilgili idarelere karşı açılan davaların görüm ve çözümü idari yargının görev alanına girdiğini ifade etmektedir.<sup>126</sup> Yargıtay da verdiği kararlarda, karayolu üzerinde meydana gelen ve nedeni idarenin bakım ve onarım hizmetlerini hiç ya da gerektiği gibi yapmaması sonucu oluştuğu iddia edilen kaza sebebiyle açılan tazminat davalarında görevli yargı kolunun idari yargı olduğuna hükmetmektedir.<sup>127</sup>

Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararların tazmini talepli davalarda adli yargıyı görevli kılan diğer bir düzenleme ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 5. maddesidir. Bu maddede; “İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, uğranıldığı ileri sürülen zararı doğuran idari eylemler icra ve iflas dairesi görevlilerince gerçekleştirilmiş ise tazminat davası, ilgili yasal düzenleme uyarınca, adli yargıda açılmalıdır.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> D. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Esas No: 2015/65, Karar No: 2015/540, Karar Tarihi: 26.2.2015; D. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Esas No: 2015/493, Karar No: 2015/557, Karar Tarihi: 26.2.2015; D. 15. Dairesi, Esas No: 2013/8846, Karar No: 2013/7044, Karar Tarihi: 10.10.2013; D. 10. Dairesi, Esas No: 2011/11522, Karar No: 2012/5347, Karar Tarihi: 31.10.2012; D. 15. Dairesi, Esas No: 2014/9789, Karar No: 2015/1968, Karar Tarihi: 7.4.2015; D. 15. Dairesi, Esas No: 2014/10073, Karar No: 2016/1085, Karar Tarihi: 22.2.2016. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 20.09.2018).

<sup>127</sup> Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesi bağlamında yüksek yargı organlarının verdikleri kararlar ve eleştirisi için bkz. Aytaç Özelci, “Güncel Yargı Kararları Işığında, Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesinin Uygulanmasına Yönelik Değerlendirme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, C. 9, S. 100, Ankara, 2014, s. 592 vd.

<sup>128</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/222, Karar No: 2017/599, Karar Tarihi: 23.10.2017.

## 2. Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Sırasındaki Kişisel Kusurdan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre; zararın idarenin personelinin ağır kusurlu eyleminden kaynaklanması durumunda idare ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı kesileceğinden artık bu husus hizmet kusuru olarak değerlendirilemeyecek ve buna bağlı olarak kişinin ağır kişisel kusuruna dayanan eylemi sonucu oluşan uyuşmazlıklar -tıpkı yukarıda fiili yol bahsinde olduğu gibi- adli yargının görev alanında kalacaktır.

Nitekim Tunceli Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi, Jeoloji Mühendisliği Bölümü'nde öğretim görevlisi olarak görev yapan davacı tarafından, aynı üniversitede görev yapan başka bir öğretim görevlisinin, kendisine karşı kullandığı iddia olunan hakaret, onur ve haysiyet kırıcı sözlerinden dolayı oluşturduğu öne sürülen manevi zararının tazmini istemiyle açılan 2016 tarihli bir davada Mahkeme; kamu görevlilerince görevleri sırasında gerçekleştirilen işlem ya da eylemler sırasında, ağır kişisel kusur ile hareket edilmiş olması ve bu kusurun hizmet kusurundan ayrılabilir nitelikte bulunması durumlarında, hizmet kusuru ve zarara konu olay arasındaki illiyet bağının kesileceğini belirtmiş; dolayısıyla 2577 sayılı Kanun çerçevesinde söz konusu davanın idari yargı yerinde görülmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varmıştır.<sup>129</sup>

Benzer olarak Mahkeme, davacıların tedavi için gittikleri Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde doktor tarafından hakarete uğradıkları gerekçesiyle manevi tazminatın davalı idarece tazmini istemiyle açılan davada da; suç teşkil eden eylemlerin kamu görevi sırasında gerçekleşmiş olsa bile kamu hizmetinin bir gereği olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu itibarla ağır kişisel kusura dayalı eylem sonucu idarenin hizmet kusuru ile dava konusu olay arasındaki illiyet bağının kesildiği ve bu nedenle davanın haksız fiillere özgü özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerinde görülmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/277, Karar No: 2016/326, Karar Tarihi: 06.06.2016.

<sup>130</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/482, Karar No: 2016/617, Karar Tarihi: 26.12.2016.

Söz konusu kararlar incelendiğinde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hizmet kusuru – kişisel kusur ayırımında; eylemin görev sırasında yapılıp yapılmadığı, görev sırasında yapılsa dahi zarar ile idarenin arasındaki illiyet bağına kesecek kadar ağır bir kişisel kusur bulunup bulunmadığı gibi hususları göz önüne almakta ve bu bakımdan kamu görevlisinin görev esnasında hatta görevi ile bağlantılı olsa dahi ağır kusuruyla gerçekleştirdiği eylemler sonucu meydana gelen uyuşmazlıklar açısından adli yargıyı görevli olarak belirlemektedir.<sup>131</sup>

### 3. Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Sırasındaki Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Eylemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Kamu İktisadi Teşebbüslerinin birtakım faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu açıdan KİT'lerin gerçekleştirdiği eylemler sonucu meydana gelen uyuşmazlıkların hangi yargı merciinde çözülmesi gerektiği sorununa da temas etmek gerekir. Öncelikle kuruluş yasalarında özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunabileceği veya özel hukuk hükümlerine tabi olacağı şeklinde ifadeler bulunan KİT'ler açısından Uyuşmazlık Mahkemesi, bu ibarelerin yalnızca üçüncü kişiler ile teşebbüsün girişeceği hukuki işlemlere özel hukuka ilişkin kuralların uygulanacağı anlamı taşıdığını belirtmiş ve teşebbüs ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkinin Kuruluşun günlük iktisadi faaliyetlerinden doğan bir özel hukuk ilişkisi niteliğini taşıdığı sonucuna varmıştır.

Söz gelimi Mahkeme, PTT Genel Müdürlüğü'nce davacının parasına bloke konulmaması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada; bir idari işlem ya da eylemden doğmuş bir zararın söz konusu olmadığını, davalı idare vasıtasıyla para havalesi gönderen kişinin uğradığı zarardan dolayı davalı kuruluşun tazmin yükümlülüğünün saptanmasına ilişkin bulunan davanın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunduğu karar vermiştir. Mahkeme söz konusu kararda; PTT'nin

<sup>131</sup> Benzer tespitler için bkz. Çeken, 92 vd. "Hizmet kusurunun, şahsî kusurla bir arada bulunabileceği göz önünde tutularak, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararların tazmininin söz konusu olduğu davalarda idari yargının görevli kabul edilmesi gerekir". Yıldızhan Yayla, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 614.



9.5.2013 tarih ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi unvanını alarak özel hukuk hükümlerine tabi bir kuruluş haline büründüğü ve bundan dolayı gerçekleştirdiği eylemin bir hizmet kusuru olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Ayrıca yine Mahkeme; Posta ve Telgraf Teşkilatı, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu ise de, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Ana Statü ile özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılındığını; bundan dolayı, posta hizmetini yürüten Kuruluş ile bu hizmetten yararlananlar arasındaki hukuki ilişkinin, Kuruluşun günlük iktisadi faaliyetlerinden doğan bir özel hukuk ilişkisi niteliğini taşıdığını da belirtmiştir.<sup>132</sup>

Bir başka ve tartışmaya açık kararında da Mahkeme yine PTT ile ilgili olarak, davacının aleyhine sonuçlanan bir davada yaptığı temyiz başvurusunun süresinde olmadığından dolayı reddedildiği, bunun ise davalı kuruluşun tebligat işlemini hatalı yapmasından kaynaklandığından bahisle, uğranılan manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm ve çözüm yerinin adli yargı yeri olduğu sonucuna varırken hemen hemen benzer bir gerekçe kullanmıştır.<sup>133</sup> Oysa bu kararda Mahkeme'nin PTT'nin "tekel" kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu niteliğini göz önünde bulundurarak, davacının tebligatın yapılması için bir başka kurumu seçme imkânının olmadığını;<sup>134</sup> ayrıca adli teşkilata ilişkin olarak yapılan resmi bir tebligatın alelade bir günlük işten ziyade kamu hizmetinin bir görünümü niteliğinde olduğunu ve dolayısıyla tebligatın hatalı yapılması sonucunda kurumun hizmet kusurunun bulunduğunu tespit etmesi ve söz konusu olumlu görev uyuşmazlığında adli yargının görevlilik kararını kaldırması kanaatimizce daha yerinde olurdu.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/476, Karar No: 2016/616, Karar Tarihi: 26.12.2016.

<sup>133</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/171, Karar No: 2016/217, Karar Tarihi: 11.04.2016.

<sup>134</sup> 11.02.1959 tarih ve 1959 sayılı Tebligat Kanunu m. 5, 6, 7 ve 58.

<sup>135</sup> Keza söz konusu dava Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmeden İstanbul 6. İdare Mahkemesi de; "davalı idareye atfedilen hizmet kusuru sebebiyle açılan bir tam yargı davası olduğu ve bu davanın görüm ve çözümünün idari yargı ve idare

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi; davacının, davalılardan TCDD Genel Müdürlüğü 2. Bölge Behiçbey Malzeme Müdürlüğü emrinde uzman teknisyen olarak çalışırken, diğer davalı Karabük Demir Çelik Sanayi ve Ticaret AŞ'nin Fabrikasından alınacak malzemelerin kontrolü için görevlendirildiği, bu görevin ifası için fabrikada kontrol hizmetinde iken bir duvarın önünden geçerken aniden ray parçasının kendisine çarpması sonucu hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı iddia olunan olaya ilişkin olarak davacının yaralanmasından dolayı uğradığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsili istemiyle açtığı davada; 233 sayılı KHK ve Ana Statü ile özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla TCDD'nin iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olmasının, onun kamu hizmeti yürütmesine ve kamu kurumu niteliğine engel teşkil etmeyeceğini vurgulamış ve yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinin sunulması sırasında yeterli denetimin yapılmaması, gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle oluşacak zararlardan dolayı tazminle sorumlu olan idareye karşı, açılacak davaların, Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrası ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, idari yargının görevinde olduğu sonucuna varmıştır.<sup>136</sup>

Bununla birlikte Mahkeme, hemen yukarıda belirttiğimiz kararlar aynı gün içerisinde verdiği bir başka kararında ise farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, davacının yolcu olarak bulunduğu trenin hareketi esnasında trenden düşmesi nedeniyle uğradığı iddia olunan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi sonucuna varırken; “(...)buna göre, TCDD İşletmesi'nin, tekel kapsamında demiryolu taşımacılığı hizmetini yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu ise de; 233 sayılı KHK ve Ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda dava konusu olayın

---

mahkemesinin görev alanı kapsamında kaldığı” şeklindeki gerekçesiyle görevli olduğuna karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/171, Karar No: 2016/217, Karar Tarihi: 11.04.2016. Ayrıca bkz. Aktaş, s. 12.

<sup>136</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/660, Karar No: 2016/189, Karar Tarihi: 11.4.2016.

*niteliğini belirlemek gerekirse; davanın, davalı idarenin yürüttüğü iktisadi faaliyet çerçevesinde bir taşıma sözleşmesi ile kazaya karışan trende yolcu olarak bulunan şahsın uğradığı iddia olunan zararın tazminine ilişkin olduğu, dolayısıyla olayın iki özel hukuk kişi arasında imzalanan bir taşıma sözleşmesinin, gereği gibi ifa edilip edilmediği noktasından hareketle incelenmesi ve görevli mahkemenin bu kapsamda belirlenmesi gerektiği” şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur.*

Bu başlık altında yer verilen Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yakın tarihli kararları incelendiğinde, KİT’ler tarafından yürütülen hizmetlere ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların hangi yargı yerinde **çözümlemesi** noktasında halen tutarlı bir içtihat yaratılmadığı ve KİT’lerin hangi faaliyetinin kamu hizmeti hangi faaliyetinin ise iktisadi nitelikte olduğuna ilişkin Mahkeme’nin geliştirdiği “günlük işler” ve “üçüncü kişiler ile ilişkiler” gibi kıstasların ise açıklığa kavuşturulması gereken ve her somut olayın niteliğine göre değişen hususlar olduğu, bu noktada öğreti tarafından ileri sürülen eleştirilerin<sup>137</sup> halen geçerli olduğu görülmektedir.

### **B. İdarenin Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Amacıyla Gerçekleştirdiği Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “*idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde; tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar da idari dava türlerinden biri olarak düzenlenmiş ve hem yargı içtihatlarında hem de öğretide idari sözleşmeler ile ilgili uyuşmazlıklar idari yargının görev alanı içerisinde kabul edilmiştir.<sup>138</sup>

Bununla birlikte Mahkeme, *-kamu hizmeti ölçütünü kullandığı ilk kararından itibaren-* uyuşmazlığa konu sözleşmenin niteliğini belirlerken o sözleşmenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla yapıp

<sup>137</sup> Gözübüyük, s. 698.

<sup>138</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 453 vd.; Kaplan, s. 72; Darendeli, s. 72; Gözübüyük, s. 87; Özkol, s. 113.

yapılmadığını öncelikli olarak esas almıştır.<sup>139</sup> Bundan dolayı kamu hizmeti başlığı altında idari yargının konusunu oluşturan idari sözleşmelerin sınırlarının belirlenebilmesi ve Mahkeme'nin ilgili kavrama nasıl yaklaştığının tespit edilebilmesi için öncelikle Mahkeme'nin idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar açısından verdiği kararların incelenmesi (1) daha sonra idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri noktasında (2) göreve ilişkin hangi sorunların ortaya çıktığının belirlenmesi gerekmektedir.

### 1. İdari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar

İdari sözleşmeler genel olarak idarenin özel hukuk kişileri ile bir kamu hizmetini yürütmek amacıyla ayrıcalıklı ve üstün yetkiler kullanılarak gerçekleştirdiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir.<sup>140</sup> Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de idari sözleşme ölçütünü kullanarak uyuşmazlığın görev yeri olarak idari yargıyı belirlediği pek çok kararında idari sözleşmeyi; *“bir sözleşmenin idari nitelikte kabul edilebilmesi için taraflarından birinin idare olması, bir kamu hizmetinin yürütülmesi ya da böyle bir hizmetin yürütülmesine katılınması amacı ile yapılmış olması, bu nedenle idareye özgü bir düzenlenişe ihtiyaç duyulması, idareye özel hukuk sözleşmelerindeki aşan, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme gibi bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması gerekmektedir”* şeklinde tanımlamıştır.<sup>141</sup>

Bu bakımdan Uyuşmazlık Mahkemesi, davacı ile davalı Belediye arasında Kentsel Dönüşüm Projesi çerçevesinde imzalanan arsa ve tesis karşılığı konut sözleşmesi gereğince 1. Etap'ta bulunan konutlardan verilmesi gerekirken başka etapta yer alan ve daha düşük değere sahip konutlardan daire tahsisi yapılması ve buna mukabil proje dağıtım payı da ödenmemiş olması, ayrıca tesis edilen konutun da hali hazırda teslim edilmemesi nedenleri ile davacının uğramış olduğu zararların tazmini istemi ile açılan davanın; davalı idare tarafından davaya konu sözleşmenin Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesinin (Protokol Yolu) ifası kapsamında; yani bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile imzalandığı, sözleşmenin 1. maddesinde davalı Ankara Bü-

<sup>139</sup> Acar, s. 65.

<sup>140</sup> Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 518; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 453 vd.

<sup>141</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/2, Karar No: 2017/74, Karar Tarihi: 20.2.2017.

yükşehir Belediyesi Başkanlığı'na tek taraflı fesih yetkisinin tanındığı, davacıdan kamulaştırma işlemlerinin iptali ya da bedel artırımı için dava açma yoluna müracaat etmeyeceği konusunda taahhüt alındığı, söz konusu sözleşmenin davalı idare tarafından matbu şekilde hazırlanan ve hisse sahiplerinin uzlaşmaya daveti neticesinde uzlaşılması ile imzalanan bir sözleşme niteliğinde olduğu, bu itibarla sözleşmenin idari sözleşmenin tüm unsurlarını taşıdığı gerekçeleriyle idari yargıda çözümlenmesine karar vermiştir.<sup>142</sup>

Benzer olarak Uyuşmazlık Mahkemesi; davalı idare ile davacı arasında imzalanan bayilik sözleşmesi kapsamında davacı adına düzenlenen bayilik ruhsatının, 18 yaşından küçüklere oyun oynatıldığından bahisle, Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği'nin 24. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca, iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı merciinde görülmesi kararını verirken, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinin; idare tarafından tek taraflı bir şekilde hazırladığına ve müşterek bahisler ile şans oyunları düzenleme hak ve yetkisi, Gençlik ve Spor Bakanlığı'na bağlı, tüzel kişiliği haiz Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'na ait olduğundan bahisle bir genel hizmetin yürütülmesi için yapıldığına dikkat çekmiş, dolayısıyla olayda idari sözleşmenin bulunduğu sonucuna varmıştır.<sup>143</sup>

Keza Uyuşmazlık Mahkemesi; 30.4.2009 tarih ve 27185 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2009/34 sayılı Kırsal Kalkınma ve Yatırımların Desteklenmesi Programı Çerçevesinde ve 5. Etap Makine Ekipman Alımlarına Yönelik Hibe Desteği kapsamında hibe desteği almaya hak kazanan ve süt sağım ünitesi alımı yapmak için Batman Valiliği, Tarım İl Müdürlüğü ile sözleşme imzalayan davacı birliğin, anılan süt sağım ünitesinin daha önce kullanılmış (2. el) olduğundan bahisle hibe desteğinden yararlandırılmayacağına ve imzalanan sözleşmenin feshedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava açısından da; davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin tarımsal kalkınma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren bir konuda yapıl-

<sup>142</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/123, Karar No: 2016/259, Karar Tarihi: 09.05.2016.

<sup>143</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/501, Karar No: 2016/623, Karar Tarihi: 26.12.2016. Benzer kriterleri kullandığı başka bir karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/414, Karar No: 2016/443, Karar Tarihi: 26.09.2016.

ması, sözleşmeye ilişkin içerik ve şartların sözleşme öncesinde Bakanlık tarafından hazırlanmış olması ve diğer tarafın bu şartlara uygun sözleşme ibrazı ile talebinin dikkate alınabilmesi, sözleşmenin devamı süresince idarenin denetim ve teftiş yetkilerinin bulunması, herhangi bir eksiklik halinde sözleşmenin tek taraflı olarak feshine karar verilebilmesi ve nihayet, sözleşme gereğinin yerine getirilmemesi ya da haksız olarak hibe ödemesi yapılması halinde iadesi istenen miktara 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen gecikme faizi oranının uygulanmasının öngörülmüş olması nedenleri ile taraflar arasındaki sözleşmenin idari bir sözleşme olduğu sonucuna varmış ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri olarak idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.<sup>144</sup>

İlgili kararlar dikkate alındığında Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelemesi için öğreti ile paralel olarak; sözleşme hükümlerinin idare tarafından tek taraflı hazırlanıp hazırlanmadığı, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla imzalanıp imzalanmadığı, idareye tek taraflı fesih ve sürekli denetim gibi birtakım üstün ve kamusal nitelikte yetkiler tanınıp tanınmadığı gibi kriterleri göz önüne almaktadır.

İdarenin kendi bünyesinde yer alan sözleşmeli personel ile olan ilişkisi sebebiyle doğan uyuşmazlıkların ise hangi yargı düzeninde çözüleceği noktasında Uyuşmazlık Mahkemesi birtakım kriterler geliştirmiştir. Buna göre 2016 tarihli kararlarından birinde Mahkeme, davalı idarenin bünyesinde 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu'nun 30. maddesi kapsamında sözleşmeli boks antrenörü olarak çalışırken emeklilik talebi nedeniyle sözleşmesi sona erdirilen davacı tarafından, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, hafta sonu ücreti, resmi tatil ve dini bayram ücretlerinin davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme önüne gelen ilgili uyuşmazlıkta, davacı H.K. ile davalı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü arasında 26.10.1992 tarihinde akdedilmiş olan Çalışma Sözleşmesini incelemiş ve yapılan incelemede; sözleşmenin 4. maddesinde çalışma süresince saatlerinin, 5. maddesinde ilgilinin görevi sırasında edindiği gizli

<sup>144</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/461, Karar No: 2017/6, Karar Tarihi: 20.02.2017.



bilgileri görevinden ayrılrsa dahi açıklayamayacağına, 6. maddesinde Genel Müdürlüğün izni dışında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi ve demeç veremeyeceğinin, 7. maddesinde ücret ve ödeme şartlarının 8. maddesinde izin hakkının, 9. maddesinde disiplin işlemlerinin 10. maddesinde kılık kıyafet zorunluluğunun 11. maddesinde siyasi faaliyet yasağının, 12. maddesinde ilgilinin sözleşme süresi içinde en az bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak kaydı ile sözleşmeyi feshederek çekilebileceğinin, 13. maddesinde sözleşmenin feshedilmesi hususunda bu konudaki yönetmelik hükümlerinin uygulanacağına, 14. maddesinde sözleşmenin yenilenmesi şartlarının, 15. maddesinde sözleşmede yer almayan hususlarda ilgili hakkında yönetmelikteki mevcut hükümlerin uygulanacağına, 16. maddede sözleşmenin süresinin yer aldığını tespit etmiştir. Bu tespit ışığında Mahkeme, Spor Genel Müdürlüğü ile davacı arasında 3289 sayılı Kanun ve buna ilişkin Yönetmelik gereğince imzalanan sözleşmenin, idarenin kamu hizmetlerini yürütülmesi amacıyla ve tek taraflı şekilde hazırlanan bir sözleşme olduğu ve ayrıca hizmetin niteliğine göre özel bir takım bilgi ve yetenek gerektiren bir görev alanında idari sözleşme ile çalıştırılan davacının statüsünün de kamuda çalışan sözleşmeli personel kapsamında kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>145</sup>

Yine Mahkeme, dava dışı milletvekilinin danışmanı olarak çalışan davacı tarafından, iş akdinin hukuka aykırı sebeplerle feshedildiğinden bahisle, alamadığı mali haklarının tazmini istemiyle açılan davada; *“bir sözleşmenin idari nitelikte kabul edilebilmesi için taraflarından birinin idare olması, bir kamu hizmetinin yürütülmesi ya da böyle bir hizmetin yürü-*

<sup>145</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/578, Karar No: 2016/317, Karar Tarihi: 6.6.2016. Nitekim Mahkeme, davacı tarafından, davalı idarenin sözleşmeli avukatlığını yaptığı dönemlere ilişkin olarak takip ettiği davalarda hükmedilen vekâlet ücretlerinin kendisine ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Manisa İli İl Özel İdare Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada; idarenin kamu görevlisi sayılan personeli ile arasındaki ilişkinin, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku ilkeleriyle düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisi olduğunu belirtmiş ve her ne kadar hizmet sözleşmesinin 4. maddesi ile davacı Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi kılınmış ise de, personelin bağlı olacağı sosyal güvenlik kurumunu belirleyen bu hükmün, taraflar arasındaki kamu hukuku ilişkisini değiştiremeyeceği ve ortadan kaldırmayacağı sonucuna varmıştır. Bu sebeplerle Mahkeme uyuşmazlığın çözüm yeri olarak idari yargının görevli olacağına karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/463, Karar No: 2017/7, Karar Tarihi: 20.02.2017.

*tülmesine katılınması amacı ile yapılmış olması, bu nedenle idareye özgü bir düzenlenişe ihtiyaç duyulması, idareye özel hukuk sözleşmelerindeki aşan, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme gibi bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması gerekmektedir. Dava konusu sözleşme bu açıdan ele alındığında, davalı idare tarafından davaya konu sözleşmenin 6253 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 4. fıkrası gereğince Başkanlık Divanı'na verilen düzenleme yetkisine dayalı olarak hazırlandığı ve davalı ile davacı arasında şartları konusunda müzakere ve uzlaşma prosedürü bulunmayan iltihaki bir sözleşme niteliğinde olduğu, 6253 sayılı Kanun'un 30. maddesinde de belirtildiği üzere sözleşmenin, milletekilerinin yasamaya ilişkin faaliyetleri sırasında kendilerine yardımcı olacak kişilerin belirlenmesi amacı ile yapıldığı ve bu anlamda bir kamu hizmetinin yürütülmesine yardımcı olunması unsurunun mevcut bulunduğu, son olarak sözleşmenin 16. Maddesinde davalı TBMM'ye başkanlığına tek taraflı fesih yetkisinin tanındığı anlaşılmakla, sözleşmenin idari sözleşmenin tüm unsurlarını taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır" şeklindeki gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.<sup>146</sup>*

Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi bazı kararlarında ise idare ile sözleşmeli personel arasındaki ilişkiye dair sözleşmeyi *-her ne kadar tek taraflı bir şekilde hazırlansa da-* Borçlar Kanunu'nda yer alan hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirmiş ve uyuşmazlığın çözüm ve görünüm yeri olarak adli yargıyı belirlemiştir. Söz gelimi Uyuşmazlık Mahkemesi; davacı tarafından, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nda "*rehber ve usta öğretici*" olarak çalıştığı dönemler boyunca ücretlerinin eksik ödenmesi, çalışılmadan ödenmesi gereken genel tatil ve hafta tatili ücretlerinin ödenmemesi, yıllık ücretli izin ve belediyeye ait işyerlerinde çalışan usta öğreticilere bu ödemenin yapılması nedenleriyle iş akdinin haklı fesih hükümlerine dayanılarak feshedilmesi nedeniyle ödenmesi gereken kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer işçilik alacaklarının tazmini istemiyle açılan davada, davacının; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda tanımlanan şekliyle, memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi kapsamında bulunmadığı; idareye verdiği bir taahhünameye istinaden, idareyle arasında bir hizmet ilişkisi kurulduğuna; taahhüname, ek ders ücretinin hesaplanmasında 657 sayılı Kanun'un 176. maddesinden esinlenmiş olun-

<sup>146</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/355, Karar No: 2016/396, Karar Tarihi: 26.9.2016.

masının, davacının kamu personeli statüsünde değerlendirilmesi için yeterli olamayacağı gibi, taahhünameyi de idari sözleşme haline getirmeyeceğine dikkat çekmiş ve dolayısıyla taahhünameyle kurulan ilişkinin, daha ziyade Türk Borçlar Kanunu'nda tanımını bulan hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğunu kabul ederek, uyuşmazlığa konu davanın adli yargı yerinde çözümlenmesine karar vermiştir.<sup>147</sup> Yine benzer bir olayda Mahkeme, Ankara Büyükşehir Belediyesi Eğitim ve Kültür Dairesi Başkanlığı tarafından düzenlenen BELMEK kurslarında, imzaladığı taahhünameye istinaden Usta Eğitici olarak geçici görevli statüde çalışmakta iken emeklilik nedeniyle iş akdi feshedilen davacı tarafından, iş akdinin feshi nedeniyle, kıdem tazminatı, eksik ödenen ücret, ücretli izin ve ilave tediye alacaklarının ödenmesi istemiyle açılan davada; *“dosyanın incelenmesinden; davacının, davalı idareye verdiği ve tek taraflı olarak imzaladığı bir taahhünameye istinaden, Ankara Büyükşehir Belediyesi Eğitim ve Kültür Dairesi Başkanlığı bünyesinde düzenlenen Meslek Edindirme Kurslarında usta eğitici sıfatıyla çalıştığı anlaşılmıştır. Somut durum dikkate alındığında, davacının; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda tanımlanan şekliyle, memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi kapsamında bulunmadığı; idareye verdiği bir taahhünameye istinaden, idareyle arasında bir hizmet ilişkisi kurulduğu; taahhünamede, ek ders ücretinin hesaplanmasında 657 sayılı Kanun'un 176. maddesinden esinlenmiş olunmasının, davacının kamu personeli statüsünde değerlendirilmesi için yeterli olamayacağı gibi, taahhünameyi de idari sözleşme haline getirmeyeceği; dolayısıyla, taahhünameyle kurulan ilişkinin, daha ziyade Türk Borçlar Kanunu'nda tanımını bulan hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır”* şeklinde gerekçe göstererek adli yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır.<sup>148</sup>

Bu kararlar açısından Uyuşmazlık Mahkemesi, idare ile “sözleşmeli” ya da “kapsam dışı personel” arasındaki sözleşmeden çıkan uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninde çözüleceğine ilişkin olarak yapılan sözleşmenin niteliğine dikkat etmekte ve idare tarafından tek taraflı bir sözleşme hazırlansa ve kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile dahi yapılsa sözleşmede idareye birtakım ayrıcalıklar verilmemesi (*tek taraf-*

<sup>147</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2017/113, Karar No: 2017/173, Karar Tarihi: 13.3.2017.

<sup>148</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/642, Karar No: 2016/663, Karar Tarihi: 26.12.2016.

*lı fesih, denetleme ve ceza verme gibi...)* durumunda sözleşmenin hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi sonucuna varmaktadır.<sup>149</sup>

İdarenin veya kamu hizmeti yürüten tüzel kişiliğin personeli olan sözleşmesinde birtakım yetkileri haiz olması ve bu sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılması durumunda artık idari bir sözleşmenin olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır. Nitekim oldukça tartışmalı bir konu olan Vakıf Üniversitelerinde sözleşmeli olarak çalışan öğretim üyelerine ilişkin olarak da Uyuşmazlık Mahkemesi benzer ölçütler kullanmıştır. Örneğin; Yaşar Üniversitesi'nde öğretim üyesi olan davacının iş akdinin feshine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Mahkeme; Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "*bilimsel özerkliğe sahip olmaları*"nın bir ayrıcalık teşkil ettiğini ve Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amacın, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamak olduğunu belirtmiş ve davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğunu açıkça vurgulamıştır.<sup>150</sup> Bu açıdan Mahkeme, davalı kurum ile davacı arasındaki ilişkiyi ve sözleşmenin bir kamu hizmetine ilişkin olmasını dikkate alarak olayda idari bir sözleşmenin mevcut olduğu sonucuna varmıştır.<sup>151</sup>

## 2. İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar

Bu başlık altında değinilmesi gereken husus da, idarenin gerçekleştirdiği özel hukuk sözleşmelerinin hangi yargı düzeninde çözülece-

<sup>149</sup> Bu bakımdan öğretide de, kamu hizmeti kavramının açık olmamasından dolayı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığını belirlerken daha çok "*özel hukuk yetkilerini aşan birtakım ayrıcalıkların idare lehine tanınıp tanınmadığı*" kriterine daha çok ağırlık verdiği ileri sürülmüştür. Gözübüyük, s. 87.

<sup>150</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2012/223, Karar No: 2012/282, Karar Tarihi: 24.12.2012.

<sup>151</sup> Aynı yönde Kaplan, s. 71, dn. 1. Keza benzer bir karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2012/273, Karar No: 2012/289, Karar Tarihi: 24.12.2012.

ğine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yaklaşımıdır. Öğretide<sup>152</sup> ve yargı kararlarında da<sup>153</sup> belirtildiği gibi idarenin taraf olduğu her sözleşmenin idari sözleşme sayılmasına imkân bulunmamaktadır. Bu bakımdan taraflar arasındaki sözleşme; idarenin tek yanlı, kamusal yetkiye dayanarak, kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile akdettiği ve idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de tanıyan birtakım özellikler taşımaması halinde *-her ne kadar idare, sözleşmenin bir tarafını oluştursa da-* artık idari sözleşme olarak değerlendirilemeyecek ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri ise adli yargı olacaktır. Bu noktada, idarenin gerçekleştirdiği özel hukuka tabi sözleşmelerin özelliğinin, idarenin genel ehliyetini kullanarak sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği ilkesi çerçevesinde yapılması olduğu ileri sürülmüştür.<sup>154</sup>

Nitekim 2016 tarihli kararlarından birinde Uyuşmazlık Mahkemesi, Mersin - Adana ve Hatay illerinde Gemi Trafik Gözetleme İstasyonu inşasının İskenderun etabında Karayılan Beldesinde kurulması planlanan Gemi Trafik Gözetleme İstasyonu için ihtiyaç duyulan enerji nakil hattının orman izinleri projesinin hazırlanması işinin bedeli olan 13.000 TL+KDV'nin ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair 15.06.2012 tarih ve 9375 sayılı işlemin iptali ile söz konusu bedelin idareye başvurunun yapıldığı tarihten itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar verirken; *"davacı şirket tarafından, yasal düzenlemeler çerçevesinde işlemlerin tam olarak yapılıp yapılmadığı açıklığa kavuşmamış ise de davacının Enerji Nakil Hattının Orman İzinleri Projesinin hazırlanması işine ilişkin görevini yerine getirdiği, davalı idarenin yapılan iş için gerekli ödeneğin ilgili kurumlardan istendiği anlaşılmaktadır.*

<sup>152</sup> Kaplan, s. 72-73; Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 451 vd.; Tan, s. 704.

<sup>153</sup> "Bu durumda; idarenin sözleşmeleri ile "idari sözleşme" kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu, idarenin taraf olduğu her türlü sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilemeyeceği, idarenin tüzel kişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak aynen bir özel hukuk tüzel kişisi gibi özel hukuk kurallarına tabi sözleşmeler de yapabileceği anlaşılmakta olup idarenin kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçladığı sözleşmeler olarak tanımlanabilecek olan idari sözleşmeler, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi iken idarenin özel hukuk sözleşmeleri tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıktır". Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/323, Karar No: 2016/538, Karar Tarihi: 28.11.2016.

<sup>154</sup> Aktaş, s. 26.

*Davalı idarenin edimini yerine getirmediği iddia edilerek bundan doğan alacağı tazmini talep edildiği görülmüştür. Her ne kadar, yapılan ihale sonrasında taraflar arasında imzalanmış bir sözleşme bulunmasa da, uyuşmazlığın davanın tarafları arasında sözlü olarak anlaşılması üzerine davacının edimini yerine getirdiği fakat davalı idarenin edimini yerine getirmediğinden kaynaklandığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır” şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur.<sup>155</sup>*

Keza Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketi ile davacı şirket tarafından imzalanan 15.07.2014 tarihli “Uydu Kapasite Tahsisi” ne ilişkin sözleşmenin davalı kurum tarafından feshedilmesi ve yayınların sonlandırılmasına ilişkin 12.10.2015 tarih ve 36 sayılı işlemin iptali istemiyle Ankara 6. İdare Mahkemesi’nde açılan davada, İdare Mahkemesi; TÜRKSAT Anonim Şirketi’nin işlemlerinde kuruluşuna ilişkin Kanunla verilen kamu gücünü kullandığı, bu duruma göre S. Yayıncılık Hizmetleri Anonim Şirketi ile Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi arasında “Uydu Kapasite Tahsisi”ne ilişkin imzalanan sözleşmenin feshedilmesine ve yayınların sonlandırılması ile ilgili işlemin Kanun’da öngörülen yetkiye dayanılarak tesis edildiğinden davanın, görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonuç ve kanaatine varmış; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, somut olayda, davalı kurum ile davacı arasındaki ilişkinin, sözleşmenin kuruluşu, işleyişi ve sona erdirilmesini düzenleyen hükümlerin içerikleri de dikkate alındığında, tarafların karşılıklı irade açıklamalarına dayalı olarak yürütülen özel hukuk ilişkisi niteliğinde olduğu ve kamu otoritesine ve yetkisine dayalı, tek yanlı ve re’sen yapılan idari işlem ve eylemden kaynaklanmadığını ileri sürmüştür. Ortaya çıkan olumlu görev uyuşmazlığı sonrasında Uyuşmazlık Mahkemesi; 406 sayılı Kanun’un Ek 33. maddesi uyarınca davalı TÜRKSAT Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme A.Ş.’nin hisselerinin tamamının Hazine Müsteşarlığı’na ait olduğunu belirtmekle birlikte, davalı Şirketin Türk Ticaret Kanunu ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren anonim şirket statüsünde bir şirket olduğu ve faaliyetlerini yürütmek üzere ilgili gerçek ve tüzel kişilerle imzaladığı sözleşmelerin ise idari

<sup>155</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/948, Karar No: 2016/121, Karar Tarihi: 14.03.2016.



sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi gerektiği ve bundan dolayı uyuşmazlığın adli yargının görevine girdiği sonucuna varmıştır.<sup>156</sup>

Öte yandan idarenin her ne kadar özel hukuka tabi sözleşmeleri idari yargının konusu dışında kalsa da, sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki veya sözleşme öncesi idarenin tek yanlı işlemleri idari yargının görev alanındadır.<sup>157</sup> Söz gelimi, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin istikrarlı bir şekilde sürdürdüğü kararlarında özellikle kamu ihlale sözleşmelerinin öncesinde idarenin tek taraflı işlemleriyle gerçekleştirdiği idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının konusunu oluştururken; sözleşme sonrası tarafların edimlerine aykırılıkları dolayısıyla çıkan uyuşmazlıklar ise özel hukuk hükümlerine tabi olarak adli yargı yerlerinde çözümlenecektir.<sup>158</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi konu ile alakalı verdiği yakın tarihli bir kararda, davacının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ihale edilerek davalı idareyle sözleşmeye bağlanan zeytinyağı alımı işinde ürünü süresinde teslim edememesi üzerine, mücbir sebep gerekçesiyle bulunduğu süre uzatımı talebinin reddine ilişkin işlemin iptali ile teminat mektuplarının nakde çevrilmesinin ve irat kaydedilmesinin engellenmesi istemiyle açtığı davanın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar verirken; *"idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesin-*

<sup>156</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/323, Karar No: 2016/538, Karar Tarihi: 28.11.2016. Bu karar açısından ifade etmek gerekir ki, her ne kadar davalı TÜRK-SAT A.Ş. özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren bir anonim şirket statüsünde olsa da 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yer alan Ek 33. madde göz önüne alındığında birçok açıdan üstün yetkiler ve muafiyetler ile donatılmıştır. Ek 33. madde 2008 tarihli ve 5809 sayılı Kanun'la eklenen; "Kamu kurum ve kuruluşları ile Kızılay uydu üzerinden ihtiyaç duydukları hizmetleri TÜRK-SAT Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketi tarafından yönetilen uydulardan sağlamak kaydıyla, her kurum ve kuruluştan alabilir. Kamu kurum ve kuruluşları, 5369 sayılı Kanun kapsamında TÜRK-SAT Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketinden doğrudan alacakları hizmetler yönünden 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi değildir" düzenlemesi Uyuşmazlık Mahkemesi'nin davalı TÜRK-SAT A.Ş. ile davacı arasındaki sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemesinde yasal bir dayanak olarak ileri sürülse de; yargısal içtihatlar ışığında davalının kamu gücünün getirdiği üstün yetkileri kullanarak tek taraflı işlemi ile davacı arasındaki sözleşmeyi feshetmesini idari bir işlem; taraflar arasındaki sözleşmenin de idari bir sözleşme olarak kabul edilmesi daha doğru gözükmektedir.

<sup>157</sup> Kaplan, s. 72.

<sup>158</sup> Kaplan, s. 73.

*leşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır” şeklindeki gerekçesiyle bu hususu vurgulamıştır.<sup>159</sup>*

Ayrıca idarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden ayrılabilen birtakım tek yanlı idari işlemlerinin de idari yargıda çözümlenmesi gerekmektedir. Eski tarihli kararlarından birinde Uyuşmazlık Mahkemesi, yazılı ve sözlü sınavları kazandığı halde, sağlık raporunun olumsuzluğu nedeniyle işçi olarak çalıştırılmayacağına ilişkin davalı idarenin kararına karşı açılan iptal davasının, sözleşmeden ayrı olarak hukuki bir değer taşıyan tek yanlı bir idari işlem olduğu gerekçesiyle idari yargıda görülmesine ve çözümlenmesine karar vermiştir.<sup>160</sup> Buna karşılık Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından ilân edilen sosyal inceleme personel alımı amacı ile davalı idare tarafından gerçekleştirilen, davacının da katıldığı ancak kazanamadığı uygulama sınavı ile mülakat sınavının tüm sonuçları ile iptali istemiyle açılan davada; vakfa personel alımına ilişkin sınavların, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu’nun 7. maddesi kapsamında vakıf mütevellî heyeti kararı ile yapıldığı, 3294 sayılı söz konusu yasa gereğince söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmüş olması nedeni ile dava konusu işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edildiğinin kabulünün

<sup>159</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/91, Karar No: 2017/3, Karar Tarihi: 20.02.2017. Aynı yöndeki kararları için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/595, Karar No: 2017/22, Karar Tarihi: 20.02.2017; Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2015/948, Karar No: 2016/121, Karar Tarihi: 14.03.2016.

<sup>160</sup> Kararda Mahkeme; “Olayda davalı kurum, kamu hizmetini gerekliliği gibi yürütebilmek için, kendi mevzuatının öngördüğü esaslara uygun olarak sınav açmış, davacı da bu sınava katılmakla davacı ile idare arasında kamu hukukunu ilgilendiren ilişki doğmuş bulunmaktadır. Sınava katılma koşulları, idare hukuku çerçevesinde idarece belirlenen idari işlemlerdir. Adayların belirlenen koşullara uygun olup olmadıklarının tespitiyle, koşulları taşımayanların başvurularının reddetme yetkisi idareye aittir. Bu da ortada idarenin tek yanlı aldığı kararlar, yani idari işlemler bulunduğunu göstermektedir” şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 1994/40, Karar No: 1994/40, Karar Tarihi: 26.12.1994. Karar için bkz. Tan, s. 701.

mümkün bulunmadığı belirterek 1994 tarihli kararından farklı bir sonuca varmıştır.<sup>161</sup>

Oysa söz konusu karar eleştiriye açıktır. Bu bakımdan en temelde davalı idare kendi mevzuatında öngörülen esaslara uygun olarak bir uygulama sınavı ile mülakat gerçekleştirmiş, bu açıdan davacı ile kuracağı sözleşme öncesi bir idari işlem gerçekleştirmiştir. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararda belirttiği üzere sınavın ve mülakatın; 5263 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun ile Vakıf, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı olmadan önce yapıldığı ve o tarihlerde geçerli olan 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince özel hukuk kurallarına tabi olarak kurulan bir vakıf işlemi niteliğinde olması da somut olayda idari bir işlem olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.<sup>162</sup> Nitekim söz konusu vakfın da tabi olduğu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında çalışan personelin nitelikleri, işe alınmaları, çalışma şartları, aylıkları ve diğer özlük hakları bakımından uygulama birliğinin sağlanabilmesi amacıyla hazırlanan ve Fon Kurulunun<sup>163</sup> 16.02.2012 tarihli ve 2012/1 sayılı kararı ile uygun

<sup>161</sup> Karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/19, Karar No: 2016/57, Karar Tarihi: 15.02.2016.

<sup>162</sup> Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere Uyuşmazlık Mahkemesi bazı kararlarında özel hukuka tabi tüzel kişilerin idari işlem niteliğinde birtakım işlemler gerçekleştirebileceğini kabul etmiştir.

<sup>163</sup> "3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanlığa bağlı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü'nün kurulması, teşkilâtı, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulan, 01.12.2004 gün ve 5263 sayılı "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun", 08.06.2011 tarih ve 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesinde yer alan "3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun amaçlarını gerçekleştirmek ve uygulanmasını sağlamak için gerekli idari ve mali tedbirleri almak" şeklindeki düzenleme ile "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü'nün, "Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü" adı altında yeniden yapılandırıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca, 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu" kenar başlıklı 34. maddesinde; "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu, Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı, Müsteşar, İçişleri, Maliye ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdürü'nden oluşur denilmek sureti ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu'nun yapısı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'ne paralel şekilde yeniden düzenlenmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendinde "il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılacak personelin nitelikleri ile özlük hakları ve diğer hususlarla ilgili belirlenecek kriterleri görüşmek

görülen “*Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Personelinin Norm Kadro Standartları, Nitelikleri, Özlük Hakları ve Çalışma Şartlarına İlişkin Esaslar*” ile belirlenen prosedüre uygun gerçekleştirilen işlemde idare kamusal bir yetki kullanmaktadır.

Son olarak, idarenin gerçekleştirdiği abonman sözleşmelerinin hangi yargı yolunda çözümlenmesi gerektiğine ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yaklaşımına da değinmek gerekir. Abonman sözleşmeleri; genellikle müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kanunla kurulan kamu kuruluşları tarafından elektrik dağıtımı, su sağlanması, kanalizasyon veya atık su toplanması gibi hizmetlerin yürütülebilmesi için hizmetin görüleceği yerde ikamet eden kişilerle yapılan iltihaki sözleşmelerdir.<sup>164</sup> Bununla birlikte, idare ile karşı taraf arasındaki abonman sözleşmesinin iltihaki şekilde gerçekleştirilmesi, söz konusu sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığı anlamına gelmemektedir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında bu hususu; “*abone ile BUSKİ arasında yapılan abone sözleşmesi, daha çok tip sözleşme görünümündedir. Hizmetten yararlanan kişinin, sözleşmeyi idareyle birlikte düzenlemesi yerine katılımı söz konusudur. Ancak bu durum, idare ile kişi arasında kurulan özel hukuk ilişkisini kamu hukuku ilişkisine dönüştürmez. Çünkü, birçok durumda hizmetin tekel niteliği ve çok kişiye götürülme zorunluluğu, işin, çoğunlukla tip sözleşmeler yoluyla ve kişilerin katılımı ile gerçekleşebilmesini olanaklı kılmaktadır*” şeklinde ifade etmiştir.<sup>165</sup> Bu bakımdan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin istikrar kazanan kararları incelendiğinde; abonman sözleşmeleri ile ilgili olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak yürürlüğe koyduğu yönetmelik ile buna dayanan tarife kararlarının yargısal denetiminin idari yargı yerinde; buna karşılık abonman sözleşmesine dayanan bir alacak-borç ilişkisi kapsamındaki uyuşmazlıkların ise adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi sonucuna varıldığı görülmektedir.<sup>166</sup>

---

ve karara bağlamak” fonun görevleri arasında sayılmıştır. 02.08.2012 gün ve 14036 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesinin (d) bendinde; “vakıflarda çalıştırılacak personelin nitelikleri ile özlük hakları ve diğer hususlarda belirlenecek kriterleri görüşmek ve karara bağlamak” fonun görevleri arasında sayılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/19, Karar No: 2016/57, Karar Tarihi: 15.02.2016.

<sup>164</sup> Aktaş, s. 26.

<sup>165</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 20165/59, Karar No: 2015/91, Karar Tarihi: 02.03.2015.

<sup>166</sup> “Kamu idarelerince elektrik, su ve doğalgaz gibi belli bir tarife üzerinden bedeli belirlenmek suretiyle dağıtılan kamu hizmetlerinden, taraflar arasında imzalanan

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de 2016 tarihli bir kararında; davalı idare tarafından, davacı adına düzenlenen ve tahsilat makbuzuyla ödenmiş bulunan kanalizasyon harcamalarına katılma payı, gecikme zammı ile KDV bedellerinin iadesine ilişkin yapılan başvurunun red-dine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davalı Denizli Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından davacı adına kanalizasyon harcamalarına katılma payı bedeli, gecikme zammı bedeli ile KDV bedelinin ödenmesine ilişkin işlemi; gerek su ve kanalizasyon hizmetleri özel bir kanun ile düzenlenmiş olan Denizli Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından tesis edilmiş olması, gerekse de taraflar arasında bir abonelik ilişkisinin bulunması hususları ile birlikte değerlendirerek, söz konusu katılma payının, idareyle kişi arasında abonman sözleşmesiyle kurulan özel hukuk ilişkisi çerçevesinde ve hizmet karşılığında maliyet-kâr esasına göre idarece belirlenen tarifeye dayanılarak alınan bir ücret olduğu sonucuna varmış ve anılan işlemin iptali istemiyle açılan davanın adli yargıda çözülmesine hükmetmiştir.<sup>167</sup>

Keza bir başka kararda da Mahkeme, davacı şirket ile davalı Büyükşehir Belediyesi arasında su aboneliği konusunda bir abonman sözleşmesinin varlığı karşısında; özel hukuk ilişkisi çerçevesinde ve hizmet karşılığında maliyet-kâr esasına göre davalı idarece belirle-

---

abonman sözleşmesi karşılığında yararlanılmakta olup, bu sözleşmelerde hizmet konusu ile şartlarının ve karşılıklı hak ve borçların belirlendiği, sözleşmede hüküm altına alınan hususlarda tarafların edimlerini yerine getirmekten kaçınmaları halinde ise, yine sözleşme gereğince cezai şartlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı açık olduğundan, bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümleri yarıncı adli yargı yerinde çözümleneceği tartışmasızdır. Bununla birlikte, bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasında sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada, idarenin tek taraflı ve kamu gücüne dayalı olarak yerine getirdiği idari tasarruflarından doğan uyuşmazlıkların da idari yargı alanında çözümleneceğinin kabulü gerekmektedir". Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/144, Karar No: 2016/182, Karar Tarihi: 14.03.2016. Nitekim Danıştay eski tarihli bir kararında, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Yönetim Kurulunun telefon abonelerinden abonman ücreti yerine 50 kontör sabit ücret alınması kararına karşı açılan iptal davasının; "yönetim kurulu kararı ... Türk Telekomünikasyon AŞ. tarafından yasadaki düzenlemeye dayanılarak akdedilen abonman sözleşmesinin dışında, tek yanlı olarak tesis edilen idari davaya konu olabilecek düzenleyici işlemlerdendir" şeklindeki gerekçesiyle idari yargının görev alanına girdiği sonucuna varmıştır. D. 10. Dairesi, Esas No: 1998/1986, Karar Tarihi: 27.05.1998, karar için bkz. Tan, s. 699.

<sup>167</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2016/94, Karar No: 2016/382, Karar Tarihi: 26.09.2016.

nen tarife uyarınca tahakkuk ettirilen atıksa bedeli konusunda doğan uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar verirken; uyuşmazlığın atık su bedeli ücretinin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük olup olmadığına değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmış ve “... *taraflar arasında davalı vekilinin dava dilekçesindeki adı geçen iş yerinin su aboneliğine tabi olduğu yönündeki beyanı ile, bu beyanın aksine dosya kapsamında her hangi bir belge bulunmayışı karşısında taraflar arasında bir abonelik ilişkisi bulunduğu kabulü gerektiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu ücretin idareyle kişi arasında abonman sözleşmesiyle kurulan özel hukuk ilişkisi çerçevesinde ve hizmet karşılığında maliyet-kâr esasına göre idarece belirlenen tarifeye dayanılarak alınan bir ücret olduğu anlaşılmıştır*” şeklinde bir gerekçe ortaya koymuştur.<sup>168</sup>

## SONUÇ

Uyuşmazlık Mahkemesi gerek görev uyuşmazlığı sonucu önüne gelen davaların makul sürede yargılanması için görevli mahkemeyi tespit ederek gerekse bireylerin hak arama özgürlerini sağlıklı bir şekilde kullanabilmeleri için hukuki öngörülebilirlik oluşturarak “*yargı ayrılığı*” sistemini tercih eden ülkeler açısından oldukça önemli bir işlev görmektedir. Bunun yanı sıra Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin denetime tabi tutulması anlamına gelen ve gerekliliği üzerinde halen tartışmalar olsa da günümüzde vazgeçilmez nitelikte olan idari yargının görev alanının belirlenmesi noktasında da kilit rol oynamaktadır. Nitekim Mahkeme’nin yüklendiği görev sadece basit bir sistem sonucu olmanın ötesinde, hukuk devletinin de bir gereğidir.

Bu bakımdan adli yargı teşkilatının yanı sıra idari yargı teşkilatının da örgütlendiği sistemlerde Uyuşmazlık Mahkemesi’nin önüne gelen uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninin kapsamında kalacağına ilişkin belirli ölçütler oluşturması kaçınılmazdır. Türk hukukunda da Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin görev alanının sınırlarını belirlerken birtakım ölçütlerden yararlanmakta, ancak somut olay açısından uyuşmazlığı ayrıca incelediği için her olaya uygulanabilecek genel geçer bir ölçüt benimseyememektedir. Bunun nedeni, bazı uyuşmazlıkların niteliği gereği tek bir ölçüt kullanılarak karar verilmesinin zor

<sup>168</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, Esas No: 2014/1153, Karar No: 2014/1192, Karar Tarihi: 29.12.2014.



olması veya Mahkeme'nin usul ekonomisi kaygısıyla bazı ölçütleri uygulamaktan kaçınmasıdır. Keza Mahkeme yukarıda da ele alındığı üzere benzer nitelikteki uyuşmazlıklara ilişkin olarak farklı sonuçlara da ulaşabilmektedir. Tüm bunlar idari yargının görev alanına ilişkin Mahkeme'nin verdiği kararların belirli ölçütler altında tasnif edilmesini ve benzer davalar açısından müstakar içtihat oluşturmasını kimi zaman güç hale getirmektedir.

Ayrıca öğretide anlamının belirsiz olduğu, idarenin gelişen ve değişen yapısına uyum sağlayamadığı gerekçeleriyle eleştirilen kamu hizmeti ve kamu gücü ölçütlerinin uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde görüleceği noktasında Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından hâlen kullanılması da beraberinde birtakım problemleri getirmekte, idari yargının görev alanını belirleme noktasında ölçütlerin sebep olduğu eksikliği kanun koyucu tamamlamaya çalışmaktadır. Bu hususta idari yargının görev alanına ilişkin yasama organının yaptığı müdahaleler, her ne kadar uygulamada görev konusuna ilişkin içtihat birliğini oluşturma amacıyla dahi yapılsa, kanun maddelerinin netlikten uzak ve yoruma muhtaç yapıları hem mahkemelerin hem de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin iş yükünün artmasına neden olmaktadır. Söz gelimi, kanun koyucunun 2918 sayılı Kanun'un 110. maddesinde gerçekleştirdiği değişiklik sonucu karayollarında meydana gelen kazalardan ve söz konusu kanundan doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği düzenlemesi, ilk derece mahkemeleri arasında olumsuz veya olumlu görev uyuşmazlığı çıkmasına engel olamamaktadır. Kaldı ki, yasama tasarrufu ile bazı sorunlu alanların adli yargının görevi kapsamına sokulması da, beraberinde bu alanda uzmanlaşmış ve kendine özgü usulleri olan idari yargı güvencesinin bireylerden esirgenmesi, daha da vahim olarak idarenin uzman denetimi dışına çıkarılması anlamına gelebilecektir. İdari yargının görev alanının yasama tasarrufları ile gittikçe daralması, *-Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de kimi konularda ilgili mevzuat hükümlerini eleştiriye açık biçimde geniş yorumlaması-* idari denetimin zayıflaması sonucuna yol açabilmektedir.

Bu bağlamda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir yandan idari yargının görev alanının belirlenmesine ilişkin olarak yeni birtakım ölçütler belirlemesi, diğer yandan ise var olan ancak belirsiz ve yetersiz olduğu ifade edilen ölçütleri yeniden yorumlayıp geliştirmesi belirtilen sorunların ortadan kalkması açısından gerekli ve faydalı olacaktır.

### Kaynakça

- Acar Niyazi, "Uyuşmazlık Mahkemesinin Kararlarına Göre İdari Yargının Görev Alanı", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000.
- Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- Aktaş Gülsüm, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir Mi?)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 5, 2015.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Çağlayan Tarık, "İdari Yargının Görev Alanı", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2008.
- Çeken Mesut, "İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesi Sorunu", İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011.
- Darendeli Vahap, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Dupuis Georges/Guedon Marie-José/Chretien Patrice, Droit Administratif, 10. Bası, Dalloz, Paris, 2007.
- Gaudemet Yves, Droit Administratif, 19. Bası, éd. Lextenso, 2010.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku (C. 1), 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- Gözler Kemal/ Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m. 3 ve TBK, m. 55/2 Hakkında Eleştiriler)", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 6, S. 63, 2011.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Gözübüyük Şeref, Yönetmelik Yargı, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Gülan Aydın, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LVI, Sayı: 1-4, 1998.
- Günday Metin, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 14, 1997.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı (aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.
- Karahanogulları Onur, Kamu Hizmeti, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Karaman Ebru, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2008.

- Kaya Cemil, "Rücuen Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, S. 1, 2012.
- Kuru Baki, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmiş Olması Vesilesiyle İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Bir Kanun Hükmüyle Adli Yargının Görevine Dahil Edilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan), 2014.
- Moderne Franc, "İdari Yargının Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine", (Çeviren: Ramazan Çağlayan), *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII S. 1-2, 2004.
- Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1968.
- Orak Çağatay Cem, "Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?", *TBB Dergisi*, Sayı 68, 2007.
- Özay İl Han, "Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: 'Çok Yaşa' ya da 'A Tes Amour'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LVI, Sayı: 1-4, 1998.
- Özelçi Aytaç, "Güncel Yargı Kararları Işığında, Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. Maddesinin Uygulanmasına Yönelik Değerlendirme", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınları, C. 9, S. 100, Ankara, 2014.
- Özelçi Aytaç, *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Özkol Adil, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı*, Ankara, 1970.
- Sancakdar Oğuz, *İdari Yargılama Hukuku*, Göktuğ Ofset Matbaacılık, Ankara, 2018.
- Sancakdar Oğuz/Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Önüt Lale Burcu/Seyhan Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Seyhan Serkan, "Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Tan Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8. Cilt, 1991.
- Tan Turgut, *İdare Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Yayla Yıldızhan, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, 1970.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Karan Nur/Özdemir Eyüp/Üstün Gül/Tekinsoy Okay, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha yayınları İstanbul, 2011.
- Zabunoğlu Yahya Kazım, *İdare Hukuku (Cilt 2)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

### İnternet Kaynakları

[http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari\\*](http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari*)

[http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/\\*](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/*)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf>

(\*Çalışmada kullanılan tüm Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yukarıda yer verilen -kamuunun erişimine açık olan- internet sitelerinden ulaşıldığından dipnotlarda her bir karar açısından ayrıca erişim kaynağı gösterilmemiştir.)

# İFLÂSTA SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASI (İFLÂSTA KAYIT KABUL DAVASI) OBJECT TO THE TABLE FOR RANKING OF CREDITORS CASE IN BANKRUPTCY (REGISTRATION ACCEPTANCE CASE IN BANKRUPTCY)

Orhan EROĞLU\*

**Özet:** Alacaklıların adi tasfiye usulünde ilândan itibaren bir ay içinde iflâs idaresine, basit tasfiye usulünde ise iflâs müdürlüğüne, iflâs müdürlüğünün tayin edeceği süreçte alacaklarını bildirmesi gerekmektedir. İflâs idaresi tüm alacak kayıtlarını aldıktan sonra İİK m. 206 ve 207'ye göre bir sıra cetveli düzenler. Çalışmamızın konusunu teşkil eden kayıt kabul davası da niteliği itibari ile sıra cetveline itiraz mahiyetinde icra ve iflâs hukuku prosedürü içerisinde açılmış bir maddî hukuk davasıdır. Bu dava, iflâs alacaklıları tarafından iflâs açıldıktan sonraki aşamada, alacağın ispat edilmesi ve iflâs masasına kaydedilmesi için iflâs idaresine karşı açılmaktadır. Kayıt kabul davasında talep, alacağın sıra cetveline kayıt ve kabul edilmesi şeklindedir. Kayıt kabul davasının kabul edilmesi hâlinde de alacak sıra cetveline kaydedilir ve iflâs idaresi sıra cetvelini yeniden düzenler.

Farklı özelliklere sahip kayıt kabul davalarının hukukî niteliği yönünden tartışmalar bulunmaktadır. Bunlar; açılma süresinde, yargılama usulü ve ispat hususundadır. Uygulamada karşılaşılan sorunlar ve kayıt kabul davalarının sıra cetveline itiraz, şikâyet ve itirazın iptali davaları ile karıştırılması, bu çalışmanın meydana getirilmesinde büyük rol oynamıştır. Kayıt kabul davalarının anlaşılabilirliği için iflâs prosedürüne de vâkıf olunması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda iflâsa, alacaklıların alacaklarını bildirmelerine genel olarak yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İflâs, Alacakların Bildirilmesi, Sıra Cetveli, Kayıt Kabul Davası, İflâs İdaresi, İflâs Masası

**Abstract:** Creditors, in ordinary liquidation, must notify their receivables to bankruptcy administration within one month following the announcement and in simple liquidation to the bankruptcy office within the period to be set by the bankruptcy office. Bankruptcy administration, after having received all the receivable claims, prepares a table for ranking of creditors in accordance with Article 206

\* Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, orhaneroglu@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-8279-9383, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.02.2019  
Kabul Tarihi: 08.02.2019

and 207 of Execution and Bankruptcy Code (“EBC”). Registration acceptance cases which are the subject matter of this paper, are qualified as cases of material law and are cases that can be filed to object to the table for ranking of creditors within the execution and bankruptcy law procedures. These cases are filed against bankruptcy administration by the creditors of the bankruptcy to prove the receivable and to have the receivable registered in the table within the period following the filing for bankruptcy. The claim in a registration acceptance case is to have the receivable accepted and registered in the table for ranking of creditors. If the registration acceptance case is accepted, bankruptcy administration re-prepares the table for ranking of creditors and the receivable is registered therein.

There are discussions as to the legal qualification of the registration acceptance cases, cases which can have different features. These discussions relate to trial proceedings and evidential issues in the proceedings while filing the case. The problems encountered in practice and the confusion between the registration acceptance cases and the objection to the table for ranking of creditors cases, complaints, appeal of the objection cases has played a big role for producing this paper. In order to understand registration acceptance cases, it is required to have a better understanding and master the bankruptcy procedures as well. Therefore, in our paper, we have also, in general, referred to issues relating to bankruptcy and notification of the receivables by their creditors.

There are discussions as to the legal qualification of the registration acceptance cases, cases which can have different features. These discussions relate to trial proceedings and evidential issues in the proceedings while filing the case. The problems encountered in practice and the confusion between the registration acceptance cases and the objection to the table for ranking of creditors cases, complaints, appeal of the objection cases has played a big role for producing this paper. In order to understand registration acceptance cases, it is required to have a better understanding and master the bankruptcy procedures as well. Therefore, in our paper, we have also, in general, referred to issues relating to bankruptcy and notification of the receivables by their creditors.

**Keywords:** Bankruptcy, Notification of Receivables, Table for Ranking of Creditors, Registration Acceptance Case, Bankruptcy Administration, Bankruptcy Estate

## GİRİŞ

İflâs; ticaret mahkemesi tarafından iflâsına karar verilen bir borçlunun, haczi caiz tüm mal varlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedelden bilinen tüm alacaklıların alacaklarına kavuşmasını sağlayan bir cebri icra kurumudur. İflâsta alacaklılar, borçlunun tüm mal varlığının paraya çevrilmesi sureti ile alacaklarına kavuşmaktadır. Alacaklıların iflâs sürecine dâhil olabilmesi için alacaklarını bildirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda alacaklıların alacak-

larını 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu<sup>1</sup> m. 219/2 uyarınca adi tasfiye usulünde bir ay içerisinde iflâs idaresine, basit tasfiye usulünde ise İİK m. 218 uyarınca iflâs müdürlüğünün yirmi günden az ve iki aydan fazla olmamak üzere tayin edeceği günde, alacağını ispat eder mahiyetteki delilleri ile birlikte bildirmeleri gerekir. Alacaklıların alacağını iflâs masasına kaydettirmesinde sıklıkla başvurdukları bir yol vardır ki bu da uygulamadaki adıyla kayıt kabul davalarıdır.

Alacaklının alacağını ispat etmek ve iflâs masasına kaydettirmek amacıyla iflâs açıldıktan sonraki dönemde açtığı dava kayıt kabul davasıdır. Kayıt kabul davaları her ne kadar maddî hukuka özgü bir dava ise de takip hukuku prosedürü içerisinde açılmaktadır. Bu dava, alacağı iflâs idaresi tarafından reddedilmiş alacaklının alacağını ispat edip masaya yazdırması amacıyla açılmaktadır. Birçok özellikli durumu bünyesinde barındıran bu davaların iyi bilinmesi ve doğru uygulanması, usul ekonomisi ve iflâs prosedürünün hızla sonlandırılması açısından önemli ve gereklidir. Aksi takdirde hak kayıpları yaşanabilir. Kayıt kabul davasının derinlemesine incelenmesindeki önem, bu çalışmanın meydana getirilmesinde esas sebep olmuştur.

## I. GENEL OLARAK İFLÂS

Borçluların borcunu kendi iradesi ile ifa etmemesi hâlinde borçların veya hakların kamu gücü yardımıyla ifa edilmesine *cebri icra* denir.<sup>2</sup> Cebri icra kendi içerisinde cüz'i ve külli icra olmak üzere ikiye ayrılır. Külli icrada diğer bir adıyla iflâsta borçlunun karşısında tüm alacaklıları bulunmaktadır. Külli icrada borçlunun tüm mal varlığı pa-

<sup>1</sup> RG, T: 19.06.1932, S: 2128.

<sup>2</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin-Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 49; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, (Kuru, El Kitabı), s. 1081; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 27. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 29; Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz, Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 42; Baki Kuru, İstinaf Sitemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2016, (Kuru, İstinaf), s. 488; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin-Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı), s. 43; Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 1.



raya çevrilerek alacaklıların alacakları ödenir.<sup>3</sup> İflâs yoluna ancak tacir olan kişiler, tacir olmadıkları halde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>4</sup> hükümleri gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tâbi olan kişiler ve özel kanunlarda yer alan düzenlemeler gereğince<sup>5</sup> iflâsa tâbi olan kişiler aleyhinde başvurulabilir.<sup>6</sup> İflâs yolunda borçlunun tüm alacaklıları arasında bir eşitlik<sup>7</sup> söz konusudur. İflâsta borçlunun mal varlığı alacaklıların seçtiği iflâs idaresi tarafından paraya çevrilmekte ve alacaklılar bu şekilde alacağına kavuşmaktadır.<sup>8</sup>

Doktrinde iflâsın birçok tanımı yapılmıştır. Doktrinde yer alan görüşlerden de yola çıkarak bir tanım yapmak gerekirse iflâs; ticaret

<sup>3</sup> Saim Üstündağ, İflâs Hukuku, 5. Bası, Avciol Yayınevi, İstanbul 1998, s. 1; Mahmut Bilgen, İflâs, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato ve Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 3; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 32; Karlı, s. 18; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 59; Kuru, El Kitabı, s. 1081; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 433; Kuru, İstinaf, s. 488, 499; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 51; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 345.

<sup>4</sup> RG, T: 14.02.2011, S: 27846.

<sup>5</sup> 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (RG, T: 30.12.2012, S: 28513); 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (RG, T: 01.11.2005, S: 25983-Mükerrer).

<sup>6</sup> Y.H.G.K., 29.11.2017, E. 2017/19-1658, K. 2017/1464; "Ticaret hayatının temel süjesi olan "tacir" de yine işletme kavramı bağlamında tanımlanmış ve "bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi"ye tacir deneceği TTK'nın 12/1. maddesinde belirtilmiştir. Türk Ticaret Kanunu tacir kavramını gerçek kişiler ve tüzel kişilerden ayrı ayrı ele almış, gerçek kişilerde tacir sıfatının kazanılması bir ticari işletmenin mevcut olması, bir ticari işletmenin işletilmesi ve ticari işletmenin kısmen de olsa o kişi adına işletilmesi unsurlarına bağlanmıştır. Tüzel kişi tacir kavramının kapsamı ise TTK'nın 16/1. maddesinde düzenlenmiştir. Tacir sıfatının ticari işletmeye bağlı olduğu düşünüldüğünde, adlarına ticari işletme işletilen tüzel kişilerin kural olarak tacir sayılacağı açıktır. Tacir sıfatına bağlanan hüküm ve sonuçları ise; iflâsa tabi olmak, [...] (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 03.11.2018).

<sup>7</sup> Eşitlik ise İİK m. 206'da düzenlenen aynı sıradakiler açısından geçerlidir. Bu eşitlik ilkesi, İİK m. 206'daki sıralar arasında farkın bulunması sebebiyle zedelenmez; Kuru, El Kitabı, s. 1082; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 450; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 434; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, (Yılmaz, Şerh), s. 1025; Kuru, İstinaf, s. 488, 499; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 345; Y.19.HD., 19.12.1996, E. 1996/8116, K. 1996/11491; "Banka ile müşteri arasında yapılacak anlaşma iç ilişki bakımından tarafları bağlarsa da iflâs, müfliste alacağı bulunan tüm alacaklıları ilgilendiren kolektif bir tasfiye şekli olduğundan uygulanacak döviz kuru konusunda iflâs hukukunun alacaklılar arasında eşitliği öngören ilkesinin göz önünde tutulması gerekir". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 03.11.2018).

<sup>8</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1083; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 450; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 433; Yılmaz, Şerh, s. 40, 41; Kuru, İstinaf, s. 490; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 402; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 345.

mahkemesi tarafından iflâsına karar verilen bir borçlunun, haczi caiz tüm mal varlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen bedelden bilinen tüm alacaklıların alacaklarına kavuşmasını sağlayan bir cebri icra kurumudur.<sup>9</sup> İflâs kelime anlamı ile tüccarın top atması; mal ve parayı bitirmesi, tüketmesi;<sup>10</sup> tüccarın borcunu ödeyemeyecek bir hâle gelmesidir.<sup>11</sup> Kanunda yer alan düzenlemeler genel anlamda incelendiğinde iflâs sebebinin, borçlunun borcunu ödemesi olduğunu görmekteyiz.<sup>12</sup> Sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından bir başka iflâs sebebi daha getirilmiştir ki bu da sermayenin borca batık olması hâlidir (TTK m. 376/3, İİK m. 179). Bu kapsamda sermaye şirketlerinin ya da kooperatiflerin sermayesi borca batık ise borcunu ödemiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında iflâs kararı<sup>13</sup> verilebilir.<sup>14</sup> Borçlu, alacaklının bir dahli olmadan, ticaret mahkemesinden kendi iflâsına karar verilmesini de isteyebilir (İİK m. 178).

<sup>9</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1083; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 451; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 433; Kuru, İstinaf, s. 490; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 402. Doktrinde iflâsın hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler mevcuttur; "Ortaya konulan bu farklı görüşleri başlıklar altında toplamak gerekirse; iflâsın, alacaklılara masa malları üzerinde hak kazandırdığını ileri süren (maddî hukuk çıkış noktası olarak gören) görüş, kamu hukuku kurallarını çıkış noktası olarak gösteren görüş ve bu iki görüşü bir arada değerlendiren görüş yani karma görüş olarak belirtilebilir". (S. Serhat Kırtıloğlu, İflâs Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 15).

<sup>10</sup> Kırtıloğlu, s. 5.

<sup>11</sup> Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 3. Bası, Ankara 1948, s. 198; Baki Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, (Kuru, İflâs), s. 5; Mete Günel, İflâs Davaları ve İflâsın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 3; Talih Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C: 8, İzmir 2009, (Uyar, Şerh), s. 12673; Bilgen, s. 3; Kuru, El Kitabı, s. 1084; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 599; Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2010, s. 474; Karlı, s. 459; Kuru, İstinaf, s. 491; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 401; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 345.

<sup>12</sup> Doktrinde maddî ve şekli iflâs sebebi olarak yapılan ikili ayırım hakkında detaylı bilgi için bkz. Kırtıloğlu, s. 9.

<sup>13</sup> Mevcudu borçlarını ödemeye yetmeyen terekenin tasfiyesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 636 uyarınca iflâs hükümlerine göre yapılır. Terekenin tasfiyesini sulh hukuk mahkemesi yapar. Tasfiyenin yapılabilmesi için bir iflâs kararına ihtiyaç yoktur. Burada sadece tasfiye işlemi İİK'daki iflâs hükümlerine göre yürütülmektedir; Uyar, Şerh, C:8, s. 12674; Cumhuriyet Rüzgaresen, İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 26, 27; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 642; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 506, 507; Kuru, El Kitabı, s. 1084; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 471; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 438.

<sup>14</sup> Söz konusu hükmün uygulanmasıyla ilgili olarak "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" yayımlanmıştır. (Kurum: Ticaret Bakanlığı, RG, T: 15.09.2018, S: 30536).

İflâsta resmî sıfatı olan ve olmayan organlar mevcuttur. Resmî sıfatı olan organlar kamu adına iflâs işlemlerini yürütmektedir.<sup>15</sup> İflâs masasının yönetimi ve tasfiyesi için gerekli olan kararları almak amacıyla iflâs alacaklılarının yapmış olduğu toplantı birinci alacaklılar toplantısıdır (İİK m. 221). İflâs bürosu<sup>16</sup> ise iflâs müdürü tarafından oluşturulmaktadır (İİK m. 221/1). Birinci alacaklılar toplantısının en önemli görevi iflâs idaresini seçmektir (İİK m. 223/1).<sup>17</sup> İflâs idaresi, masanın kanunî temsilcisidir.<sup>18</sup> İflâs idaresinin esas görevi ise iflâs ma-

<sup>15</sup> Özellikle takipli iflâs yolunda iflâs işlemlerinin başladığı yer icra müdürlükleridir. İcra mahkemeleri, icra müdürlüklerinin işlemlerini incelemesi açısından iflâsın resmî organlarından biridir. Ticaret mahkemesi iflâsın açılmasına karar verdikten sonra, iflâs kararını iflâs müdürlüğüne bildirir. İflâs dairesi bu bildirim üzerine gerekli ilân ve ilgili yerlere bildirimleri yapar. Ayrıca müflisin mallarının defterini tutar. Muhafaza tedbirlerini alır. Adi iflâs yolunda alacaklıları toplantıya çağırır ve seçilen iflâs idaresinin işlemlerini denetler. Basit tasfiye usulünde ise iflâs masasını idare eder ve tasfiye işlemlerini yapar.

<sup>16</sup> İflâs bürosu, alacağını resmî senetle ispat eden bir ya da iki alacaklıdan meydana getirilir. İflâs bürosu, birinci alacaklılar toplantısına katılacak olan kişileri belirler. Toplantıda kullanılan oyları sayar. Kullanılan oyların geçerli olup olmadığını tespit eder; Üstündağ, s. 109; Seyithan Deliduman, İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 58; Güray Erdönmez, İflâsta Alacaklılar Toplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 133; Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Değnekli/Ayhan Doğan, İİK Şerhi, C:4, Ankara 2007, s. 5046; Uyar, Şerh, C:10, s. 16238; Bilgen, s. 601; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 561; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 607; Şükran Ekecik/Osman Duran, “İflâs Bürosu (İİK m. 221/1 ve 221/4)”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı, Y: 2014, (s.2571-2630), s. 2579; Yılmaz, Şerh, s. 1040, 1041; Kuru, İstinaf, s. 612; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 410; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 459.

<sup>17</sup> Her alacaklı, iflâs bürosunun toplantı öncesinde aldığı kararlar ile birinci alacaklılar toplantısında alınan kararlara karşı şikâyet yoluna gitme hak ve yetkisine sahiptir. Şikâyet süresi yedi gündür. Şikâyet icra mahkemesine yapılmaktadır; Üstündağ, s. 109, 110; Oskay/Koçak/Değnekli/Doğan, C:4, s. 5046; Uyar, Şerh, C:10, s. 16238; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 729; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 561; Kuru, El Kitabı, s. 1298, 1299; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.497, 498; Yılmaz, Şerh, s. 1041, 1042; Kuru, İstinaf, s. 613; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 506.

<sup>18</sup> Barış Bahçeci, “İflâs İdaresinin Kamu Alacağının İflâs Masasına Kaydını Reddetmesi Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4) 2015, (s.975-1014), s. 982; Y.22.HD., 13.09.2018, E. 2018/11490, K. 2018/18880; “2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun 191. maddesi gereğince iflâsın açılması ile müflisin iflâs masasına giren hak ve malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlandığından masa ile ilgili davalar hakkındaki dava takip yetkisi artık müflise değil iflâs idaresine aittir. Nitekim 2004 sayılı Kanun’un 194. maddesinde de iflâstan önce açılmış olup da devam eden müflisin gerek davacı, gerek davalı olarak taraf bulunduğu hukuk davalarının iflâsın açılması ile (acele haller hariç) duracağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, hakkında iflâs kararı verilen şirket davada taraf olma ehliyetini

masasının<sup>19</sup> aktifini muhafaza etmek, artırma ve paraya çevirme yoluyla masanın pasifini tespit etmektir.<sup>20</sup>

İflâs idaresi bildirilen alacakları inceledikten sonra düzenlediği sıra cetvelini iflâs müdürlüğüne verir ve sıra cetvelini ilân ederken, aynı zamanda ikinci alacaklılar toplantısının yapılacağı gün, yer ve saati de ilân ederek alacaklıları ikinci alacaklılar toplantısına çağırır (İİK m. 234, 257). İkinci alacaklılar toplantısına, tıpkı birinci alacaklılar toplantısında olduğu gibi iflâs müdürü başkanlık eder (İİK m. 237/4, c. 1).<sup>21</sup> Alacaklılar ikinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresinin tasfiyenin sonuna kadar görevine devam edip etmeyeceğine karar verir. Bundan başka ikinci alacaklılar toplantısında iflâs masasının menfaati için gerekli görülen tüm kararlar alınır (İİK m. 238/2).<sup>22</sup> İkinci alacaklılar toplantısında alınabilecek kararların neler olacağı kanunda tahdidi olarak sayılmamış olup, alınabilecek kararlar bazı maddelerde belirtilmiştir.<sup>23</sup> Ayrıca kararlar kanunda sayılanlarla da sınırlı değildir. Kararlar durum ve şartlara göre de çeşitlendirilebilir.

---

yitireceğinden yerine iflâs masasının geçmesi gerekir. 2004 sayılı Kanun'un 226. maddesi uyarınca iflâs masasının kanuni temsilcisi iflâs idaresidir." (www.sinerjimevzuat.com.tr- Erişim tarihi: 04.11.2018).

<sup>19</sup> İflâs masasının farklı anlamlarda kullanılması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Hülya Taş Korkmaz, İflâs Masası, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 28.

<sup>20</sup> Oskay/Koçak/Değnekli/Doğan, C:4, s. 5057, 5058; Uyar, Şerh, C:10, s. 16250, 16251; Bilgen, s. 602; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 608; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 565, 566; Kuru, El Kitabı, s. 1302; Karşlı, s. 460; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.499 vd.; Yılmaz, Şerh, s. 1040, 1041; Kuru, İstinaf, s. 614, 615; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 411; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 462.

<sup>21</sup> Üstündağ, s. 142, 143; Oskay/Koçak/Değnekli/Doğan, C: 4, s. 5163, 5164; Uyar, Şerh, C:10, s. 16728; Bilgen, s. 613; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 608; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 561, 562; Kuru, El Kitabı, s. 1346; Karşlı, s. 525; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 512; Yılmaz, Şerh, s. 1075; Kuru, İstinaf, s. 634; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 411; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 486.

<sup>22</sup> Üstündağ, s. 142, 143; Oskay/Koçak/Değnekli/Doğan, C:4, s. 5163, 5164; Uyar, Şerh, C:10, s. 16728; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 608, 609; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 582; Kuru, El Kitabı, s. 1348; Karşlı, s. 526; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 513; Yılmaz, Şerh, s. 1075, 1076; Kuru, İstinaf, s. 634, 635; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 411; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 486, 487.

<sup>23</sup> İkinci alacaklılar toplantısında alınabilecek kararların kanunda sayılanlarına örnek olarak; İİK m. 228, 194, 245, 241, 237/3, 226/2, 256 gösterilebilir.

## II. ALACAKLILARIN ALACAKLARINI BİLDİRMELERİ

### A. İFLÂS İDARESİNİN ALACAKLARI VE İSTİHKAK İDDİALARINI DEĞERLENDİRMESİ

Alacaklı, süresi içerisinde bildirmemiş olsa da iflâsın kapanmasına kadar alacağını iflâs idaresine bildirebilir (İİK m. 236/1). Yargıtay, bir alacaklının iflâs açıldıktan sonra alacağını tespit ettirmek için iflâs idaresine başvurmadan da kayıt kabul davası açabileceği görüşündedir.<sup>24</sup> İflâs idaresi İİK m. 219/2’de bildirilen süre geçtikten sonra mümkün olması hâlinde müflisi de hazır ederek ve bildirilen alacaklar hakkında müflisin de görüşünü alarak alacak beyanları hakkında alacağın kabulü veya reddi şeklinde bir karar verir (İİK m. 230).<sup>25</sup>

İflâs idaresi masa mevcudunu tespit ederken, mülkiyet hakkı üçüncü kişiye ait olduğu iddia edilen veya mülkiyet hakkı müflise ait olduğu iddia edilmesine rağmen üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan malı da defterine yazar.<sup>26</sup> Üçüncü kişilerin istihkak iddiaları hakkında

<sup>24</sup> Y.19.HD., 09.03.2011, E. 2011/666, K. 2011/3028; “İcra ve İflâs Kanunu’nun 236. maddesi uyarınca iflâsın kapatılmasına kadar masaya alacak yazdırmak mümkündür. Öte yandan masaya kayıt davası açılması için iflâs idaresine başvuru yapılması da bir ön şart değildir. Davacının masaya başvurusu olmadığına göre doğrudan dava açmasında hukuka aykırı bir yön olmadığı gibi, bu davanın süresinde olmadığı yönündeki gerekçede de isabet yoktur. Davacının alacaklı olduğu takip dosyasından konulan hacizler, İcra ve İflâs Kanunu’nun 231. maddesine göre tapu siciline yazılı alacak kapsamında sayılmasa da, davacının davalı aleyhine bir alacak iddiası bulunduğu mahkemece alacağın mevcudiyeti üzerinde durulmak ve davacı yanca alacağın usulüne uygun delillerle ispatlanması hâlinde masaya kayıt kararı vermek gerekirken eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir”. (www.kazancı.com.tr-Erişim tarihi: 05.11.2018).

<sup>25</sup> Alacağın bir kamu alacağı olması hâlinde iflâs idaresinin kayıt talebini reddedemeyeceği ile ilgili olarak Bahçeci; “İflâs idaresinin kamu alacağına ilişkin kayıt talebini herhangi bir istisna olmaksızın reddedemeyeceği sonucuna ulaşıyoruz. Zira kamu alacağı, kamu gücünün kullanımı ile yapılan bir idari işleme dayanmakta, bu alacağın sıra cetveline kaydedilmesi için bildirildiği iflâs idaresi ise, bir kamu hukuku kişisi sıfatını taşımamaktadır. Bunun doğal sonucu, iflâs idaresinin alacak kayıt bildirimine karşı kullanabileceği bir yetkisinin olmadığı, ancak dava hakkının bulunduğudur” şeklinde neticeye ulaşmıştır. (Bahçeci, s. 1009).

<sup>26</sup> Postacıoğlu, s. 56, 57; Üstündağ, s. 122; Ali Güneren, İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 1349; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010, s. 1332; Günel, s. 359; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 732, 733; Bilgen, s. 611; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 570; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 510; Karlı, s. 520; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 473; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 506, 507.

İflâs idaresi karar verir (İİK m. 228/1). İflâs idaresi tarafından istihkak iddiasının reddedilmesi hâlinde iflâs idaresi, icra mahkemesinde istihkak davası açması için üçüncü kişiye yedi günlük<sup>27</sup> süre verir (İİK m. 228/2, c. 1).<sup>28</sup> İstihkak iddiası ile ilgili olarak dava açmadan, doğrudan iflâs idaresine başvuran üçüncü kişi, istihkak iddiası üzerine verilen karara karşı süresi içerisinde dava açmadığı takdirde masaya karşı istihkak iddiasından vazgeçmiş kabul edilir (İİK m. 228/2, c. 2).<sup>29</sup>

Davayı üçüncü kişi kazanırsa, malın mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olduğu ortaya çıktığından dolayı iflâs idaresi malı masadan çıkarak üçüncü kişiye teslim eder.<sup>30</sup> Üçüncü kişi açtığı davayı kaybederse, mal iflâs idaresi tarafından paraya çevrilir.<sup>31</sup> Üçüncü kişinin masaya dâhil olan taşınır bir mal üzerinde rehin hakkı olduğunu iddia etmesi hâlinde ise üçüncü kişi bu malı almak için istihkak davası açamaz. Üçüncü kişi bu iddiasını sıra cetveline itiraz yoluyla ispat edebilir.<sup>32</sup> İstihkak iddiasına konu mal, müflise ait olduğu iddia edilmesine rağmen üçüncü kişinin uhdesinde ise müflisin mallarının yazıldığı deftere müflisin malı gibi aynı şekilde yazılır. Ancak, iflâs idaresi bu malı üçüncü kişinin elinden alamaz. Çünkü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>33</sup> m. 992 uyarınca mülkiyet karinesi üçüncü kişi lehinedir. İİK m.

<sup>27</sup> İflâs idaresinin istihkak iddiası üzerine vereceği kararın geçerliliği; iflâs idaresinin bu kararını ikinci alacaklılar toplantısında açıklamasına ve bu kararın alacaklılar tarafından uygun bulunmasına bağlıdır. Bu kapsamda üçüncü kişiye yedi günlük süre de ikinci alacaklılar toplantısından sonra verilir. Yedi günlük süre, ikinci alacaklılar toplantısında alınan kararın üçüncü kişiye tebliğ edilmesi ile başlar.

<sup>28</sup> İlhan E. Postacıoğlu, "TCK Muvacehesinde İflâs İdare Memurları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: 38, S:1-4, Y: 1973, (s.207-220), (Postacıoğlu, İflâs İdare Memurları), s. 212, 213; Y.15.HD., 27.09.1990, E. 1990/1730, K. 1990/3630; "Taraflar arasındaki uyumsuzluk iflâsta istihkak davasına ilişiktir. Bu kabil davalar İİK'nın 228. maddesine göre yürütülmesi gerekir. Dava iflâs idaresinin tanıdığı 7 günlük süre içinde açılmıştır. Mahkemenin uyguladığı İİK'nın 229. maddesi iflâsın açılması ile ilgilidir. Ve davacı iflâs idaresinden alacak talep etmemektedir. Bu nedenle 1 aylık sukutu hak süresi burada uygulanamaz". (www.kazanci.com.tr-Erişim tarihi: 05.11.2018).

<sup>29</sup> Postacıoğlu, s. 70, 71; L. Şanal Görgün, İflâsta İstihkak Davası, A.Ü. Ticari İlimler Akademisi, Ankara 1977, s. 82, 83; Üstündağ, s. 123; Güneren, s. 1355; Muşul, s. 1333; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 733; Bilgen, s. 611; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 569; Kuru, El Kitabı, s. 1310; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 509; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 474.

<sup>30</sup> Görgün, s. 126.

<sup>31</sup> Görgün, s. 129.

<sup>32</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 734; Kuru, El Kitabı, s. 1311; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 510; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 473.

<sup>33</sup> RG, T: 08.12.2001, S: 24607.



228’de düzenlenen iflâstaki istihkak hükümleri burada uygulanmaz. İflâs idaresinin böyle bir durumda üçüncü kişi aleyhine genel mahkemede, genel hükümlere göre istihkak davası açması gerekir.<sup>34</sup> Açılacak olan istihkak davası, İİK m. 228/2’ de belirtilen süreye tâbi değildir.

## B. İFLÂS İDARESİNİN SIRA CETVELİ DÜZENLEMESİ VE İLGİLİLERE BİLDİRMESİ

İflâs idaresi bütün alacak bildirimlerini aldıktan ve müflisin kayıt ve defterlerini inceledikten sonra sıra cetvelini İİK m. 206 ve 207’ ye göre hazırlar (İİK m. 232, c. 1). İflâs idaresi sıra cetvelini hazırlarken; masaya alacak olarak kayıt ettirilen, müflisin kayıt ve defterlerinde bulunan, tapu sicilinde yazılı olan ve istihkak iddiası olan tüm hak ve alacakları dikkate alır. Alacakları miktar ve sıralarıyla sıra cetvelinde gösterir. Ayrıca rehin, intifa ve irtifak gibi mülkiyet dışındaki istihkak iddialarına ve iflâs idaresine bildirilip kabul edilmeyen alacaklara da sıra cetvelinde yer verir (İİK m. 233).<sup>35</sup> Eğer, müflis kefil konumunda ise alacaklı ancak kefalet miktarıyla sınırlı olarak alacağını kayıt ettirebilir.<sup>36</sup>

İflâs idaresi süresi içerisinde düzenlediği sıra cetvelini iflâs müdürlüğüne teslim eder. İflâs idaresi ayrıca sıra cetvelini iflâs müdürlüğüne teslim ettiğini ve alacaklılar tarafından incelenebileceğini alacaklılara bir ilân ile de duyurur (İİK m. 234). Sıra cetvelini alacaklılara ayrıca yazılı olarak bildirmez. Alacaklılar sıra cetvelinden ilânla haberdar olur ve iflâs müdürlüğü kanalıyla bilgi sahibi olur. Bu aşamadan sonra alacaklılar sıra cetveline itiraz ve şikâyet yollarına başvurabilir.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Postacıoğlu, s. 71, 72; Görgün, s. 84; Üstündağ, s. 128; Güneren, s. 1372; Muşul, s. 1333, 1334; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 734; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 570; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 510; Bilgen, s. 611; Kuru, El Kitabı, s. 1314, 1315; Karşlı, s. 519; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 473, 474.

<sup>35</sup> Üstündağ, s. 130; Postacıoğlu, İflâs İdare Memurları, s. 213; Muşul, s. 1342; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 736, 737; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 512; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 470; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 507, 508.

<sup>36</sup> Y.19.HD., 27.01.2000, E. 1999/7936, K. 2000/413 (www.kazanci.com.tr).

<sup>37</sup> Postacıoğlu, İflâs İdare Memurları, s. 213; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 705; Sıra cetveline itiraz ve şikâyet ile ilgili ayrıntılı bilgi açısından bkz.; Üstündağ, s. 137-141; Muşul, s. 1346-1355; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 737-739; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 577-579; Kuru, El Kitabı, 1328-1339; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 513-514; Karşlı, s. 518, 519; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 477-482; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 509.

İflâs müdürlüğü tarafından iflâsın adi tasfiye usulünde tasfiye edilmesine karar verildiğinde, alacaklılara bir ay içerisinde alacaklarını iflâs idaresine bildirmeleri hususu ilân edilir (İİK m. 219/2). Basit tasfiyede de iflâs müdürlüğü yirmi günden az ve iki aydan fazla olmamak üzere tayin edeceği günde alacaklarını bildirmeleri için alacaklıları ilânla davet eder (İİK m. 218/2). Yargıtay, bir alacak için dava açılmasında, öncelikle iflâs idaresine ya da iflâs müdürlüğüne bu alacağın bildirilmesini ve bu hususta bir karar verilmesini şart olarak görmemektedir.<sup>38</sup>

Müflisin davacı ve davalı olduğu hukuk davaları, iflâsın açılması ile durur (İİK m. 194). Bu durumun istisnaları da madde içerisinde düzenlenmiştir. İflâsta kayıt kabul davası ise sayılan istisnalardan biri değildir. Mahkemenin davanın açılması anında maddede bildirilen şekilde davayı ertelemesi söz konusu değildir. Mahkemenin öncelikle dilekçelerin değişimi aşamasını bitirmesi, akabinde ön inceleme duruşmasını yaparak tahkikata geçmesi gerekir. Yargılamayı yapan mahkemenin davayı İİK m. 194 uyarınca ertelemesi ancak tahkikatın ilk duruşmasında söz konusu olabilir. Çünkü mahkemenin özellikle kamu düzenine ilişkin olarak dava şartları ve ilk itirazları incelemesi ve bu hususta bir karar vermesi gerekir.<sup>39</sup> Mahkemenin ön incelemeyi mutlaka duruşmalı olarak yapması da şart değildir.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Y.19.HD., 09.03.2011, E. 2011/666, K. 2011/3028.

<sup>39</sup> Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, Usul), s. 359; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 333; L. Şanal Görgün, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, (Görgün, Usul), s. 223; Ender Dedeoğaç, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdikleri, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s. 156; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 195; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, (Karslı, Usul), s. 448; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 493; Ali Haydar Karahacıoğlu/Aynur Parlar, Davanın Açılması ve Aşamaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 142; Meral Sungurtekin-Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir 2013, s. 245; Okan Gündüz, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 168; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, (Umar, Şerh), s. 430; Sevda Bora, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön İnceleme Aşaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 8, S: 85, Eylül 2013, (s.62-69), s. 64, 65; Ali İhsan İpek, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Ön İncelemenin Kapsamı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:6, S:63, Kasım 2011, (s.64-69) s. 66.

<sup>40</sup> Muhammet Özkes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki

Genel olarak bir değerlendirme yapıldığında; her ne kadar zorunlu olmasa da alacaklının iflâs idaresine ya da iflâs müdürlüğüne başvurması kendisi açısından faydalıdır. Çünkü her hâlükârda alacaklının davasının görülebilmesi ve sonuçlandırılması ikinci alacaklılar toplantısının yapılmasına bağlıdır.<sup>41</sup> Alacaklı doğrudan doğruya açtığı kayıt kabul davası mahiyetindeki alacak davasında, yargılamayı yürüten ticaret mahkemesinden İİK m. 237 uyarınca yapılacak olan ikinci alacaklılar toplantısına katılıp katılmaması konusunda bir karar vermesini talep edebilir. Ayrıca alacaklı, ikinci alacaklılar toplantısına katılacaksa hangi miktarda alacak için katılacağı hususunda İİK m 297/

Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1313; Bilal Köseoğlu, Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 304; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2015, (Ulukapı, Usul), s. 288; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 357; Görgün, Usul, s. 224; Ömer Uğur Gençcan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 643, 657; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, (Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul), s. 341; De-dağaç, s. 156; Budak/Karaaslan, s. 196; Karslı, Usul, s. 453; Postacıoğlu/Altay, s. 495; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015, (Kuru, Usul), s. 285; Karahacıoğlu/Parlar, s. 138; Sungurtekin-Özkan, s. 246; Gündüz, s. 169; Umar, Şerh, s. 430; Bora, s. 65; İpek, s. 65; Orhan Rüzgâr, "Basit Yargılama Usulünde Delillerin Toplanması ve Ön İnceleme", İBD, C:87, S:2013/6, (s.128-136), s. 132; İbrahim Ermenek, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme", Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, 24-25 Mart 2011, Ankara 2011, (s.65-95), s. 88; Aytuğ Ceyhun Çakır, "Amerikan ve İngiliz Hukuklarında Yer Alan Benzer Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C:1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 644; Mehmet Üçer/Nedim Meriç, "Roma Hukukunda ve Medeni Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme", MİHDER, C:8, S:22, 2012/2, (s.3-66), s. 26, 27; Çelik Ahmet Çelik, "6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasa'sına Göre Ön İnceleme", Legal Hukuk Dergisi, C:10, S:111, Y:2012, (s.63-92), s. 71; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 334.

41 Aslında dava yoluna hiç gitmeden de alacağının kabul edilebileceği göz önünde bulundurulduğunda, alacaklı aceleci davranıp dava açarak ayrıca masraf ve emeğe de duçar olmuş olacaktır. Çünkü açılan davaların akıbetinin ne olacağı hususu ikinci alacaklılar toplantısında değerlendirilecektir. Böyle bir durumda iflâs idaresine ya da iflâs müdürlüğüne başvurmadan dava açan alacaklının açmış olduğu davadaki yargılama giderlerinin de üzerinde kalması söz konusu olacaktır. Çünkü alacaklının henüz gerekli prosedür tamamlanmadan dava açmasında herhangi bir engel yok ise de ikinci alacaklılar toplantısında alacaklının davasının veya alacağının kabulü hâlinde; iflâs idaresinin ya da iflâs müdürlüğüne davanın açılmasına sebebiyet vermemesinden dolayı müflisin aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ancak alacaklı zaten alacağının ihtilafı olduğunu ve iflâs idaresi ya da iflâs müdürü tarafından kabul edilmeyeceğini öngörebiliyorsa; davasını başvuru yapmadan açması, devam edecek davada ön inceleme aşamasının tamamlanması açısından kendisine avantaj sağlayacaktır. Davasını, alacağını bildirmeden açması hâlinde alacaklı aslında bir bakıma risk almaktadır.

son' un kıyasen uygulanması yoluyla ihtiyati tedbir kararı vermesini de mahkemeden talep edebilir.<sup>42</sup>

### III. İFLÂSTA SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASI İLE İLGİLİ TERMİNOLOJİ SORUNU, TANIM VE HUKUKÎ NİTELİK

Kayıt kabul davası hukukî nitelik olarak sıra cetveline itiraz niteliğinde, eda davası mahiyetinde bir alacak davasıdır.<sup>43</sup> Çünkü bu davada alacaklı, bildirmiş olduğu alacağın iflâs idaresi tarafından haksız olarak tamamen veya kısmen reddedildiğini iddia etmekte ve iflâs masasının haksız olarak reddedilen alacağı ödemeye mahkûm edilmesini talep etmektedir. Niteliği itibari ile sıra cetveline itiraz davası olan bu dava, uygulamada kayıt kabul davası olarak isimlendirilmektedir. Başka bir ifade ile iflâsta sıra cetveline itiraz davasının bir alacağın masaya kaydedilmesi için açılması hâlinde bu dava kayıt kabul davası olarak; bir alacağın masadan çıkarılması için açılması hâlinde ise kayıt terkin davası olarak nitelendirilmektedir. Doktrinde de sıra cetveline itiraz davası, kayıt kabul davası olarak nitelendirilmektedir.<sup>44</sup> Çalışmamızda da ayırt edici olması sebebi ile genel olarak bir alacağın masaya kaydedilmesi için açılan sıra cetveline itiraz davası, kayıt kabul davası olarak nitelendirilmiş ve bu yönde açıklama yapılmıştır.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre kayıt kabul davası, icra ve iflâs hukuku prosedürü içerisinde açılmış bir maddî hukuk davasıdır.<sup>45</sup> Diğer bir görüşe göre ise kayıt kabul davası, maddî hukuka yansıyan

<sup>42</sup> Uyar, Şerh, C:10, s. 16383; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 579; Kuru, El Kitabı, s. 1333; Muşul, s. 1353, 1354; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 510; Yılmaz, Şerh, s. 1069.

<sup>43</sup> Y.3.HD., 12.06.2015, E. 2015/2144, K. 2015/10955; "Uyuşmazlık, kayıt-kabul (sıra cetveline itiraz) davası niteliğindedir."; Y.23.HD., 11.05.2016, E. 2015/6568, K. 2016/3029; "Şikâyetçiler vekili iş mahkemesinde açmış olduğu davalara nedeniyle belirlenen işçi alacağının sıra cetveline yeni rakamlar ile kaydını talep etmektedir. Bu talep esas itibariyle kayıt kabul davası niteliğindedir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 05.11.2018).

<sup>44</sup> Kuru, iflâs masasına karşı açılan sıra cetveline itiraz davasını "(kayıt kabul davası)" şeklinde belirtmiştir. (Kuru, El Kitabı, s. 1333); "Uygulamada, kabul edilmeyen alacağın iflâs masasına kaydını amaçlayan bu davaya kayıt kabul davası denmektedir". (Deynekli/Kısa, s. 711).

<sup>45</sup> Gönen Eriş, Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, s. 235; Kuru, İflâs, s. 310; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 737; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 578; Sümer Altay, Türk İflâs Hukuku, Vedat Kitapçılık, C:2, İstanbul 2004, s. 1419; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, Ders Kitabı, s. 513; Kuru, İstinaf, s. 628.

sonuçları ihtiva eden takip hukuku davasıdır.<sup>46</sup> Kanımızca, yargılama prosedürü ve yargılamanın neticesinde verilen kararın mahiyeti dik-kate alındığında kayıt kabul davasının icra ve iflâs hukuku prosedürü içerisinde açılmış maddî hukuk davası olduğu görüşü daha isabetlidir. Kayıt kabul davası bir malın teslimi talebiyle veya inşâî nitelikte bir dava olarak açılmaz. Çünkü konusu para olmayan alacak, ona eş mahiyette bir para alacağına çevrilir (İİK m. 198).<sup>47</sup>

Doktrinde yer alan tanımlar ışığında kayıt kabul davasını; müflisten alacaklı olduğunu iddia eden herhangi bir alacaklının, alacağını bildirmesinden sonra iflâs idaresinin ya da basit tasfiye usulünde iflâs müdürünün alacağı hakkında verdiği ret ya da kısmen kabul kararının esasına itiraz ettiği ve maddî hukuk kurallarının uygulandığı bir ala-

<sup>46</sup> Selçuk Öztekin, "İflâsta Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları", Daktilo Edilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul 1988, s. 99, 100. Aynı görüşte olan yazarlar; Saim Üstündağ, İflâs Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, (Üstündağ, İflâs), s. 141; Uyar, Şerh, C:10, s. 16377.

<sup>47</sup> Y.19.HD., 24.01.2002, E. 2002/7140, K. 2002/484; "Davacı hisse senetleri yönünden istihkak iddiasında bulunmadığına göre İİK'nın 198. maddesi uyarınca konusu para olmayan alacak ona eşit miktarda para alacağına çevrilerek iflâs masasına kaydı istenebilir. Mahkemece hisse senedi alacağının aynen kaydına karar verilmesinde isabet görülmemiştir"; Y.19.HD., 27.02.1996, E. 1995/702, K. 1996 /1578; "Yabancı para alacaklarının iflâs masasına kayıt şekli konusunda İcra ve İflâs Kanunumuzda açık bir hüküm yoktur. Sadece anılan Kanun'un 198. maddesinin 1. fıkrasında, konusu para olmayan alacakların ona eşit bir kıymette para alacağına çevrileceği öngörülmüştür. Bu hüküm nedeniyle doktrinde konusu yabancı para olan alacakların da iflâsın açıldığı andaki döviz kur'u üzerinden Türk Parasına çevrilerek iflâs masasına yazdırılabileceği kabul edilmiştir (Kuru, B: İcra ve İflâs Hukuku C.3 1993 Sh.2943; Arar, K: İcra ve İflâs C.2 İflâs 1945 Sh. 87)."; Y.15.HD., 05.05.2011, E. 2010/2052, K. 2011/2753; "Mevzuu para olmayan alacakların paraya çevrilmesi başlıklı, İİK'nın 198. maddesinde konusu para olmayan alacağın ona eşit bir kıymette para alacağına çevrileceği, iflâs idaresinin taahhüdün aynen ifasını üzerine alabileceği, bu takdirde alacaklının talep etmesi hâlinde iflâs idaresinin teminat göstereceği belirtilmiş olup, aynı Yasa'nın tamam olmuş satışların ifası başlıklı 199. maddesinde iflâsın açılmasından önce borçluya, bir mal satıp teslim eden satıcının fesih ve geri alma hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile akdi feshedemeyeceği ve sattığını geri alamayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. İİK'nın 198. maddesinde yer alan alacak deyiminden de anlaşılacağı gibi buradaki alacaklar nispi (şahsi) haklara ilişkin alacaklardır. Buna karşılık aynı haklar 198. madde hükmünün kapsamı dışındadır ve iflâsın açılmasıyla para alacağına dönüşmezler. İflâsın açıldığı anda iflâs edenin elinde bulunan üçüncü şahıslara ait mallar, şerh verilmek suretiyle aynı hak kuvvetini kazanmış olan kişisel haklar ve mülkiyete dayalı aynı haklar iflâsta para alacağına çevrilmezler ve bu haklar iflâs masasına karşı aynen ileri sürülebilir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 17.01.1989 gün 6697-103 sayılı ve 14. Hukuk Dairesi'nin 17.01.1985 gün 7129-395 sayılı ilâmları)"; Y.14.HD., 28.12.2006, E. 2006/12554, K. 2006/16442; "Alacak konusunun para olmaması hâlinde, bu alacaklar paraya çevrilerek iflâs masasına yazdırılır". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 05.11.2018).

çak davasıdır, şeklinde tanımlamak mümkündür.<sup>48</sup> Alacaklı kayıt kabul davasını, alacağını bildirmeden açabileceği gibi, alacağını bildirip ancak iflâs idaresinin yahut iflâs müdürünün karar vermesini ve sıra cetvelini hazırlamasını beklemeden de açabilir. Sonuç itibarıyla; alacaklının alacağını ispat etmek ve iflâs masasına kaydettirmek amacıyla iflâs açıldıktan sonraki dönemde müflise karşı açtığı dava uygulamadaki adıyla kayıt kabul davasıdır.<sup>49</sup>

#### IV. DAVANIN AÇILMA SÜRESİ

İflâs idaresine ya da basit tasfiye usulünde iflâs müdürüne alacağını bildirirken Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan tarifeye istinaden tebliğ giderini avans olarak yatırıp, alınacak kararların kendisine tebliğ edilmesini talep etmiş olan alacaklılara, alacaklarının ret veya kısmen kabul edilmesi hâlinde bu durum ayrıca tebliğ yoluyla da bildirilir. Bu alacaklılar için kayıt kabul davası açma süresi tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar (İİK m. 223/3).<sup>50</sup> Alacaklının alınacak kararın kendisine

<sup>48</sup> Burhan Gürdoğan, İflâs Hukuku Dersleri, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1966, s. 138; Üstündağ, İflâs, s. 141; Uyar, Şerh, C:10, s. 16378; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C:IV, s. 5125, 5126; Altay, s. 1418; Kuru, El Kitabı, s. 1330; Muşul, s. 1349; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 477; Erdal Dülger/Yavuz Süphandağ, Sıra Cetveli, Haciz ve İflâsta Özellik Arzeden Durumlar ve İncelikler, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2017, s. 1065; Kuru, İstinaf, s. 628; Yılmaz, Şerh, s. 1063.

<sup>49</sup> Y.23.HD., 02.03.2015, E. 2014/5038, K. 2015/1301; "Kayıt kabul davaları, iflâsından önce müflisten alacaklı olanların, bir diğer ifade ile iflâs alacaklılarının alacaklarını iflâs masasına kaydettirmek için açtıkları ve dayanağını İİK'nın 235. maddesinden alan davalardır. İflâs masasının safi (net) mevcudu (masaya giren mal, alacak ve haklar), "alacakların ödenmesine tahsis olunur" (İİK m.184,1,c.1). Buradaki "alacaklar" teriminden maksat, aslında yalnız "iflâs alacaklarıdır". İflâs alacağı, iflâs açıldığı anda müflise karşı hukuken mevcut olan alacaklar yani müflisin iflâsın açıldığı andaki borçları olup, iflâs masasından istenebilir (masaya yazdırılabilir)". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>50</sup> Deynekli/Kısa, s. 712; Y.23.HD., 06.03.2017, E. 2016/8334, K. 2017/687; "Dava, kayıt kabul istemine ilişkindir. İİK'nın 234/1. maddesi, "iflâs idaresi sıra cetvelini iflâs dairesine verir ve alacaklıları 166. maddenin 2. fıkrasındaki usule göre ilan yoluyla haberdar eder" hükmünün, İİK'nın 235/1. maddesinin ilk iki cümlesi "Sıra cetveline itiraz edenler, cetvelin ilanından itibaren on beş gün içinde iflâsa karar verilen yerdeki ticaret mahkemesine dava açmaya mecburdurlar. 223. maddenin üçüncü fıkrası hükmü mahfuzdur" hükmünü içermektedir. İİK'nın 234/2. madde hükmü uyarınca yapılan tebligat bilgi verme mahiyetinde olup, dava açma süresi bu tebligat ile başlamaz. Bu madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, iflâs, sıra cetveline itiraz davaları süreye tabi olup, bu süre kural olarak sıra cetvelinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 166. maddesinde gösterilen usulde ilanından itibaren işlemeye başlar. Eğer davacı aynı Kanun'un 223. maddesine göre tebliğe elverişli adres gösterir ve gerekli masrafı avans olarak yatırır, süre kendisine yapılan tebliğden itibaren hesaplanır. Somut olayda sıra cetveli 26.03.2014 tari-



tebliğ edilmesi için avans yatırmamış ve tebligat yapılmasını talep etmemiş olması hâlinde ise kayıt kabul davası açma süresi ile ilgili uygulamada bir tereddüt yaşanmaktadır. Yargıtay, böyle bir durumda sürenin ilân tarihinden başlayacağı görüşündedir.<sup>51</sup> Kanımızca da süre, sıra cetvelinin gazetede yayımlanma tarihinden itibaren işlemeye başlar (İİK m. 166/2).<sup>52</sup> Her iki hâlde de dava açma süresi 15 (on beş) gündür.<sup>53</sup>

Sürenin işlemeye başlaması için gerek gazetede yapılan ilânının gerekse de alacaklıya yapılan tebligatın usulüne uygun bir şekilde yapılmış olması gerekmektedir.<sup>54</sup> Doktrinde bir görüşe göre, kendisine

- 
- hinde ulusal bir gazetede, 28.03.2014 tarihinde de Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmiş, 08.04.2014 tarihinde de davacıya tebliğ edilmiştir. İstanbul Anadolu 3. İcra Dairesi'nin 17.09.2015 tarih ve 2013/49 sayılı yazısında ise, davacının tebliğ masrafı yatırmadığı belirtilmiştir. Bu durumda mahkemeye, en son ilan tarihine göre, davanın, hak düşürücü süre içinde açılmış olmasına ilişkin özel dava şartı noksanlığı bulunduğu gerekçesiyle, davanın HMK'nın 114/2 ve 115/2. maddeleri uyarınca usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018). Aynı yönde karar için bkz.; Y.19.HD., 31.01.2008, E. 2008/11289, K. 2008/654; Y.19.HD., 29.3.2007, E. 2007/1165, K. 2007/3188; Y.19.HD., 30.6.2005, E. 2005/2075, K. 2005/7373. (Uyar, Şerh, C:10, s. 16414).
- 51 Y.19.HD., 29.03.2007, E. 2007/895, K. 2007/3181; "İflâs Müdürlüğü'nün yazısından davacının İİK'nın 223. maddesine göre tebligat için gerekli masrafı yatırmadığı anlaşıldığından, dava açma süresi, tebliğ tarihinden değil, ilan tarihinden hesaplanmalıdır". (Uyar, Şerh, C:10, s. 16415).
- 52 "Kanaatimizce uygulama doğru olup, İİK'nın 223. maddesindeki formaliteleri yerine getirmeyen yani kabule elverişli adres gösterip, yazı ve tebliğ masraflarını peşin vermeyen alacaklılar hakkında karar tebliğ edilmiş olsa dahi İİK'nın 235. maddesi olduğu gibi uygulanarak dava açma süresi ilan tarihinden itibaren başlatılmalıdır". (Deynekli/Kısa, s. 712); Aynı görüşte; İlhan Postacıoğlu, "İcra ve İflâs Kanunu'yla İlgili Bazı Yargıtay İçtihatlarında Uygulanan Yorum Şekli Hakkında Düşünceler ve Bu İçtihatların Değiştirilmesi Lüzumu ile İlgili Mülahazalar", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, (Postacıoğlu, Armağan), s. 591.
- 53 Y.23.HD., 08.03.2017, E. 2016/5445, K. 2017/718; "Dava, alacağın iflâs masasına kayıt kabul istemine ilişkindir. İİK'nın 235. maddesine göre, kural olarak sıra cetveline itiraz edenler, cetvelin ilanından itibaren 15 gün içinde ticaret mahkemesine dava açabilirler. Ancak aynı Kanun'un 223. maddesi hükmüne göre alacaklı tebligata elverişli adresini bildirip kararın tebliği için avans yatırmışsa, 15 günlük dava açma süresi kararın tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Somut olayda, davacının tebliğ için masraf yatırmamış olduğu anlaşıldığından davacıya yapılan tebligatın bilgi mahiyetinde olup, dava açma süresine etkisi bulunmadığından, ilanın 09.05.2013 tarihinde yapıldığı nazara alındığında davanın hak düşürücü sürede açılmaması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde işin esasına girilerek karar verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018). Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y.19.HD., 25.4.2008, 3181/4428; 04.04.2008, 1760/3455 (Uyar, Şerh, C:10, s. 16411).
- 54 Uyar, Şerh, C:10, s. 16378; Deynekli/Kısa, s. 711; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan,

bilgi verilmesini talep eden alacaklıya tebligat usulüyle bilgi verilmediği takdirde dava açma süresi sıra cetveli ilân edildiği için ilândan itibaren işlemeye başlar. Aynı görüşü savunan yazarlar, alacaklının talebine rağmen kendisine bildirim yapılmadığı için dava açamamış ve bundan dolayı bir zarara uğramış olan alacaklıların, ilgililer aleyhinde veya Adalet Bakanlığı'na karşı tazminat davası da açabileceği görülmüştür.<sup>55</sup> Ancak, alacakları kısmen veya tamamen reddedilen alacaklılara doğrudan haber verilir (İİK m. 234/2). Söz konusu maddenin niteliği incelendiğinde ise emredici mahiyette olduğu görülecektir. Bu durumda alacaklı alacağını bildirirken sonuç hakkında kendisine bilgi verilmesi için masraf vermese de iflâs idaresinin ya da basit tasfiyede iflâs müdürünün bu alacaklılara sonuç hakkında bildirim yapması zorunludur. Bildirimin yapılmaması hâlinde ise her ne kadar sıra cetveli ilân da edilse, hak düşürücü sürenin alacaklının sıra cetvelinden haberdar olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kanaatindeyiz.

Kanun'da belirtilen 15 günlük süre, niteliği itibariyle hak düşürücü mahiyette bir süredir.<sup>56</sup> Süre içerisinde dava açılmaması hâlinde alacaklı kayıt kabul davası açma hakkını kaybeder ve sıra cetveli bu alacaklı açısından kesinleşir. Alacağını iflâs idaresine ya da basit tasfiyede iflâs müdürüne hiç bildirmemiş olan alacaklı ise alacağı için açacağı davayı en geç sıra cetvelinin gazetede yayımlanmasını müteakip 15 gün içerisinde açabilir. Alacaklı, sıra cetvelinin gazetede yayımlanmasını müteakip 15 günlük sürenin geçmesiyle artık dava açamaz. Hak düşürücü süre içerisinde dava açmayan ya da açamayan alacaklı, davaya konu edeceği alacağından feragat etmiş kabul edilmez. Ancak, bu alacaklı iflâs süreci içerisinde hakkını bir daha ileri süremez. İflâsın tasfiyesi neticesinde de kendisine alacağına istinaden bir bedel ayrılmaz. Alacaklı, alacağını iflâsın kaldırılmasından (İİK m. 182), müflisin iflâs içi konkordato talebinde bulunmasından (İİK m. 309) ya da iflâsın kapanmasından (İİK m. 254) sonra talep edebilir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre alacaklının tebliğden veya ilân tarihinden önce dava açması hâlinde ise netice itibariyle sıra cetveli ilân edileceği için mahkemece sıra cetvelinin ilân edilmesi bekletici mesele yapılmalıdır.<sup>57</sup>

C:IV, s. 5126; Kuru, El Kitabı, s. 1332; Muşul, s. 1353; Dülger/Süphandağ, s. 1110; Kuru, İstinaf, s. 628, 629; Yılmaz, Şerh, s. 1065.

<sup>55</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1332; Muşul, s. 1352.

<sup>56</sup> Deynekli/Kısa, s. 711.

<sup>57</sup> Postacıoğlu, Armağan, s. 593; Deynekli/Kısa, s. 712.

Yargıtay da sıra cetvelinin ilân edilmesinden önce açılmış olan davanın süre açısından reddedilemeyeceği görüşündedir.<sup>58</sup>

## V. DAVANIN TARAFLARI

Kayıt kabul davasının davacısı, iflâs alacaklılarıdır.<sup>59</sup> Müflisten alacaklı olmayan bir kişinin müflise karşı kayıt kabul davası açması mümkün değildir. Kayıt kabul davası açacak olan alacaklının mutlaka sıra cetvelinde yer alması gerekmektedir.<sup>60</sup> Kayıt kabul davasının davalısı ise müflis olmayıp, iflâs masasıdır.<sup>61</sup> İflâsın açılmasından önce müflise karşı açılmış olup da iflâsın açılmasıyla kayıt kabul davasına dönüşen davalar da masaya yöneltilir ve bu davalara iflâs idaresi devam eder.<sup>62</sup> Çünkü iflâs idaresi, masanın kanunî temsilcisidir (İİK m. 226/1).

<sup>58</sup> Y.11.HD., 17.04.1984, 1980/2298 (Deynekli/Kısa, s. 713, dn. 249).

<sup>59</sup> Üstündağ, İflâs, s. 141; Özcan Atalay, "İflâsta Sıra Cetvelinin Düzenlenmesi ve Yargı Yolu", Ankara Barosu Dergisi, Y: 37, S:5, (s.566-570), s. 568; Uyar, Şerh, C:10, s. 16381; Deynekli/Kısa, s. 713; Altay, s. 1420; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 737; Kuru, El Kitabı, s. 1330; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 479; Dülgar/Süphandağ, s. 1112; Kuru, İstinaf, s. 628; Yılmaz, Şerh, s. 1066.

<sup>60</sup> Alacaklı bir nedenden dolayı sıra cetvelinde yer almadı ise başvuracağı yol şikâyettir. Şikâyetin kabul edilmesi hâlinde yeni bir sıra cetveli düzenlenecektir ve alacaklı yeni düzenlenen sıra cetvelinin ilânından sonra kayıt kabul davası açabilecektir. (Deynekli/Kısa, s. 713).

<sup>61</sup> Deynekli/Kısa, s. 714.

<sup>62</sup> Y.3.HD., 13.11.2017, E. 2017/14240, K. 2017/15777; "Bir hukuk davasının kayıt-kabul davasına dönüşmesi için davalının iflâs etmesi, iflâs idaresinin de dava konusu alacağı iflâs masasına kabul etmemesi gerekir. Davalı tarafı dava sırasında iflâs eden aleyhine iflâstan önce açılan ve İİK'nın 194. madde hükmünde sayılan istisnalardan olmayan bir davaya bakan Mahkemece asıl dava konusu alacağın, ikinci alacaklılar toplanmasında, iflâs masasına kaydedilip, alacağın masaca kesin olarak kabul edilip edilmediğinin araştırılması ve şayet kesin suretle kayıt ve kabul edilmiş ise, konusu kalmayan davada hüküm tesisine yer olmadığına karar verilmesi; masaya kayıt edilmesi istenip de alacak kısmen veya tamamen reddedilmiş ise ve kayıt-kabul davası ayrıca açılmamışsa, davaya alacağın iflâs masasına kayıt ve kabulü davası olarak devam edilerek, varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı şirketin dava açıldıktan sonra iflâsına karar verildiği, eş söyleyişle davalı şirketin yargılamanın devamı sırasında müflis halde olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşın, dava dilekçesi ve gerekçeli karar dâhil olmak üzere dosya kapsamında yapılması gereken tüm tebligatlar davalı müflis şirkete yapılmıştır. Oysa açıklandığı üzere iflâs eden şirketin, bütün hak ve borçları yasa gereği olarak iflâs masasına intikal ettiğinden ve müflisin bu hak ve borçları üzerinde tasarruf ehliyeti kalkacağından husumetin iflâs masasına yönetilmesi gerekecektir. Diğer yandan iflâs açıldıktan sonra masaya giren tüm mal, hak ve alacaklara ilişkin dava açılması ve açılmış davanın takibi iflâs idaresine aittir (İİK m. 194)." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

İflâs idaresinin, masanın kanunî temsilcisi olması müflisin ya da alacaklıların temsilcisi olduğunu ifade etmez. İflâs idaresi müflis veya alacaklılar adına işlem yapamaz. İflâs idaresi iflâs masasının bir organıdır.<sup>63</sup> İflâs masasının tüzel kişiliği bulunmamaktadır; ancak İİK m. 226/1'in lafzından âdeta iflâs masasının tüzel bir kişiliği varmış ve iflâs idaresi de onun temsilcisiymiş gibi bir sonuç çıkmaktadır. Söz konusu düzenleme ile iflâs idaresi, alacaklılardan ve müflisten soyutlanmaktadır. Bütün alacaklılar bir araya gelse de iflâs masasını temsil edemez. İflâs masasını sadece iflâs idaresi temsile yetkilidir<sup>64</sup>. Bu kapsamda da davalara iflâs idaresi devam eder. Basit tasfiye usulünde ise masayı iflâs müdürü temsil eder. İflâsın açılmasıyla birlikte müflisin taraf ehliyeti iflâs alacaklılarına karşı ortadan kalkmaktadır.<sup>65</sup> Müflisin kayıt kabul davası açması ise hukukî yararın mevcut olmaması sebebiyle mümkün değildir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Bilge Umar, *Türk İcra ve İflâs Hukukunun Tarihsel Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İstanbul 1972, s. 181; İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri*, Cilt 1: İflâs, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978, s. 58; Ejder Yılmaz, *İflâs İdaresi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 47; Nevhis Deren-Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996, s. 106-113; Mahmut Bilgen, *Öğreti ve Uygulamada İflâs Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 603.

<sup>64</sup> “Keza, masayı ilzam etmek ve temsil etmek yönünden haiz olduğu yetki de vasiinin temsil yetkisi ile büyük yakınlık arz etmektedir. Nitekim İsviçre İcra İflâs Kanunu'nun en tanınmış şarılı Jaeger iflâa idare memurlarının haiz olduğu yetkilerin kanun tarafından, tıpkı medeni haklarını kullanmak ehliyetinden mahrum hakiki bir şahsın mümessili hakkında olduğu gibi sınırlandırıldığını belirtmekte (U.K. şerhi madde 240-5) ve bunların vasi gibi amme hukukundan neşet eden bir vekâleti yerine getirdiklerini ve bir amme idaresi vazifesini ifa ettiğini kaydetmektedir (yine aynı yer)”. (Postacıoğlu, *İflâs İdare Memurları*, s. 214).

<sup>65</sup> Y.9.HD., 03.03.2016, E. 2014/31581, K. 2016/4721; “Bunun yanında kanunun lafzına göre davacıların müflise karşı davaya devam edeceği izlenimi hasil olmakta ise de, masaya dâhil mal ve haklar bakımından müflisin yetkisiz kalması keyfiyeti, kendisinin, müstacel de olsa bu davalara taraf olmaya devam etmesine manidir. Bu durum karşısında birinci alacaklılar toplantısı yapılmış ve iflâs dairesi teşekkül etmişse, müstacel davalar ikinci alacaklılar toplantısı beklenmeden iflâs idaresine karşı; birinci alacaklılar toplantısı henüz yapılmamış ve işin müstaceliyeti icabı İflâs İdaresinin seçimini dahi beklemeye durum müsait değilse, bu takdirde iflâs dairesi müflisin yerini alarak davaya iflâsın açılmasından önce davanın görüldüğü iş mahkemesinde devam olunur. Böylece işçinin alacağının tahsili amacıyla iş mahkemesinde açılan davadan sonra işverenin iflâsına karar verilmesi mahkemenin görevini etkilemez ise de işveren müflisin yerine geçecek olanı etkiler. İflâs eden şirketin, bütün hak ve borçları yasa gereği olarak iflâs masasına intikal ettiğinden ve müflisin bu hak ve borçları üzerinde tasarruf ehliyeti kalkacağından husumetin iflâs masasına yönetilmesi gerekecektir”. (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>66</sup> İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982, (Postacıoğlu, *Esaslar*), s. 536; Talih Uyar, “Sıra Cetveli Düzenlene-

Müflis kanımızca masanın yanında davaya fer' i müdahil olarak katılabilir.<sup>67</sup> Çünkü 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>68</sup> m. 66'ya göre; "Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar fer'i müdahil olarak davada yer alabilir". Kayıt kabul davasının kabul edilmesi hâlinde bu karar müflisin alacaktan sorumlu olduğunu ve müflisin davaya konu alacağı ödemesi gerektiği anlamına gelmektedir. Alacak ile ilgili bilgi sahibi olan müflisin, açılan davada masaya yardımcı olacağı da açıktır. Taraf sıfatı olmayan müflisin iflâsın kapanmasından sonra istirdat davası açma ihtimali<sup>69</sup> de müflisin fer'i müdahil olarak davaya katılabileceği görüşünü güçlendirmektedir.

## VI. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Kayıt kabul davalarında görevli mahkeme iflâsa karar veren ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesidir (İİK m. 235/1).<sup>70</sup> Burada alacağın niteliğinin ne olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Eğer bir yerde birden fazla ticaret mahkemesi veya ticaret mahkemesi sıfatıyla davaya bakacak asliye hukuk mahkemesi bulunmakta ise kayıt kabul davası bu mahkemelerden herhangi birinde görülebilir. Bu durumda dosya müflisin iflâsına karar veren ticaret mahkemesine gönderilemez veya bu davalar birleştirilemez.<sup>71</sup> Ancak,

---

rek Paraların Paylaştırılması", *İzmir Barosu Dergisi*, 1988/1, (s.48-55), s. 51; Uyar, Şerh, C:10, s. 16381.

<sup>67</sup> Aynı görüşte olan yazar; Altay, s. 1422.

<sup>68</sup> RG, T: 04.02.2011, S: 27836.

<sup>69</sup> İflâsın kapanmasından sonra müflisin istirdat davası açıp açamayacağına ilişkin görüşler hakkında bkz. VIII. Davada Verilecek Kararlar, Kararlara Karşı Kanun Yolu ve Kararların İfasi.

<sup>70</sup> Y.23.HD., 22.06.2015, 2014/5314, K. 2015/4775; "Dava, iflâs alacağının iflâs masasına kayıt kabulüne ilişkindir. İİK'nın 235/1. maddesi uyarınca, kayıt kabul davasında iflâsa karar verilen yerdeki ticaret mahkemesi kesin yetkilidir. Davalı bankanın, aleyhine açılmış bulunan...2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2004/132 E., 2005/361 K. sayılı kararıyla 08.06.2005 tarihinde iflâsına karar verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece,...Ticaret Mahkemelerinin kesin yetkili olduğunun kabulü ile İİK'nın 235/1. ve HMK'nın 114/1-ç, 115/2. madde hükümleri uyarınca kesin yetkiye ilişkin dava şartı noksanlığı bulunduğu gerekçesiyle, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esasının incelenmesi doğru görülmemiştir". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>71</sup> Y.21.HD., 09.10.2018, E. 2017/962, K. 2018/7164; "Dava açılmadan önce işverenin iflâsı hâlinde işverenden alacaklı olan işçi, alacağının kaydı için iflâs masasına başvurmak zorundadır. İflâs masası istemini reddederse, işçi alacağın kaydı için iflâs kararı veren Ticaret Mahkemesinin bulunduğu yerdeki herhangi bir Ticaret

müflisin iflâsına karar vermiş olan ticaret veya ticaret mahkemesi sıfatıyla davaya bakan asliye hukuk mahkemesinin kayıt kabul davasına da bakmasında fayda olduğu kanaatindeyiz. Çünkü müflisin tüm kayıtlarına sahip ve mevcut durum hakkında bilgi sahibi olan bu mahkemeler, kayıtlara ve sonuca daha çabuk ulaşacaktır.

Kayıt kabul davalarında müflisin iflâsına karar veren yerdeki ticaret mahkemesi yetkili mahkemedir. HMK m. 6 ve devam eden maddelerdeki genel ve özel yetki kuralları kayıt kabul davalarında uygulanmaz. Kayıt kabul davalarında yetki kamu düzenine ilişkindir. Mahkeme bu hususu kendiliğinden göz önüne alır.<sup>72</sup>

---

Mahkemesinde kayıt kabul davası açmak zorundadır. Bu dava Ticaret Mahkemesi bulunmayan yerlerde Ticaret Mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemesinde açılır. Bu dava sıra cetvelinin ilanından (İİK'nın 223/3. maddesindeki yükümlülük yerine getirilmişe tebliğ tarihinden) itibaren 15 gün içinde açılabilir (İİK Madde 235)"; Y.19.HD., 04.05.2000, E. 2000/2716, K. 2000/3489; "Sıra cetveline itiraz ve sonuçlarını düzenleyen İİK'nın 235. maddesinde 25.11.1998 tarih 20000 nolu Resmî Gazete'de yayımlanan 3494 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. Sıra cetveline itiraz edenler, "... iflâsa karar veren mahkemeye müracaatla dava açmaya mecburdurlar" hükmü, "sıra cetveline itiraz edenler,... iflâsa karar verilen yerdeki ticaret mahkemesine dava açmaya mecburdurlar" şeklinde değiştirilmiştir. Hükümet gerekçesinde, yapılan değişiklikle sıra cetveline itiraz edenlerin bu itirazlarını mutlaka iflâsa karar veren ticaret mahkemesine yapmaları zorunluluğu kaldırılmakta, o yerde ticaret mahkemesinin birden fazla daireleri mevcutsa bunlardan herhangi birine itirazlarına yapabilmeleri olanağının getirildiği belirtilmiştir. Buna göre iflâsa karar vermiş olan ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki diğer ticaret mahkemeleri de sıra cetveline itiraz davalarına bakmaya görevlidirler"; Y.22.HD., 17.06.2014, E. 2014/15518, K. 2014/17588; "Davanın, şirketin iflâsına karar verilmesinden sonra açılmış olması nedeniyle, davalı müflis şirket yönünden dava, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 235. maddesi gereğince sıra cetveline itiraz (kayıt kabul) davası niteliğinde olup, uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Anılan sebeple, davalı müflis şirket yönünden davanın tefrik edilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde müflis şirket yönünden davanın esasına girilmesi hatalı olmuştur". (www.sinerji-mevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>72</sup> Uyar, Şerh, C:10, s. 16380; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C:IV, s. 5125, 5126; Kuru, El Kitabı, s. 1331; Muşul, s. 1352; Kuru, İstinaf, s. 628; Yılmaz, Şerh, s. 1065; Y.20.HD., 22.10.2015, E. 2015/7211, K. 2015/9895; "İcra ve İflâs Kanunu'nun 235/1. maddesine göre sıra cetveline itiraz davası, iflâs kararı veren ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki her hangi bir ticaret mahkemesinde açılabilir. Görevin belirlenmesinde dava değerinin önemi olmadığı gibi, buradaki mahkemenin yetkisi de kamu düzenine ilişkindir. Bu durum karşısında iş mahkemesinde görülmekte olan, işçi alacaklarına yönelik dava sırasında, işverenin iflâsı hâlinde dahi, İİK'nın 194. maddesi uyarınca, davaya iş mahkemesinde devam edileceği, işverenin işçi alacaklarına ilişkin dava açılmadan önce iflâsı hâlinde ise, yukarıda belirtilen şekilde hareket ile alacağın İflâs Masasına kaydedilmemesi hâlinde, asliye ticaret mahkemesinde kayıt kabul davası olarak açılması gerekir". (www.



## VII. DAVADA UYGULANACAK YARGILAMA USULÜ VE İSPAT

Kayıt kabul davasında uygulanacak yargılama usulü basit yargılama usulüdür. Çünkü alacakları iflâs idaresi veya basit tasfiye usulünde iflâs müdürü tarafından reddedilen alacaklıların açtıkları dava nitelik olarak iflâs masasına karşı açılan bir sıra cetveline itiraz davasıdır. Bu nedenle İİK m. 235/3'ü burada kıyasen uygulayarak, kayıt kabul davalarında da basit yargılama usulünün uygulanacağı sonucuna ulaşabiliriz.<sup>73</sup>

Kayıt kabul davası alacaklının hazırlamış olduğu karşı taraf sayısından bir fazla surette dilekçe ile açılır. Bu davada alacaklı, dava dilekçesinde alacağının sıra cetveline kayıt ve kabulüne karar verilmesini talep eder. Ayrıca alacağının iflâs idaresi tarafından haksız olarak reddedildiğini iddia eder.

Kayıt kabul davası kısmî dava olarak açılmaz. Çünkü davanın açılması için öngörülen 15 günlük süre, niteliği itibariyle hak düşürücü mahiyette bir süredir. Davacı alacaklının bu süre içerisinde davasını tam olarak açması gerekir. Çünkü dava açma süresinin mahiyetinden dolayı ıslah yoluyla dava değerinin artırılması mümkün değildir.<sup>74</sup> Ancak küçük bir ihtimal de olsa bedelin belirlenememesi

<sup>73</sup> sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018). Deynekli/Kısa, s. 714; Y.23.HD., 13.01.2016, E. 2015/2810, K. 2016/82; "Dava, alacağın tahsili için başlatılan icra takibinde davalıların itirazlarının iptali istemine ilişkin olup, davalılardan birinin eldeki davanın devamı esnasında iflâsına karar verilmesi ile bu davalı açısından kayıt kabul istemine dönüşmüştür. Kayıt kabul istemini içeren davalar, basit yargılama usulüne tabi olup, itirazın iptali istemli dava ise, yazılı yargılama usulüne tabidir. Bu durumda, mahkemece davalı müflis şirket ile diğer davalılar hakkındaki davanın farklı yargılama usulüne tabi olduğu gözetilerek müflis davalı ile ilgili davanın tefriki ile ayrı bir esasa kaydı ve tâbi olduğu usule göre yargılamanın yürütülmesi gerekir"; Y.23.HD., 18.11.2014, E. 2016/8334, K. 2017/687; "...davanın kayıt kabul davası olduğu ve basit yargılama usulüne tabi olduğu, 18.11.2014 tarihinde, davacı vekilinin duruşmaya gelmemesi ve mazeret sunmaması nedeniyle işlemden kaldırılan dosyanın birinci kez 19.01.2015 tarihinde yenilendiği, davacı vekilinin 23.02.2016 tarihli duruşmaya da gelmediği ve geçerli şekilde mazeret sunmadığı, HMK'nın 320/4. maddesi uyarınca, basit yargılama usulüne tabi davalarda bir kez yenilenen dosyanın yeniden işlemsiz bırakılması hâlinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği"; Y.19.HD., 26.02.2001, 8988/1531; "Kayıt kabul davaları, İİK'nun 235. maddesi uyarınca basit yargılama usulüne tabidir". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>74</sup> Y.23.HD., 24.12.2014, 2014/3359, K. 2014/8432; "Somut olayda, davacı tarafın kayıt başvuru sırasında tebliğ avansı yatırdığı ve sıra cetvelinin kendisine 20.11.2009 tarihinde tebliğ olunduğu, davanın tebliğden itibaren başlayan yasal 15 günlük

hâlinde kayıt kabul davasının belirsiz alacak davası olarak da açılabilceği görüşündeyiz. Genel olarak bakıldığında iflâsta alacaklının alacağını belirsiz olması pek mümkün gözükmemekle birlikte; konusu para olmayan borçların para borçlarına çevrilmesinde, malın bedelinin tespiti açısından ise belirsiz alacak davasının açılabilceği kanaatindeyiz (İİK m. 198). Müflisin iflâsının açılmasına karar verilmeden önce açılmış olan alacak davalarında ise kayıt kabul davasının açılma süresi olan ilândan itibaren 15 günlük sürenin sonuna kadar davacı alacağını artırabilir veya ıslah hakkını bu yönde kullanabilir yahut ek dava açabilir.

Doktrinde kayıt kabul davaları açılırken maktu harç alınmasına ilişkin görüş mevcuttur.<sup>75</sup> Yargıtay da kayıt kabul davaları açılırken maktu harç yatırılması gerektiği görüşündedir.<sup>76</sup> Bu görüşün dayanağı ise Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifede iflâs masasına katılma

---

süre içerisinde 26.11.2009 tarihinde açıldığı, davacının ıslah talebinin ise yasal 15 günlük süre geçtikten sonra 29.11.2013 tarihinde yapıldığı anlaşıldığına göre, mahkemece ıslah edilen miktara yönelik davanın hak düşürücü sürede açılmış olmasına ilişkin dava şartı noksanlığı sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, ıslah edilen kısmın da kabulü suretiyle hüküm tesisi doğru olmamıştır"; Y.23.HD., 12.09.2014, E. 2014/902, K. 2014/5561; "Dava, kayıt kabul istemine ilişkindir. Davacı, 2.5.2012 tarihli harcı yatırılmış ıslah dilekçesiyle talebini artırmış olup, mahkemece ıslah edilen kısım da gözetilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de, İİK'nın 235. maddesine göre kayıt kabul davaları 15 günlük yasal süre içinde açılması gereken davalardan olup, bu sürenin geçmesinden sonra ıslah yoluyla talebin artırılmasına hukukî geçerli sonuç bağlanamaz"; Aynı yönde bkz.; Y.23.HD., 05.02.2013, E. 2012/6948, K. 2013/549; Y.23.HD., 31.10.2013, E. 2013/5028, K. 2013/6683.

<sup>75</sup> Deynekli/Kısa, s. 716; Muşul, davanın niteliğinin bir tespit davası olduğunu ve tespit davalarının maktu harç ile açılıp, yargılama neticesinde de taraflara maktu vekâlet ücreti ödenmesine karar verildiğini ileri sürmektedir. (Muşul, s. 1354). Muşul'un görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü kayıt kabul davası nitelik olarak bir tespit davası olmayıp, başlı başına alacaklının alacağını ispat ettiği bir eda davasıdır.

<sup>76</sup> Y.23.HD., 26.02.2018, 2017/1979, 2018/542; "Davalı müflis şirket hakkında açılan itirazın iptali davasının yargılaması devam ederken şirket hakkında 28.03.2014 tarihinde iflâs kararı verilmesi üzerine, mahkemece, yargılamanın ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar durmasına karar verildiği, bundan sonra da davaya kayıt kabul davası olarak devam edilerek, davanın kısmen kabulüne karar verildiği, vekalet ücreti ve harcın nispi olarak hesaplanarak davalılardan müteselsilen tahsiline karar verildiği anlaşılmıştır. Kayıt kabul davaları maktu harç ve maktu vekâlet ücretine tabidir. Bu nedenle mahkemece, davalı müflis şirket hakkında da nispi harç ve nispi vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru olmuştur". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018). Aynı yönde karar için bkz.; Y.12.HD., 21.04.1987, 8924/5602.

harcının maktu olarak tayin edilmiş olmasıdır. Kayıt kabul davaları her ne kadar maddî hukuka özgü bir dava ise de takip hukuku prosedürü içerisinde açılmaktadır. Bu dava, alacağı iflâs idaresi tarafından reddedilmiş alacaklının alacağını ispat edip masaya yazdırması amacıyla açılmaktadır. Bu nedenle kanımızca dava açılırken nispi harç<sup>77</sup> alınmalıdır.<sup>78</sup>

Alacağını iflâs idaresine ya da basit tasfiye usulünde iflâs müdü-rüne bildirip de alacağı tamamen veya kısmen reddedilen alacaklı, aç-muş olduğu kayıt kabul davasında alacağının varlığını ispat etmekle yükümlüdür.<sup>79</sup> İspat yükü, davacı alacaklı üzerindedir. Alacaklı, ala-

<sup>77</sup> Y.12HD., 01.07.1987, E. 1987/6163, K. 1987/8170; “İflâs İdaresi aleyhine alacağın kısmen ya da tamamen reddedilen alacaklının açacağı davanın ne tür bir dava olduğunun araştırılması ve tespiti konuya çözüm getirecektir. Bu bir nevi tespit davası sayılsa dahi dava dilekçesinde belli bir miktar yer aldığına göre, yine nisbi harç alınmak gerekir, böyle bir davada avukatlık ücreti de nisbi olmalıdır. Hâlbuki bahis konusu dava bir tespit davası değildir. Kayıt kabul ya da alacağın terkinin davasında alacaklı belli oranda bir alacağın kaydını ya da silinmesini istediğine nazaran, değeri para ile ölçülebilen bütün diğer alacak ve mamelekle ilgili davalarda olduğu üzere harcın ve avukatlık ücretinin nisbi olması icabeder.” (Karşı Oy Yazısı). (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 22.07.2019).

<sup>78</sup> Aksi görüşteki yazar; Atalay, iflâsın tasfiyesi neticesinde bir pay alıp almayacağı belli olmayan alacaklının davanın başında harç yükü altına girerse bu davayı açmayacağı veya açamayacağı ihtimaline binaen harcın maktu olması gerektiği görüşündedir. (Atalay, s. 568); Aynı görüşte olan yazarlar; Altay, s. 1421; Dül-gar/Süphandağ, s. 1170. Oysa kayıt kabul davalarının mahkeme harç ve giderleri masa alacağı kapsamındadır. Bu nedenle alacaklının mahkeme harç ve giderlerini alamama gibi bir riske girmesi söz konusu değildir. Alacağının gerçekten var olduğu inancında olan bir alacaklı ise alacağını tespit ettirmek ve bu suretle masaya yazdırmak için elinden geleni yapacaktır. Harcın maktu olması, nispi olmasına kıyasla alacaklıya davanın başında bir külfet yüklemeyeceği için bazı alacaklılar, alacaklarından emin olmadıkları halde dava açacaklar ve bu suretle tasfiyenin tamamlanma süresi uzayacaktır. Tüm bu nedenlerle Atalay’a katılmıyorum.

<sup>79</sup> Deynekli/Kısa, s. 716; Y.H.G.K., 11.10.2006, E. 2006/19-587, K. 2006/631; “Kayıt kabul davası basit yargılama usulüne tabi olup, bu davalarda ispat yükü kural olarak masaya yazdırılması gereken bir alacağı bulunduğu iddia eden davacı alacaklıdır. Alacaklı masaya kayıt talebinde bulunurken alacağının sebep ve delillerini bildirmeli; alacağını genel hükümlere göre ispat etmelidir. Davacı alacağının saptanması için bilirkişi incelemesi yaptırılması olanaklıdır”; Y.19.HD., 26.02.2009, E. 2008/12096, K. 2009/1491; “Davacı vekili, müvekkili şirketin müflis şirkete faturaya dayalı olarak sattığı mallar karşılığında bono aldığı, yapılan takibin kesinleştiğini, bu sırada borçlu şirketin iflâsına karar verilmesi nedeniyle iflâs masasına yapılan kayıt başvurusunun reddedildiğini belirterek, müvekkili alacağının iflâs masasına kayıt ve kabulüne karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, davacının dayandığı borcunun soyut olması nedeniyle temel ilişkiyi kanıtlaması gerektiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, davacının bononun sebebi olarak sunduğu faturaların içerisindeki malların müflis

cağını genel hükümlere göre ispat etmelidir. Alacağın HMK m. 200’de düzenleme altına alınan parasal sınırı geçmesi hâlinde; alacaklı iddiasını ancak yazılı delil ile ispat edebilir.<sup>80</sup> Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren bir durumun mevcut olması hâlinde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına da karar verilebilir. Davacı alacaklının, davalıya yemin teklif etmesi de mümkündür.

Alacağı reddedilen alacaklı, açmış olduğu davada alacağını bildirirken sunduğu belgeler ve bilgiler ile bağlı değildir.<sup>81</sup> Çünkü davacı alacağını TTK m. 219/2’ye istinaden delilleri ile birlikte daha önce bildirmiştir.<sup>82</sup> Alacaklıya, hukukî dinlenilme hakkı kapsamında alacağını bildirirken sunmadığı veya sunamadığı bilgi ve belgeleri, kayıt kabul davasında sunma imkânının sağlanması kanımızca yerinde bir uygulama olur. Bu nedenle alacaklı kayıt kabul davasında iddiasını genişletebilir ve yeni deliller sunabilir.<sup>83</sup> İflâs masası da sıra cetvelinde alacak için bildirdiği sebepler ile bağlı olmayıp, açılan kayıt kabul davasında yeni deliller ve yeni iddialar ileri sürebilir. Ancak davacı alacağını bildirirken iflâs idaresine verdiği bilgi ve belgelerin dışında başka bir bilgi veya belge ile kayıt kabul davasını kazandı ise böyle bir durumda iflâs masası yargılama giderlerine mahkûm edilemez.<sup>84</sup> Aynı şekilde açılan kayıt kabul davası iflâs masasının sıra cetvelinde belirttiği sebeplerden başka bir sebeple reddedildiyse; iflâs masası lehine de yargılama giderine ve masa kendisini bir vekil ile temsil ettirdi ise vekâlet ücretine hükmedilmeyeceği kanısındayız.

---

şirkete teslim edildiğinin kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekili kararı temyiz etmiştir. ....hükümün onanmasına...” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018); Y. 19.HD., 22.03.2007, 11960/2793; “Kayıt kabul davalarında ispat yükü kural olarak davacı alacaklıdadır”. (Uyar, Şerh, C: 10, s. 16482).

<sup>80</sup> Deynekli/Kısa, s. 716.

<sup>81</sup> “Alacaklı masaya kayıt talebinde bulunurken alacağının sebep ve delillerini bildirir. Ancak alacaklı kayıt kabul davasında daha önce bildirmedığı yeni sebep ve delil bildirebilir.” (Deynekli/Kısa, s. 716).

<sup>82</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1334.

<sup>83</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1334.

<sup>84</sup> Y.19.HD., 07.07.2005, 2728/7737; “Davacı iflâs masasına kayıt talebinde bulunurken sunmadığı bazı belgeleri davada sunmuş ve bu belgeler gözetilerek davacının talebinde haklı olduğu kabul edilmiştir. İflâs idaresine eksik belge sunulması nedeniyle alacağın kayıt talebinin kabul edilmemesi yerindedir. Bu nedenle iflâs idaresinin yargılama giderlerinden sorumlu tutulmaması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi de isabetsizdir”. (Uyar, Şerh, s. 16464).

### VIII. DAVADA VERİLECEK KARARLAR, KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI VE KARARLARIN İFASI

Davacının açmış olduğu kayıt kabul davası her ne kadar bir alacak davası ise de davacı bu davada alacağının sıra cetveline kayıt ve kabulünü talep eder. Davacının açmış olduğu kayıt kabul davasının kabul edilmesine ilişkin karar müflisin alacaktan sorumlu olduğu ve alacağı ödemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu kapsamda mahkeme dava konusu alacağın, iflâs masasına alacak olarak kayıt ve kabulüne karar verir. Eğer, alacaklı daha önce bildirdiğinden başka sebeplere veya delillere dayanmadı ise mahkeme kararında iflâs masasını yargılama giderlerine de mahkûm eder. Mahkemenin sunulan deliller çerçevesinde davanın kısmen kabulüne, fazlaya ilişkin talebin reddine karar vermesi de mümkündür.

Davanın kabul edilmesi hâlinde iflâs idaresi, sıra cetvelini mahkemenin kararına göre tekrar düzenler. Davacı, yargılama neticesinde hükmedilecek olan yargılama giderlerini masa alacağı olarak alır. Çünkü davanın açılmasına iflâs idaresi ya da basit tasfiye usulünde iflâs müdürü sebep olmuştur.<sup>85</sup> Mahkeme kararına istinaden düzeltilen sıra cetvelinin iflâs idaresi tarafından tekrar ilân edilmesine ise gerek yoktur.

Davanın kabulünden sonra alacaklının iflâs masasından alacağını alması hâlinde müflisin istirdat davası açıp açamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kayıt kabul davasında davalı iflâs masası olduğu için, taraf sıfatına haiz olmayan müflis iflâsın kapanmasından sonra istirdat davası açarak alacaklının masadan aldığı parayı geri isteyebilir.<sup>86</sup> Diğer bir görüşe göre ise alacaklının masadan alacağını alması hâlinde müflisin istirdat davası açması mümkün değildir.<sup>87</sup>

Mahkeme tarafından davanın reddine de karar verilebilir. Davanın reddine ilişkin karar ile alacaklının doğmamış ve doğma olasılığı bulunmayan bir sorumluluktan bahisle masaya alacak kaydı talebinde bulunamayacağı anlaşılmaktadır. Mahkemenin kayıt kabul davasını reddetmesi hâlinde sıra cetveli davacı alacaklı yönünden kesinleşir ve

<sup>85</sup> Postacioğlu, s. 80; Üstündağ, İflâs, s. 144; Altay, s. 1423; Kuru, El Kitabı, s. 1334; Yılmaz, Şerh, s. 1065.

<sup>86</sup> Öztekin, s. 141.

<sup>87</sup> Kuru, İflâs, s. 310; Postacioğlu, s. 79.

alacaklı, kayıt kabul davasına konu etmiş olduğu alacak ile ilgili olarak iflâs tasfiyesinden herhangi bir pay alamaz. Böyle bir durumda alacaklı tasfiyeden sonra müflise karşı alacak davası açabilir.

Kayıt kabul davasında usulden ret kararı da verilebilir. Mahkeme, dava şartlarının eksikliğini tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Eğer, dava şartının tamamlanması mümkün ise usul ekonomisi açısından davacıya eksik dava şartının tamamlanması için kesin süre verir. Kesin süre içerisinde dava şartının tamamlanmamış olması hâlinde davayı usulden reddeder (HMK m. 115). Davanın görevli veya kesin yetkili mahkemede açılmaması hâlinde ise mahkeme görevsizlik veya yetkisizlik kararı verir. Davacının HMK m. 20' de öngörülen süreler içerisinde kararı veren mahkemeye başvurarak dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmemesi hâlinde ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 20/1).

Davanın konusuz kalması da mümkündür. Davanın konusuz kalması hâlinde mahkemece esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilir. Davanın konusuz kalmasına örnek olarak kayıt kabul davasına dönüşen davalar gösterilebilir. Müflis aleyhine açılan dava iflâsın açılması ile birlikte İİK m. 235'e istinaden kendiliğinden kayıt kabul davasına dönüştü ve alacaklı iflâs masasına alacak kaydı talebinde bulunduysa; iflâs idaresinin alacağın kabulüne karar vermesi hâlinde kayıt kabul davasına dönüşen dava konusuz kalacaktır. Böyle bir durumda konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir.

Kayıt kabul davası neticesinde verilen karar, masa ile alacaklı arasında kesin hüküm teşkil eder. Çünkü müflis davanın tarafı değildir. Karar, müflis ile alacaklı arasında kesin hüküm teşkil etmez. Müflis eğer alacaklıya gerçekten borçlu olmadığı düşüncesinde ise iflâsın tasfiyesi bittikten sonra alacaklıya açacağı menfi tespit davası ile borçlu olmadığını iddia ve ispat edebilir. Eğer alacaklı kayıt kabul davasını iflâs masasıyla birlikte müflise karşı da açtıysa; o zaman verilen karar müflis açısından da kesin hüküm teşkil eder ve böyle bir durumda müflis menfi tespit davası açamaz.<sup>88</sup>

<sup>88</sup> Açılacak olan kayıt kabul davasının masa ile birlikte müflise karşı da açılabileceği görüşünde olan yazarlar; Üstündağ, İflâs, s. 142; Altay, s. 1419; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 738; Kuru, El Kitabı, s. 1335.



İflâs kararı verilmeden önce müflise karşı alacak ya da itirazın iptali davası açıldı ve iflâs kararı verildikten sonra alacağın bildirilmesi neticesinde iflâs idaresi alacağın varlığını kabul ettiyse; bu aynı zamanda davanın kabulü teşkil eder.<sup>89</sup> Böyle bir durumda alacak sıra cetveline çekişmesiz olarak yazılır ve dava hakkında karar verilir. Burada davanın kabulündeki prosedür aynı şekilde uygulanır. Eğer, iflâsın açılmasından önce müflise karşı açılmış olan alacak veya itirazın iptali davalarındaki alacağı iflâs idaresi kabul etmezse, iflâsın açılmasından sonra bu davalara kayıt kabul davası olarak devam edilir ve bu davaya iflâs idaresi devam eder.<sup>90</sup>

Kayıt kabul davalarında kanun yolunun açık olup olmadığına ilişkin İİK' da özel bir düzenleme mevcut değildir. Ticaret mahkemesinde görülen kayıt kabul davası neticesinde verilen kararlara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı hususunun tespitinde genel hükümlere göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>91</sup> Bu kapsamda ticaret mahkemesinin görevli olduğu kayıt kabul davasında verilen kararlara karşı istinaf ve temyiz kanun yolu açıktır.

Kayıt kabul davası açılırken sıra cetveline itiraz davası olarak açılmaktadır. Sıra cetveline itiraz davası ise bir icra ve iflâs hukuku kurumudur. İİK' nin iflâsa ilişkin düzenlemeleri genel olarak incelendiğinde istinaf kanun yoluna başvuru süresinin HMK' dan ayrılmakta olduğu ve bu sürenin iki hafta değil, on gün olduğu görülmektedir (İİK m. 363/1).<sup>92</sup> Yargıtay ve doktrinde yer alan bir kısım yazarlar da doğru olarak bu sürenin 10 gün olduğu görüşündedir.<sup>93</sup> Temyiz kanun

<sup>89</sup> Y.19.HD., 26.01.2006, E. 2005/9475, K. 2006/469; "İflâs idaresi de ilk oturumdan önce alacağı masaya kaydederek davayı fiilen kabul ettiğine göre, HUMK'un 94/ II. maddesi uyarınca davacı yanın vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir". (www.kazanci.com.tr-Erişim tarihi: 29.07.2019).

<sup>90</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1335.

<sup>91</sup> Deynekli/Kısa, s. 718.

<sup>92</sup> Sıra cetveline itiraz davalarında istinafa başvuru süresi HMK' dan ayrılarak iki hafta değil, 10 gün olarak düzenlenmiştir. Kanımızca kanun koyucu burada İİK m. 363/1 hükmüne istinaden bu düzenlemeyi getirmiştir. Çünkü İİK m. 363/1' de istinafa başvuru süresinin icra ve iflâs işlerinde 10 gün olduğu belirtilmektedir. Sıra cetveline itiraz davası da her ne kadar ticaret mahkemesinde görülse de bir icra ve iflâs kurumudur. Bu nedenle istinafa başvuru süresinin İİK m. 363/1' e istinaden 10 gün olarak kabul edilmesi yerindedir ve kanımızca düzenlemenin esas sebebi de budur.

<sup>93</sup> Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C:IV, s. 5137, 5138; Uyar, Şerh, C: 10, s. 16383; Kuru, El Kitabı, s. 1333; Dülger/Süphandağ, s. 1183; Y.19.HD., 19.12.2005,

yolu açık olan kararlar açısından temyize başvuru süresi de yine aynı şekilde on gün olarak kabul edilmelidir. Ayrıca kayıt kabul davalarında katılma yoluyla istinaf ve katılma yoluyla temyiz de mümkündür.<sup>94</sup>

## IX. SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASININ BENZER DİĞER DAVALARLA KARŞILAŞTIRMASI

### A. SIRA CETVELİNE İTİRAZ DAVASI MAHİYETİNDE OLMAYAN DİĞER SIRA CETVELİNE İTİRAZ (KAYIT TERKİN) DAVALARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Herhangi bir iflâs alacaklısı, sıra cetvelindeki bir başka alacaklının alacağına veya onun sırasına itiraz ediyorsa; böyle bir durumda sıra cetveline itiraz yoluna gidebilir (İİK m. 235/2).<sup>95</sup> Sıra cetveline itiraz davasını sadece hukukî yararı olmak kaydıyla iflâs alacaklıları açabilir.<sup>96</sup> Ayrıca üçüncü kişiler de istihkak iddialarının reddedilmesi hâlinde sıra cetveline itiraz mahiyetinde istihkak davası açabilir (İİK m. 235/2, c. 1). İstihkak iddiası kabul edilen üçüncü kişi, sıra cetvelindeki bir başka alacaklının sırasına hukukî yararı olmadığı için itiraz

---

9025/12747; “Kayıt-kabul davalarının basit yargılama usulüne tabi olmasına (İİK md. 235), bu nedenle adli tatilde görülebileceği gibi, temyiz süresinin de adli tatilde işlemeye devam etmesine, İİK’nın 164/1 ve 366/III maddeleri gereğince de temyiz ve karar düzeltme sürelerinin 10 gün olup, kayıt kabul davasının reddine dair karar davacıya 5.8.2005 tarihinde tebliğ edilmiş olup, 10 günlük yasal süre geçirildikten sonra 22.8.2005 tarihinde temyiz talebinde bulunulması nedeniyle yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır”. (Uyar, Şerh, C:10, s. 16556); Y.23.HD., 20.09.2013, E. 2013/6544, K. 2013/5607; “Mahkemece kayıt kabul talebi hakkında verilen hüküm temyiz eden davacı vekiline 27.06.2013 günü tebliğ edildiği halde, temyiz dilekçesi İİK’nın 164. maddesinde öngörülen 10 günlük yasal süre geçirildikten sonra 10.07.2013 tarihinde verilmiştir. Süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 1989/3 esas, 1990/4 karar sayılı içtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay tarafından da karar verilebileceği kabul edilmiş olmakla, temyiz isteminin reddi gerekmiştir”. (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>94</sup> Deynekli/Kısa, s. 719.

<sup>95</sup> Y.23.HD., 24.10.2018, E. 2016/940, K. 2018/4916; “İİK’nın 142. maddesi uyarınca haczedilen mal alacaklıların alacağına yetmemesi hâlinde sıra cetveli yapılır. Borçlunun maaşına yazılan haciz yazılarının sıraya konularak bu sıra ile ödeme yapılması sıra cetveli değildir. Sıra cetveline itiraz davalarında davalı alacağının gerçek olduğunu ispat etmek zorunda olmasına rağmen, maaş hacizlerinde üst sıralarda bulunan alacaklar aleyhine açılan davalar genel muvazaa mahiyetinde olup, bu davalarda genel ispat kuralları geçerlidir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>96</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1330.

edemez.<sup>97</sup> Ancak rehin alacaklısı aynı zamanda bir iflâs alacaklısı olduğu için sıra cetveline itiraz davası açabilir. Müflisin sıra cetveline itiraz davası açma hakkı bulunmamaktadır.<sup>98</sup> Sıra cetveline itiraz davasında yetkili ve görevli mahkeme, müflisin iflâsına karar veren yerdeki ticaret mahkemesidir (İİK m. 235/1, c. 1). Sıra cetveline itiraz davası, sıra cetvelinin ilânından itibaren 15 gün içerisinde açılır (İİK m. 235/1, c. 1). Sıra cetveline itiraz davasında basit yargılama usulü uygulanır (İİK m. 235/3, c. 2). Yargılama neticesinde verilen karar maddî anlamda kesin hüküm niteliğindedir.

İflâsta kayıt kabul davası ile sıra cetveline itiraz davası yetki, görev, yargılamada uygulanacak yargılama usulü, dava açma süresi ve yargılamanın sonunda verilecek kararın niteliği açısından benzerlik göstermektedir. Ancak, iflâsta kayıt kabul davası başlı başına eda niteliğinde bir alacak davasıyken; kayıt terkinin mahiyetindeki sıra cetveline itiraz davası çoğunlukla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 19'da düzenlenen muvazaa davası niteliğindedir.<sup>99</sup> Çünkü sıra cetveline iti-

<sup>97</sup> Kuru, s. 3235; Altay, s. 1422; Kuru, El Kitabı, s. 1330.

<sup>98</sup> Kuru, İflâs, s. 308.

<sup>99</sup> Y.23.HD., 02.05.2016, E. 2015/5450, K. 2016/2833; "Dava, muvazaa nedeniyle sıra cetvelinin iptali istemine ilişkindir. Muvazaa nedenine dayalı sıra cetveline itiraz davalarında iddia, kural olarak, borçlu ile davalı alacaklının anlaşmalı (muvazaalı) biçimde borç ilişkisi oluşturarak, diğer alacaklılardan mal kaçırma amacı güttükleri noktasındadır. Bunun için muvazaalı muamelenin borçlandırıcı işleme göre yapıldığı tarih önem taşır. Muvazaadan söz edilebilmesi için, kural olarak, muvazaalı olduğu ileri sürülen alacağın, kendisinden mal kaçırıldığı iddia edilen alaktan daha sonra veya yakın tarihlerde doğmuş olması, diğer anlatımla kural olarak muvazaalı tasarrufun, diğer alacaklı lehine yapılan borçlandırıcı işlemden sonraki tarihi taşıması gerekir. Daha önce doğan alacak, daha sonra doğan alacak için muvazaa oluşturamaz. Takip işlemlerinin hızlandırılması, İİK'nun 20. maddesi uyarınca sürelerden feragat ve haczin borçlunun beyanı üzerine konulması, tek başına muvazaayı gösteren vakıalar değildir. Muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davalarında ispat yükü, davalı alacaklıdır. Davalı alacaklı alacağının varlığını ve miktarını, takipten önce düzenlenmiş ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek nitelikte olan usulüne uygun, birbirini doğrulayan yazılı delillerle kanıtlamalıdır. Her zaman düzenlenmesi mümkün olan çek ve bono, alacağın varlığını ispatlamaya tek başına yeterli değildir. Senetler ve çekler ancak tarafları ve onların cüz'i ve külli halefleri yönünden delil niteliğinde olup, temel ilişkinin ve kambiyo ilişkisinin dışında kalan davacı üçüncü kişi bakımından bu nitelikte bir ispat vasıtası olarak kabul edilemez. Öte yandan, alacağın miktarına göre diğer tarafın açık muvafakatı bulunmadığı sürece tanık dinlenemez ve tanık beyanına dayalı olarak hüküm kurulamaz. Davalı alacaklının savunma ve delilleri çerçevesinde alacağın gerçek olup olmadığının tartışılması, davalı ile borçlu arasındaki hukukî ilişkinin ve davalının alacağının doğum tarihinin değerlendirilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekir."; Y.23.HD., 20.03.2017, E. 2015/6696,

raz davalarının büyük bir çoğunluğu itiraz eden alacaklının kendisinden önceki iflâs alacaklılarının alacağına itiraz etmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

## B. SIRA CETVELİNE KARŞI ŞİKÂYET YOLUYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Sıra cetveline karşı şikâyet, iflâs idaresinin sıra cetvelini düzenlerken iflâs hukukunun şekli kurallarına aykırı hareket etmesi veya iflâs idaresinin yapmış olduğu işlemin hadiseye uygun olmaması hâlinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>100</sup> Sıra cetveline şikâyet, iflâs idaresinin uymak zorunda olduğu kurallara uymaması ve kendiliğinden yapmak zorunda olduğu işleri yapmaması hâlinde hukukî yararı olmak kaydıyla, yapılan işlemin sonuçlarından etkilenen kişiler tarafından başvuru bir hukukî çaredir (İİK m. 227).<sup>101</sup>

K. 2017/863; "Dava, muvazaa nedenine dayalı sıra cetveline itiraza ilişkindir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 07.11.2018).

<sup>100</sup> M. Necmettin Berkin, İflâs Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 354; Üstündağ, İflâs, s. 140; Kuru, İflâs, s. 306; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C:IV, s. 5125; Uyar, Şerh, C:10, s. 16371, 16372; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 739; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 577; Kuru, El Kitabı, s. 1328; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, (Muşul, Şikâyet), s. 193, 194; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 514; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 477; Kuru, İstinaf, s. 627; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 508, 509.

<sup>101</sup> Y.23.HD., 01.06.2016, E. 2016/2643, K. 2016/3379; "iflâs idaresinin, sıra cetvelini düzenlerken uyması gereken iflâs hukuku kurallarına aykırı hareket ettiği veya yaptığı bir işlemin hadiseye uygun olmadığı iddia edilirse, bu halde sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurulur (İİK'nın m. 227; m.16). Şikâyet sebeplerinden en önemlisi, bir alacaklının kendisine verilen sıraya itiraz etmesidir (m. 235, IV). Buna göre, alacağı sıra cetveline kabul edilen bir alacaklı, alacağının esas ve miktarına değil de, yalnız alacağına verilen sıraya itiraz ediyorsa, husumeti iflâs idaresine yönelterek İİK'nın 235/ son maddeleri uyarınca şikâyet yolu ile icra mahkemesine bildirir. HMK'nın 326/1. maddesi gereğince "Yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir". İflâs sıra cetvelini şikâyetle İİK'nın 235/son maddesine göre husumetin iflâs idaresine yöneltilmesi gerektiğine göre, aynı hüküm geçerli olup, somut olayda, şikâyetçi olunanın haklı çıkmasına rağmen yazılı gerekçelerle şikâyet olunan lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi doğru olmamıştır"; Y.23.HD., 27.01.2016, E. 2015/4147, K. 2016/408; "İflâs idaresinin, sıra cetvelini düzenlerken uyması gereken iflâs hukuku kurallarına aykırı hareket ettiği veya yaptığı bir işlemin hadiseye uygun olmadığı iddia edilirse, bu halde sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurulur (İİK'nın m.227; m.16). Şikâyet sebeplerinden en önemlisi, bir alacaklının kendisine verilen sıraya itiraz etmesidir (m. 235, IV). Buna göre, alacağı sıra cetveline kabul edilen bir alacaklı, alacağının esas ve miktarına değil de, yalnız alacağına verilen sıraya itiraz ediyorsa, bunu şikâyet yolu ile icra mahkemesine bildirir. Diğer şikâyet sebeplerine örnek olarak;

Sıra cetveline karşı şikâyet sebepleri arasında en önemli şikâyet sebebi; sıra cetvelinde yer alan herhangi bir alacaklının kendisine verilen sıraya itiraz etmesidir (İİK m. 235/4). Diğer şikâyet sebepleri ise sıra cetvelinin açık olmaması ve sıra cetvelinin hazırlanmasında göz önünde tutulması gereken kanun hükümlerine riayet edilmemesidir (İİK m. 233, 234).<sup>102</sup> Bu sebeplere örnek olarak; masa alacağının sıra cetvelinde gösterilmesini, iflâs idaresi tarafından reddedilmiş bir alacağın neden reddedildiğinin sıra cetvelinde açıklanmamış olmasını, masaya yazdırılmış ve iflâs idaresi tarafından kabul edilmiş bir alacağa sıra cetvelinde yer verilmemesini gösterebiliriz. Sıra cetveline karşı şikâyet, sıra cetvelinin ilânından itibaren yedi gün içerisinde, iflâsa karar vermiş olan ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesinden talep edilir.<sup>103</sup> Eğer icra mahkemesi sıra cetvelinin düzeltilmesine ka-

---

sıra cetvelinin açık olmaması, bu husustaki kanun hükümlerine (İİK'nın m.233-234) uyulmamış olması, sıra cetvelinin ilan edilmemiş olması, masaya yazdırılmış olan bir alacağın unutulmuş olması, masa alacaklarının da sıra cetvelinde gösterilmiş olması, reddedilen bir alacağın neden dolayı reddedildiğinin, yani ret sebeplerinin gösterilmemiş olması gösterilebilir. (Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, 2. Baskı, 2013, Ankara, sh 1329) Bir alacaklı, kendi sırasına veya iflâs hukuku kurallarının yanlış uygulandığına (şikâyet) değil, kendi alacağı hakkında nedenleri gösterilerek verilen ret veya kısmen kabul kararının esasına (kayıt ve kabul davası açarak) veya bir başka alacaklının alacağına veya onun sırasına (kayıt terkin davası açarak) itiraz ediyorsa ticaret mahkemesine dava açmalıdır. İİK'nın 233. maddesine göre sıra cetvelinde, kabul edilmeyen alacaklar red sebepleri ile birlikte gösterilir. İİK'nın 235/1. maddesi uyarınca iflâs sıra cetveline yönelik itirazlar (kayıt kabul ve kayıt terkin davaları) kural olarak genel mahkemelerde (Asliye Ticaret Mahkemesinde) görülür. Şikâyetçi sadece kendi sırasına yönelik itirazlarını, husumet iflâs idaresine yönelttilerek İİK'nın 235/son maddeleri uyarınca icra mahkemesinde ileri sürmelidir. İflâs sıra cetvelinde başka bir alacaklının kabul edilen miktar kadar alacağı bulunmadığına ya da sırasına yönelik itiraz, o alacağın sıradan terkin edilmesi talebini içerdiğinden, şikâyet olarak icra mahkemesinde değil, İİK'nın 235/2. maddesi uyarınca sırasına itiraz edilen alacaklıya husumet yönelttilerek dava yolu ile genel mahkemede (Asliye Ticaret Mahkemesinde) ileri sürülmelidir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 07.11.2018).

<sup>102</sup> Üstündağ, İflâs, s. 140; Kuru, İflâs, s. 307; Uyar, Şerh, C:10, s. 16372; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, C:IV, s. 5125; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 577; Kuru, El Kitabı, s. 1329; Muşul, s. 1348; Muşul, Şikâyet, s. 200, 201; Kuru, İstinaf, s. 627.

<sup>103</sup> Y.23.HD., 30.05.2017, E. 2016/232, K. 2017/1610; "Şikâyetçi, alacağının işçi alacağı olduğundan bahisle kaydedilen sırasına şikâyet etmektedir. Bu tür şikâyetlerde görevli mahkeme, İİK'nın 235. maddesi gereğince icra hukuk mahkemesidir. Bu durumda mahkemece, şikâyetçi alacağının İİK'nın 206/4. fıkrasında yazılan alacaklardan olup, olmadığı belirlenerek, şikâyetin buna göre sonuçlandırılması gerekirken, yazılı gerekçeler ile şikâyetin reddine karar verilmesi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir"; Aynı yönde karar için bkz. Y.19.HD., 12.05.2005, 13060/5441.

rar verirse; iflâs idaresi tarafından mahkeme kararına istinaden yeni bir sıra cetveli düzenlenir ve bu sıra cetveli de ilân edilir. İcra mahkemesinin verdiği kararın sonuçlarından şikâyet yoluna gitmeyen diğer alacaklılar da etkilenir.

İflâsta kayıt kabul davası, sıra cetveline karşı şikâyetin aksine ticaret mahkemesinde açılır ve başlı başına eda niteliğinde bir alacak davasıdır. İflâsta kayıt kabul davası, sıra cetvelinin ilânından sonra 15 gün içerisinde açılırken; sıra cetveline karşı şikâyet yoluna yedi gün içerisinde gidilir. Kayıt kabul davasının sonucundan sadece davayı açan alacaklı etkilenirken; sıra cetveline karşı şikâyet üzerine sıra cetvelinin düzeltilmesine karar verilmesi hâlinde yeni sıra cetveli hazırlanacağı için diğer tüm alacaklılar da davanın sonucundan etkilenir. Sıra cetveline karşı şikâyette maktu harç ödenmekte; kayıt kabul davasında da ağırlıklı görüşe göre maktu harç ödenmektedir.<sup>104</sup> Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere kanımızca iflâsta kayıt kabul davasında nispi harç ödenmelidir.<sup>105</sup>

### C.İTİRAZIN İPTALİ DAVASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

İtirazın iptali davası; genel haciz yolunda borçluya gönderilen ödeme emrine süresi içerisinde itiraz edilmesi ile duran takibe devam etmek için, takip alacaklısı tarafından takip borçlusuna karşı, itirazın takip alacaklısına tebliğinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde genel mahkemelerde açılan ve yapılan yargılama sonucunda itirazın iptal edilmesini sağlayan normal bir eda davasıdır (İİK m. 67/1).<sup>106</sup> İtirazın iptali davası açılabilmesi için öncelikle bir icra takibinin mevcut olması ve bu takibe de borçlu tarafından itiraz edilmiş olması gerekmektedir. Oysa iflâsın açılmasından sonra müflis aleyhinde icra takibi başlatılmayacağı için, müflis aleyhinde itirazın iptali davası açılması da mümkün değildir (İİK m. 193/3). Müflis aleyhinde bir itirazın iptali davası masa alacakları haricinde ancak iflâsın açılmasından önce açılmış olabilir.

<sup>104</sup> Adnan Deynekli, "Sıra Cetveli ile İlgili Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S: 67, Y: 2008, (s.28-69), s. 63.

<sup>105</sup> Bkz. VII. Davada Yargılama Usulü ve İspat.

<sup>106</sup> Gönen Eriş, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 1977/5, s. 828; Deynekli Adnan/Kısa Sedat, *İtirazın İptali Davaları ve İcra İnkâr Kötüniyet Tazminatı*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 78; Uyar, Şerh, C:III, s. 4237; Muşul, s. 373; Kuru, El Kitabı, s. 248; Karşı, s. 222; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 100; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 152; Kuru, s. 144.



Müflisin davacı veya davalı olduğu hukuk davaları iflâsın açılmasıyla durur ve bu davalarda yargılamaya ikinci alacaklılar toplantısından sonra devam edilir (İİK m. 194/1).<sup>107</sup> Müflis aleyhindeki tüm takipler de istisnalar hariç olmak kaydıyla olduğu yerde durur ve iflâsın kesinleşmesiyle düşer (İİK m. 193/1, 2). İflâsta ikinci alacaklılar toplantısının yapılabilmesi için iflâs kararının kesinleşmesi şarttır. Eğer iflâs idaresi iflâsın açılmasından önce açılmış olan itirazın iptali davasında ileri sürülen hakkı kabul etmezse; ikinci alacaklılar toplantısından sonra itirazın iptali davasına kayıt kabul davası olarak devam edilir.<sup>108</sup> Eğer iflâs idaresi iflâsın açılmasından önce açılmış olan itirazın iptali davasında ileri sürülen hakkı kabul ederse bu davanın kabulü mahiyetindedir ve de davanın kabulüne ilişkin sonuçları doğurur.<sup>109</sup>

## SONUÇ

Alacaklıların alacaklarını İİK m. 219/2 uyarınca adi tasfiye usulünde bir ay içerisinde iflâs idaresine, basit tasfiye usulünde ise İİK m. 218 uyarınca iflâs müdürlüğünün yirmi günden az ve iki aydan fazla olmamak üzere tayin edeceği günde, alacaklarını ispat eder mahiyeteki delilleri ile birlikte bildirmeleri gerekir. Alacağı kabul edilmeyen alacaklılar, İİK m. 233 uyarınca ret sebepleriyle birlikte sıra cetvelinde gösterilir. İflâs idaresine ya da basit tasfiye usulünde iflâs müdürüne alacağını bildirirken Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan tarifeye istinaden tebliğ giderini avans olarak yatırıp, alınacak kararların kendi-

<sup>107</sup> Y.19.HD., 01.04.2014, E. 2014/2234, K. 2014/6211; “İİK 194. maddesine göre; iflâsın açılması ile acele haller müstesna olmak üzere müflisin davacı ve davalı olduğu hukuk davaları durur ve ancak ikinci alacaklılar toplanmasından on gün sonra devam olunabilir. Dava konusu alacak iflâs masasına bildirilmiş ve ikinci alacaklılar toplantısında masaya kabul edilmişse itirazın iptali davasının konusu kalmaz. Ancak itirazın iptali davasına konu alacağın ikinci alacaklılar toplantısında kabul edilememesi hâlinde husumet iflâs idaresine yöneltilerek davaya kayıt kabul davası olarak devam edilir ve iflâs tarihi itibarıyla saptanan alacağın iflâs masasına kayıt ve kabulüne karar verilir”; Aynı yönde karar; Y.19.HD., 11.05.2006, 2215/5180 (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 07.11.2018).

<sup>108</sup> Kuru, El Kitabı, s. 1335;

<sup>109</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 531; Gençcan, s. 1093; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 826; Ulukapı, s. 430; Postacıoğlu/Altay, s. 824, 825; Kuru, Usul, s. 546, 547; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C: 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1051, 1052; Erdoğan Öner/Cenker Değirmenci, Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 107; Atalı, Pekcanitez Usul, s. 2031; Orhan Eroğlu, Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 152 vd.

sine posta yoluyla tebliğ edilmesini talep etmiş olan alacaklılara, alacakları ret veya kısmen kabul edilmesi hâlinde tebliğ yoluyla bildirilir.

Alacağı iflâs idaresine veya basit tasfiye usulünde iflâs müdürüne bildirmeyen alacaklının doğrudan doğruya açtığı kayıt kabul davası mahiyetindeki alacak davasında alacaklı, yargılamayı yürüten ticaret mahkemesinden İİK m. 237 uyarınca yapılacak olan ikinci alacaklılar toplantısına katılıp katılmaması ya da katılacaksa hangi miktarda alacağı için katılacağı hususunda İİK m 297/son'un kıyasen uygulanması yoluyla ihtiyati tedbir kararı vermesini talep edebilir. Mahkemenin ihtiyati tedbir talebini reddetmesi hâlinde ret kararına karşı alacaklı istinaf kanun yoluna başvurabilir. Çünkü alacaklının talebi neticesinde verilecek olan karar niteliği itibariyle bir ihtiyati tedbir kararıdır.

Alacağı iflâs idaresi tarafından reddedilen alacaklı, alacağını ispat etmek ve alacağını hüküm altına aldırarak için İİK m. 235'e istinaden iflâs kararı veren ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinde bir dava açar. İflâs hukukunda alacaklının açtığı bu dava kayıt kabul davasıdır. Kayıt kabul davaları, yargılama prosedürü ve yargılamanın neticesinde verilen kararın mahiyeti dikkate alındığında icra ve iflâs hukuku prosedürü içerisinde açılmış maddî hukuk davasıdır. Kayıt kabul davası alacağını iflâs idaresine veya basit tasfiye usulünde iflâs müdürüne hiç bildirmeyen alacaklı açısından ise eda davası mahiyetinde bir alacak davasıdır. Davacının açmış olduğu kayıt kabul davası her ne kadar bir alacak davası ise de davacı bu davada alacağının sıra cetveline kayıt ve kabulünü talep eder. Eğer, iflâsın açılmasından önce müflise karşı açılmış olan alacak veya itirazın iptali davasındaki alacağı iflâs idaresi kabul etmezse, iflâsın açılmasından sonra bu davaya kayıt kabul davası olarak devam edilir ve bu davaya iflâs idaresi devam eder.

Alacağını bildirirken avans yatıran alacaklılara, alacakları ret veya kısmen kabul edilmesi hâlinde ayrıca tebliğ edilir. Bu alacaklılar için kayıt kabul davası açma süresi tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Alacaklının avans vermemiş ve tebligat yapılmasını talep etmemiş olması hâlinde ise kayıt kabul davası açma süresi İİK m. 166/2 uyarınca gazetede yayımlanma tarihinden itibaren başlar. Her iki hâlde de dava açma süresi 15 (on beş) gündür. Bu süre hak düşürücü mahiyette bir süredir.

Kayıt kabul davası açılırken ağırlıklı görüşe göre maktu harç alınması gerekirken, kanımızca nispi harç alınmalıdır. Kayıt kabul davasının davacısı, iflâs alacaklılarıdır. Davalısı ise müflis olmayıp, iflâs idaresidir. Müflisin açılmış olan bir kayıt kabul davasında, masanın yanında fer'i müdahil olarak davaya katılabilmesi mümkündür. Kayıt kabul davalarında görevli ve yetkili mahkeme İİK m. 154/3 uyarınca müflisin iflâsının açılmasına karar veren ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesidir. Görev ve yetki kamu düzenine ilişkindir ve mahkemece kendiliğinden göz önüne alınır. Kayıt kabul davalarında basit yargılama usulü uygulanır. İspat yükü ise davacı üzerindedir. Alacaklı, açmış olduğu kayıt kabul davasında alacağının varlığını ispat etmekte yükümlüdür.

Alacağı reddedilen alacaklı, açmış olduğu davada alacağını bildirirken sunduğu belgeler ve bilgiler ile bağlı değildir. Alacaklı kayıt kabul davasında iddiasını genişletebilir ve yeni deliller sunabilir. İflâs masası da sıra cetvelinde alacak için bildirdiği sebepler ile bağlı olmayıp, açılan kayıt kabul davasında yeni deliller ve yeni iddialar ileri sürebilir.

Davacının açmış olduğu kayıt kabul davasının kabulüne karar verilirse; iflâs idaresi, sıra cetvelini mahkemenin kararına göre tekrar düzenler. Kayıt kabul davası neticesinde verilen karar, masa ile alacaklı arasında kesin hüküm teşkil eder. Çünkü müflis davanın tarafı değildir. Karar, müflis ile alacaklı arasında kesin hüküm teşkil etmez. Kayıt kabul davalarında istinaf ve temyiz süresi 10 gündür. Katılma yolu ile istinaf ve katılma yolu ile temyiz de mümkündür.

İflâsta kayıt kabul davası ile sıra cetveline itiraz davası yetki, görev, yargılamada uygulanacak yargılama usulü, dava açma süresi ve yargılamanın sonunda verilecek kararın niteliği açısından benzerlik göstermektedir. Ancak, iflâsta kayıt kabul davası başlı başına eda niteliğinde bir alacak davasıyken; sıra cetveline itiraz davası çoğunlukla muvazaa davası niteliğindedir.

İflâsta kayıt kabul davası, sıra cetveline karşı şikâyetin aksine ticaret mahkemesinde açılır ve başlı başına bir davadır. İflâsta kayıt kabul davası, sıra cetvelinin ilânından sonra 15 gün içerisinde açılırken; sıra cetveline karşı şikâyet yedi gün içerisinde açılır. Kayıt kabul davasının sonucundan sadece davayı açan alacaklı etkilenirken; sıra cetveli-

ne karşı şikâyet üzerine sıra cetvelinin düzeltilmesine karar verilmesi hâlinde yeni sıra cetveli hazırlanacağı için diğer tüm alacaklılar da davanın sonucundan etkilenir. Sıra cetveline karşı şikâyette maktu harç ödenmekte, iflâsta kayıt kabul davasında da ağırlıklı görüşe göre maktu harç ödenmektedir. Ancak, kanımızca kayıt kabul davasında nispi harç ödenmesi daha yerinde bir uygulama olacaktır.

İflâs idaresi iflâsın açılmasından önce açılmış olan itirazın iptali davasında ileri sürülen hakkı kabul etmezse; ikinci alacaklılar toplantısından sonra itirazın iptali davasına kayıt kabul davası olarak devam edilir. Eğer iflâs idaresi iflâsın açılmasından önce açılmış olan itirazın iptali davasındaki hakkı kabul ederse bu davanın kabulü mahiyetindedir ve de davanın kabulüne ilişkin sonuçları doğurur.

### Kaynakça

- Altay Sümer, *Türk İflâs Hukuku*, Vedat Kitapçılık, C: 2, İstanbul 2004.
- Ansay Sabri Şakir, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 3. Bası, Ankara 1948.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar-Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar-Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, Usul).
- Atalay Özcan, "İflâsta Sıra Cetvelinin Düzenlenmesi ve Yargı Yolu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y:37, S:5, (s.566-570).
- Bahçeci Barış, "İflâs İdaresinin Kamu Alacağıının İflâs Masasına Kaydını Reddetmesi Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (4) 2015, (s.975-1014).
- Berkin M. Necmettin, *İflâs Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972.
- Bilgen Mahmut, *Öğreti ve Uygulamada İflâs Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Bilgen Mahmut, *İflâs, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato ve Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Bora Sevdâ, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön İnceleme Aşaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 8, S:85, Eylül 2013, (s.62-69).
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Çakır Aytuğ Ceyhun, "Amerikan ve İngiliz Hukuklarında Yer Alan Benzer Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Medeni Usul Hukukunda Ön İnceleme", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C:1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Çelik Ahmet Çelik, "6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasa'sına Göre Ön İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C:10, S:111, Y:2012, (s.63-92).

- Dedeoğaç Ender, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdikleri, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011.
- Deliduman Seyithan, İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Deren-Yıldırım Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996.
- Devlilioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2010.
- Deynekli Adnan, "Sıra Cetveli ile İlgili Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S: 67, Y: 2008, (s.28-69).
- Deynekli Adnan/Kısa Sedat, Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Deynekli Adnan/Kısa Sedat, İtirazın İptali Davaları ve İcra İnkâr Kötüniyet Tazminatı, 2. Baskı, Ankara 2005.
- Dülgar Erdal/Süphandağ Yavuz, Sıra Cetveli, Haciz ve İflâsta Özellik Arzeden Durumlar ve İncelikler, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2017.
- Ekecik, Şükran/Duran, Osman, "İflâs Bürosu (İİK m. 221/1 ve 221/4)", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:16, Özel Sayı, Y: 2014, (s.2571-2630).
- Erdönmez Güray, İflâsta Alacaklılar Toplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Eriş Gönen, Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971.
- Eriş Gönen, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 1977/5.
- Ermenek İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme", Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, 24-25 Mart 2011, Ankara 2011, (s.65-95).
- Eroğlu Orhan, Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Gençcan Ömer Uğur, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Görgün L. Şanal, İflâsta İstihkak Davası, A.Ü. Ticari İlimler Akademisi, Ankara 1977.
- Görgün L. Şanal, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, (Görgün, Usul).
- Görgün L. Şanal/Börü Levent/Toraman Barış/Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Gündüz Okan, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Günel Mete, İflâs Davaları ve İflâsın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Güneren Ali, İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Gürdoğan Burhan, İflâs Hukuku Dersleri, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1966.
- İpek Ali İhsan, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Ön İncelemenin Kapsamı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:6, S:63, Kasım 2011, (s.64-69).

- Karahacıoğlu Ali Haydar/Parlar Aynur, Davanın Açılması ve Aşamaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.
- Karslı Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, (Karslı, Usul).
- Kırtıloğlu S. Serhat, İflâs Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Köseoğlu Bilal, Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru Baki, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, (Kuru, İflâs).
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, (Kuru, El Kitabı).
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015, (Kuru, Usul).
- Kuru Baki, İstinaf Sitemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2016, (Kuru, İstinaf).
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 27. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, (Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, (Muşul, Şikâyet).
- Oskay Mustafa/Koçak Coşkun/Değnekli Adnan/Doğan Ayhan, İİK Şerhi, C:4, Ankara 2007.
- Öner Erdoğan/Değirmenci Cenker, Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15 Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Öztek Selçuk, "İflâsta Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları", Daktilo Edilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul 1988.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin-Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin-Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, Ders Kitabı).
- Postacıoğlu İlhan E., "T.C.K. Muvacehesinde İflâs İdare Memurları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 38, S:1-4, Y: 1973, (s.207-220), (Postacıoğlu, İflâs İdare Memurları).
- Postacıoğlu, İlhan E., İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt 1: İflas, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978.



- Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982, (Postacıoğlu, Esaslar).
- Postacıoğlu İlhan E., "İcra ve İflâs Kanunıyla İlgili Bazı Yargıtay İctihadlarında Uygulanan Yorum Şekli Hakkında Düşünceler ve Bu İctihadların Değiştirilmesi Lüzumu ile İlgili Mülâhazalar", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, (Postacıoğlu, Armağan).
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Rüzgâr Orhan, "Basit Yargılama Usulünde Delillerin Toplanması ve Ön İnceleme", İBD, C:87, S:2013/6, (s.128-136).
- Rüzgâresen Cumhuriyet, İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Sungurtekin-Özkan Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir 2013.
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C:1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Taş Korkmaz Hülya, İflas Masası, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2015, (Ulukapı, Usul).
- Umar Bilge, Türk İcra ve İflas Hukukunun Tarihsel Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstanbul 1972.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, (Umar, Şerh).
- Uyar Talih, "Sıra Cetveli Düzenlenerek Paraların Paylaştırılması", İzmir Barosu Dergisi, 1988/1, (s.48-55).
- Uyar Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C: 8, 10, İzmir 2009, (Uyar, Şerh).
- Üçer Mehmet/Meriç Nedim, "Roma Hukukunda ve Medeni Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme", MİHDER, C:8, S:22, 2012/2, (s.3-66).
- Üstündağ Saim, İflâs Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, (Üstündağ, İflâs).
- Üstündağ Saim, İflâs Hukuku, 5. Bası, Avcıol Yayınevi, İstanbul 1998.
- Yıldırım Mehmet Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Yılmaz Ejder, İflâs İdaresi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.
- Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, (Yılmaz, Şerh).

**YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN TEDBİR  
NAFAKASINA DAİR 25.10.2018 TARİHLİ VE  
2017/2-1891 ESAS, 2018/1577 KARAR SAYILI  
KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**  
EVALUATION OF THE DECISION OF THE COURT  
OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS DATED  
25.10.2018, NUMBERED 2017/2-1891,  
2018/1577 REGARDING TEMPORARY ALIMONY

Aziz Erman BAYRAM\*

**Özet:** Tedbir nafakasını konu alan bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının incelendiği bu çalışmanın temel amacı, tedbir nafakası kavramına ışık tutmak ve eşlerden her ikisinin de gelirin bulunmadığı durumlarda, bir eş lehine tedbir nafakasına hükmedilip hükmedilemeyeceği sorununa çözüm bulmaktır. Bunun yanında, çalışmada, asgarî geçim düzeyinde yaşayan bir eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilip hükmedilemeyeceği sorunu da ele alınmıştır. Çalışmada, öncelikle, olayı inceleyen yargı yerleri olan yerel mahkemenin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun hukukî soruna yönelik olarak öngördükleri çözümlere yer verilmiştir. Ardından, tedbir nafakası kavramı, tedbir nafakasının koşulları, tedbir nafakasının miktarının belirlenmesi ve tedbir nafakasının süresi, değiştirilmesi ve sona ermesi konuları işlenmiştir. Son olarak, yapılan açıklamalar ışığında, sözü edilen Yargıtay Hukuk Kurulu kararı değerlendirilmiştir. Yapılan incelemede, hiçbir geliri olmayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, üst derece mahkemelerinin hukukî sorunun çözümüne dair yaklaşımlarının yerinde olmadığı ve eksik olduğu sonuçlarına ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Nafaka, Tedbir Nafakası, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Geliri Olmayan Eş, Asgarî Geçim Düzeyi

**Abstract:** The main purpose of this study, which examines a decision of the Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers regarding temporary alimony, is to enlighten the concept of temporary alimony and to evaluate whether the this alimony should be adjudicated in favor of one spouse in case of the absence of incomes of both spouses. Besides, we also examine the problem whether the temporary alimony should be adjudicated to the detriment of one spouse who lives at a subsistence level. At first, we explain the

\* Arş. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, azizermanbayram@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6232-7928, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.03.2019, Kabul Tarihi: 04.03.2019

jurisdictions of Court of First Instance, the Second Civil Chamber of Court Cassation and the Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers which have handled the case. After that, we explicate the concept of temporary alimony, its conditions, quantity of temporary alimony, duration, changing and termination of temporary alimony. Finally, in the light of the explanations made, we evaluate the decision of the Assembly of Civil Chambers. In this study, we conclude that it cannot be adjudicated the temporary alimony to the detriment of one spouse with no income. For this reason, we conclude that the approach of the Court of Appeals on the jurisdiction on this legal problem is inadequate and incorrect.

**Keywords:** Alimony, Temporary Alimony, Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, Spouse with No Income, Subsistence Level

## GİRİŞ

Ülkemizde, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre, 2017 yılında hukuk mahkemeleri tarafından toplamda 213.263 boşanma davası hakkında karar verilmiştir.<sup>1</sup> Açılıp esastan görülmeye başlanan her boşanma ve ayrılık davasında, hâkim, kendiliğinden tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşullarının oluşup oluşmadığını araştırmak; koşulları varsa tedbir nafakasının miktarını belirlemekle görevlidir. Bunun yanı sıra, hâkim, dava süresince, tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşullarının ortadan kalkıp kalkmadığını veya değişip değişmediğini incelemekle de görevlidir. Ülkemizde açılan boşanma davası sayısının çokluğu, açılıp esastan görülmeye başlanan her boşanma ve ayrılık davasında tedbir nafakasına ilişkin bir değerlendirmenin yapılması zorunluluğu ve tedbir nafakasının eşlere olan etkisi göz önüne alındığında, tedbir nafakası konusunun üzerinde önemle ve dikkatle durulması gerektiği söylenebilir.

Tedbir nafakası, evlilik birliğini sona erdirmeye yolunu seçen ve aralarında uyuşmazlık bulunan eşler arasında akçeli bir iştir; nitekim nafaka ödeme borcu, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşe parasal bir yükümlülük getirir. Bu nedenle, eşiyle arasında bir uyuşmazlık bulunan, buna rağmen tedbir nafakası ödemekle yükümlü kılınan eş, genellikle bu durumdan hoşnut değildir. Buna karşılık, tedbir nafakası, evliliği sona erdirmeye yönelik bir davanın açılmış olmasına rağmen

<sup>1</sup> [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/hukuk\\_pdf/hukuk-karar/2017-karar-hukuk.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/hukuk_pdf/hukuk-karar/2017-karar-hukuk.pdf), E.T. 20.02.2019.

devam eden evlilik birliğine yapılması gereken katkının bir yansımasıdır ve lehine nafakaya hükmedilen eşin yaşamını eskisi gibi sürdürmesini sağlamaya yönelik geçici bir önlemdir. Bu nedenle, özellikle eşinden ayrı yaşarken onun yapacağı parasal katkı olmaksızın yaşamını sürdürmekte zorlanan eş bakımından oldukça önemlidir. Ne var ki, kimi zaman her iki eş de diğer eşe parasal bir katkıda bulunacak ekonomik güce sahip olmaz. İşte, her iki eşin de diğerine parasal bir katkı yapacak kadar gelire sahip olmadığı durum, en kötüsüdür. Nitekim bu durumda eşlerden her ikisi de yaşamını sürdürmekte zorluk çeker ve çoğu kez eşler sosyal yardımlarla ya da başkalarından aldıkları bağışlarla veya borçlarla geçinmeye çalışır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan 25.10.2018 tarihli, 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar sayılı Yargıtay Genel Kurulu kararına<sup>2</sup> konu olan olayda, en kötü senaryo gerçekleşmiş, eşlerden her ikisinin de diğerine parasal bir katkıda bulunacak gelirin olmadığı bir durumla karşılaşılmıştır. Olay önlere gelen yargı yerlerinden yerel mahkeme, eşin bir geliri yoksa onun aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğine karar vermiş; buna karşılık, Özel Daire ve Hukuk Genel Kurulu, eşin bir geliri olmasa bile onun aleyhine tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu çalışmada, sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararının seçilmesinin nedeni tam olarak da budur: Eşlerden her ikisinin de diğerine parasal bir katkıda bulunacak gelirin olmadığı bir durumda, geliri olmayan bir eş seçilerek onun aleyhine tedbir nafakası ödetilmesine karar verilmesinin adil, hukukî ve yerinde olup olmadığının tartışılmasıdır. Çalışmada tartışma bir adım daha ileri götürülecek ve sadece hiçbir geliri olmayan değil; yalnız kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek kadar geliri olan eş aleyhine de tedbir nafakasına hükmedilip hükmedilemeyeceği sorusuna yanıt aranacaktır.

## I. KARARA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ

Ankara 4. Aile Mahkemesi'nde görülen boşanma davasının tarafları, 20.02.2011 tarihinde evlenmişler, evliliklerinin üzerinden çok geçmeden, aynı yıl içinde, aralarındaki anlaşmazlıklar nedeniyle karşılıklı olarak boşanma davası açmışlardır. Yargılama devam ederken, yerel mahkeme 23.11.2011 tarihinde bir ara karar tesis etmiş ve davalı- karşı

<sup>2</sup> <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-2-1891.htm&kw>, E.T. 17.01.2019.

davacı kadın yararına 500,00 TL tedbir nafakasına hükmetmiştir. Bunu takiben, yerel mahkeme, yaklaşık bir ay sonra 19.12.2011 tarihinde yeniden bir ara karar tesis etmiş ve davalı- karşı davacı kadın yararına hükmolunan 500,00 TL tutarındaki tedbir nafakasının ödenmesinin geçici olarak durdurulmasına karar vermiştir. Yerel mahkeme, 19.12.2011 tarihli ara kararında, tedbir nafakasının ödenmesinin geçici olarak durdurulmasına gerekçe olarak davacı- karşı davalı erkeğin işsiz olduğunu ve hiçbir gelirin bulunmadığını göstermiştir.

Taraflar arasındaki boşanma davasının yargılaması 21.09.2012 tarihinde sona ermiş ve yerel mahkeme yargılama sonunda, davacı erkeğin boşanmaya yol açan olaylarda bir kusurunun bulunmadığı; davalı kadının ise başkasıyla gönül ilişkisi içerisine girdiği ve bu nedenle tam kusurlu olduğu gerekçesiyle, erkeğin davasının kabulüne, tarafların boşanmalarına, kadının davasının reddine karar vermiştir. Yerel mahkeme, aynı zamanda, erkek yararına 5.000,00 TL maddî tazminata ve 5.000,00 TL manevî tazminata hükmetmiş; kadının maddî ve manevî tazminat taleplerini ise reddetmiştir.

Davalı kadının vekilinin temyizi üzerine, yerel mahkeme kararı Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ne gelmiş ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kararı, boşanma ve kusur belirlemesine dair gerekçesini onanmak suretiyle kesinleştirmiş; buna karşılık tedbir nafakasına dair bozmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bozma kararına karşı yerel mahkeme, "*davacı erkeğin çalışmadığını, sabit bir gelirin olmadığını, kadının da dava tarihinde çalışmadığını, bozmadan sonraki taraf anlatımına göre bir süre işe girip tekrar çıktığını ve çalışabilecek durumda olduğunu*" gerekçe göstererek direnme kararı vermiştir. Uyuşmazlık, direnme yoluyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

## II. YARGI YERLERİNİN OLAYA İLİŞKİN OLARAK ÖNGÖRDÜĞÜ ÇÖZÜMLER

### A. Ankara 4. Aile Mahkemesi'nin 21.09.2012 Tarihli ve 2011/1096 E., 2012/1186 K. Sayılı Kararı

Ankara 4. Aile Mahkemesi, boşanma davası yargılaması devam ederken, 23.11.2011 tarihinde verdiği ara kararla davalı kadın yararına 500,00 TL tedbir nafakasına hükmetmiş; ancak 19.12.2011 tarihinde yeniden bir ara karar tesis ederek davacı erkeğin işsiz olması ve hiçbir gelirin bulunmaması nedeniyle davalı kadın yararına hükmolunan

500,00 TL tutarındaki tedbir nafakasının ödenmesinin geçici olarak durdurulmasına karar vermiştir. Yargılama sonunda ise yerel mahkeme, davacı erkeğin davasının kabulüne, tarafların boşanmalarına ve kadının davasının reddine karar vermiştir. Yerel mahkeme, aynı zamanda erkek yararına 5.000,00 TL maddî tazminata ve 5.000,00 TL manevî tazminata hükmetmiş, kadının maddî ve manevî tazminat taleplerini ise reddetmiştir.

### **B. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2013 Tarihli ve 2013/1834 E., 2013/26011 K. Sayılı Kararı**

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.11.2013 tarihli ve 2013/1834 Esas, 2013/26011 Karar sayılı kararında<sup>3</sup> yerel mahkeme kararının dayandığı delillerde, kanuna uygun sebeplerde, delillerin takdirinde bir yanlılık görmemiş; kararın boşanma ve kusur belirlemesine dair gerekçesini onamıştır. Buna karşılık, Özel Daire, yerel mahkeme kararını, mahkemece 19.12.2011 tarihinde verilen, davacı kadın yararına hükmedilmiş olan tedbir nafakasının geçici olarak durdurulmasına dair ara karar nedeniyle bozmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ne göre, "kocanın işsiz olması ve gelirin bulunmaması, hükmedilen tedbir nafakasının tamamıyla kaldırılmasını gerektirmemektedir". Aksine, kocanın işsiz olması ve gelirin bulunmaması ancak daha önce takdir edilen nafakanın indirilmesi için bir gerekçe olabilir. Yargılama sırasında geçim için ihtiyaçları devam eden davalı kadın yararına Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi gereğince 19.12.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tedbir nafakasına hükmedilmemesi doğru görülmemiş; dolayısıyla yerel mahkeme kararı bu nedenle bozulmuştur.

### **C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 E., 2018/1577 K. Sayılı Kararı**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, öncelikle, direnme yoluyla Kurul'un önüne gelen uyuşmazlığın, davalı kadın yararına ara kararla hükmedilen tedbir nafakasının kaldırılmasının koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplandığını belirlemiştir. Bunun üzerine, Kurul, tedbir nafakasına ilişkin genel açıklamalar yapmış, bu kapsamda, tedbir nafakasının Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde sözü

<sup>3</sup> <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2013-1834.htm&kw>, E.T. 18.01.2019.



edilen geçici önlemlerden biri olduğunu; tedbir nafakasının, talebe bağlı olmaksızın, diğer bir deyişle re'sen takdir edilmesi ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren karar kesinleşinceye kadar hüküm altına alınması gerektiğini belirtmiştir. Kurul, bu nedenle, tedbir nafakasının takdirine dair kararın, davanın açıldığı tarih itibariyle tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin olarak yapılan araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kurul, ayrıca, boşanma ve ayrılık davalarında, tarafların kusur durumunun hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur olmadığını; kusurlu eş yararına bile, tedbir nafakası gibi önlemlerin alınmasının mümkün olduğuna işaret etmiştir. Bunun dışında, *"her iki tarafın da gelirin bulunmasının tedbir nafakasına hükmedilmesini engelleyici bir durum olmadığını"*; ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine yakın olması durumunda ise geçici tedbir nafakası ödeme zorunluluğunun ortadan kalkacağını belirtmiştir. Kurul, söz konusu açıklamalara ek olarak, Kanun'un 169. maddesi uyarınca takdir edilen tedbir nafakasının, açılan boşanma davası kapsamında alınan geçici nitelikteki bir önlem olarak hâkim tarafından yargılama sırasında kaldırılmadığı takdirde, boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesiyle kendiliğinden sona ereceğini ifade etmiştir.

Kurul, tüm bu açıklamalardan sonra, yerel mahkemenin direnme gerekçesinin yerinde olmadığını; aksine, *"erkeğin gelirinin bulunmamasının, kadının çalışıyor olmasının veya kadının kusurlu olmasının kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesine engel teşkil eden vakıalar olmadığı"* sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Kurul, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, yerel mahkemenin bozma kararına uyması gerekirken önceki kararında direnmesini usûl ve yasaya aykırı bulmuş ve direnme kararını bozmuştur.

### III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKÎ SORUN

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda çözülmesi gereken temel sorun, davalı kadın yararına ara kararla hükmedilen tedbir nafakasının kaldırılmasının koşullarının oluşup oluşmadığı; diğer bir deyişle yerel mahkemenin direnme kararında belirttiği üzere, davacı erkeğin işsiz olmasının ve hiçbir gelirin bulunmaması-

nın daha önce hükmedilen tedbir nafakasının kaldırılmasına gerekçe oluşturup oluşturamayacağıdır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kocanın işsiz olmasının ve gelirin bulunmamasının, hükmedilen tedbir nafakasının tamamıyla kaldırılmasını gerektirmeyeceğine; aksine, kocanın işsiz olmasının ve gelirin bulunmamasının ancak daha önce takdir edilen nafakanın indirilmesi için bir gerekçe olabileceğine karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise kararında, tedbir nafakasına hükmedilebilmesi için tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının araştırılması gerektiğini açıkça ortaya koymuş; buna rağmen Kurul, erkeğin gelirin bulunmamasının ve kadının çalışıyor olmasının, kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesine engel teşkil eden vakıalar olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, kararında tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının araştırılması gerekliliğine dikkat çekmesine rağmen, eşin gelirin olmamasının onun aleyhine tedbir nafakasına hükmedilmesine engel oluşturmayacağını kabul etmesi çelişkili görünmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, eşin işsiz olmasının ve hiçbir gelirin bulunmamasının hükmedilen tedbir nafakasının kaldırılması sonucuna yol açmayacağını kabul etmesi hem Özel Daire'nin hem de Genel Kurul'un eşin ödeme gücünün ortadan kalkmasının tedbir nafakasının kaldırılması sonucunu doğurmayacağını benimsediğini göstermektedir. Diğer bir anlatımla, üst derece yargı yerleri; ya eşin işsiz olmasının ve hiçbir gelirin bulunmamasının onun ekonomik durumuna, bu bağlamda ödeme gücüne, etki etmeyeceğini kabul etmektedir ya da eşin geliri bulunmasa ve bu nedenle ödeme gücü ortadan kalksa bile bunun tedbir nafakasının kaldırılması sonucunu doğurmayacağını benimsemektedir. Dolayısıyla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olay bakımından üzerinde durulması gereken temel meseleler, eşin ödeme gücünün nasıl belirleneceği, eşin gelirin olmamasının onun ödeme gücünün olmaması anlamına gelip gelmediği ve eşin ödeme gücü ortadan kalkarsa tedbir nafakasının da kaldırılmasının gerekip gerekmediğidir. Bu kapsamda, tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşullarının neler olduğunun, tedbir nafakasının miktarının nasıl belirlenmesi gerektiğinin ve tedbir nafakasının hangi hâllerde değiştirilip hangi hâllerde ortadan kaldırılabilceğinin üzerinde önemle durulması gerekir.

## IV. KONUYLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR

### A. Tedbir Nafakası Kavramı

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda<sup>4</sup> tedbir nafakası kavramına açıkça yer verilmemiş; bu kavram Kanun'da tanımlanmamıştır.<sup>5</sup> Bununla birlikte, Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde, boşanma veya ayrılık davasında hâkimin, davanın devamı süresince gerekli olan geçici önlemleri re'sen alacağı düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, hâkim tarafından re'sen alınacak geçici önlemlerin, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin olacağı hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, boşanma, ayrılık veya evlenmenin iptali<sup>6</sup> davasında, hâkim tarafından, eşlerin "geçimine" ya da çocukların "bakımına ve korunmasına" yönelik olarak eşlerden biri tarafından diğer eşe ya da çocuğa yapılması öngörülen parasal katkıya uygulamada "tedbir nafakası" adı verilmektedir.<sup>7</sup>

Tedbir nafakasına hükmedilmesindeki amaç, eşlerin boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası süresince geçimini sağlayabilmesidir. Nitekim sözü edilen davaların açılmasıyla, eşlerden birinin geçimini sağlayabilmesi, yaşamını sürdürmesi zorlaşabilir. Çoğu kez, boşanma davasının açılmasıyla birlikte, eşinden ayrı yaşamaya başlayan kişinin

<sup>4</sup> Resmî Gazete, T. 8.12.2001, S. 24607.

<sup>5</sup> Türk Medenî Kanunu'nda tedbir nafakasından açıkça söz edilmemiş olmasına rağmen, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un (Resmî Gazete, T. 08.03.2012, S. 28239) 5. maddesinin 4. fıkrasında tedbir nafakasına açıkça yer verilmiş; şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut ailenin geçimine katkıda bulunan kişiyse, TMK hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkimin, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilme dahi tedbir nafakasına hükmedebileceği düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> Türk Medenî Kanunu m. 160 gereğince, evlenmenin iptali davasında da yargılama usulü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır.

<sup>7</sup> Bozdağ'a göre, tedbir nafakasının beş türü bulunmaktadır. Bunlar, evlilik devam ederken ailenin korunması amacıyla istenen tedbir nafakası (TMK m. 195/I), evlenmenin iptali davasında hükmedilecek tedbir nafakası (TMK m. 157/II, m. 158/II), boşanma ve ayrılık davalarında hükmedilecek tedbir nafakası (TMK m. 169), çocuklar lehine hükmedilecek tedbir nafakası (TMK m. 169) ve evlât edinilen çocuk lehine hükmedilecek tedbir nafakasıdır (TMK m. 327/I) Gonca Gülfem Bozdağ, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Ankara 2015, s. 31 vd. Buna karşılık, bu çalışmada, tedbir nafakası kavramı, çalışmanın konusunu oluşturan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı dikkate alınarak TMK m. 169 kapsamında boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davasında geçici bir önlem olarak eş lehine hükmedilen (geçici) tedbir nafakası ile sınırlı tutulmuş, yeri geldiğinde çocuk lehine hükmedilen tedbir nafakasına da değinilmiştir.

menfaatleri tehlikeye girer. Tedbir nafakası, söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırma ya da azaltma; diğer bir anlatımla eşin dava süresince tehlikeye giren menfaatlerini güvence altına alma amacına hizmet eder. Bir eş lehine tedbir nafakasına hükmedilmesi, boşanma sürecinde olan eşin menfaatlerinin dava süresince korunmasını temin eder.<sup>8</sup> Özellikle uzun süren yargılamalarda, tedbir nafakasına hükmedilmesinin önemi daha da büyüktür. Nitekim tedbir nafakası sadece menfaatleri tehlikeye giren eşe geçici bir hukukî koruma sağlamakla kalmaz, aynı zamanda eşler arasında, davanın açılmasıyla büyük olasılıkla bozulan barış düzeninin geçici de olsa temin edilmesine yardımcı olur.<sup>9</sup>

Açılan boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası süresince bir eşin geçimini, diğer eşin yaptığı katkıyla sürdürmesinin; diğer bir deyişle bir eşin diğer eşe nafaka ödemekle yükümlü tutulmasının temelinde evlilik birliği düşüncesi yatar. Zira evlilik birliği devam ederken eşler TMK m. 186/III gereğince birliğin giderlerine güçleri oranında emekleri ve malvarlıkları ile katılmakla yükümlüdür. Boşanma, ayrılık veya evlenmenin iptali davasının açılması, eşler arasındaki evlilik birliğini sona erdirmez. Dolayısıyla, söz konusu davaların açılması nedeniyle eşler ayrı yaşıyor olsa bile evlilik birliği sona ermediğinden, eşlerin birliğin giderlerine katılma ve bu kapsamda birbirlerine karşı olan yardım ve bakım yükümlülüğü devam eder. Aynı şekilde TMK m. 327/I gereğince, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Sözü edilen davaların açılmasıyla fiilen çocuğuna bakmayan eş, dava süresince çocuğa karşı olan bakım yükümlülüğünü bir miktar para ödemek suretiyle yerine getirmektedir. Uygulamada boşanma, ayrılık veya evlenmenin iptali davasında, aralarındaki yardım ve bakım yükümlülüğü devam eden eşlerden birinin kendisinden ayrı yaşayan diğer eşin geçimine ya da çocukların bakım ve korunmasına yaptığı parasal katkıya tedbir nafakası denilmektedir.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Martin Leuenberger, FamKomm, Scheidung Band I: ZGB/Band II: Anhänge, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 276 ZPO, N. 1; Heinz Hausheer/Annette Spycher/Rolf Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, s. 214.

<sup>9</sup> Thomas Sutter-Somm/Flora Stanischewski, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016, Art 276 ZPO, N. 5; Paul Oberhammer/Beatrice van de Graaf, Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 276 ZPO, N. 1.

<sup>10</sup> Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 747; Mustafa Dural/Tufan

Tedbir nafakası; dava süresince, dava sonunda bir eş lehine hükmedilebilecek olan yoksulluk nafakasının; çocuk lehine ise hükmedilebilecek olan iştirak nafakasının işlevini gören “önlem” niteliğinde bir nafakadır.<sup>11</sup>

## B. Tedbir Nafakasına Hükmedilmesinin Koşulları

### 1. Boşanma, Ayrılık ya da Evlenmenin İptali Davasının Görülmekte Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi kapsamında başvurulabilecek geçici bir önlem olarak tedbir nafakasına hükmedilebilmesinin ilk koşulu, boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davasının derdest olmasıdır. Gerçekten de kanun koyucu; TMK m. 169'da “*boşanma veya ayrılık davası açılınca*” ifadesine yer vermek suretiyle, tedbir nafakasına hükmedilebilmesini davanın derdest olması koşuluna bağlamıştır. Bu nedenle, tedbir nafakasına en erken davanın açılmasıyla birlikte hükmedilebilir.<sup>12</sup> Henüz sözü edilen davalar açılmadan önce, eşlerin geçimine ilişkin olarak bir uyuşmazlık doğarsa, hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, TMK m. 195 ve devamı hükümleri gereğince evlilik birliğinin korunması kapsamında gerekli önlemleri alır.<sup>13</sup> Bu kapsamda, eşlerin geçimine ilişkin bir uyuşmazlıkta hâkim, eşler henüz birlikte yaşarken TMK m. 196/I gereğince ailenin geçimi için her bir eşin yapacağı parasal katkıyı belirler; eşler birlikte yaşamaya ara vermişse TMK m. 197/II gereğince, bir eşin diğer eşe yapacağı parasal katkıyı takdir eder.

Tedbir nafakasına en geç dava sona ermeden önce hükmedilebilir. Gerçekten de Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde geçici önlemlerin “*davanın devamı süresince*” alınabileceğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla açılan dava sonucunda verilen kararın kesinleşmesi hâlinde, davanın görülmekte olması koşulu ortadan kalktığından, artık tedbir

Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 134; Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 11.

<sup>11</sup> Ekrem Kurt, “Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (MK m. 169)”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı:1, Haziran 2013, s. 97 vd.

<sup>12</sup> Dieter Freiburghaus, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 7; Leuenberger, FamKomm Art. 276 ZPO, N. 4; Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 6.

<sup>13</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 6

nafakasına hükmedilemez. Ancak ilk derece yargılaması sona ermiş ve bu yargılamada tedbir nafakasına hükmedilmemiş olsa bile, istinaf ya da temyiz yoluyla kararın bozulması nedeniyle ilk derece yargılamasında davanın görülmesine devam edilmekteyse, bozmadan sonraki safhada da koşulları varsa tedbir nafakasına hükmedilebilir.<sup>14</sup>

## 2. Tedbir Nafakasına Hükmedilmesinin Gerekli Olması

### a) Genel Olarak

Hâkim, tedbir nafakasına ancak ve ancak bu yönde bir karar verilmesi gerekliyse hükmedebilir.<sup>15</sup> Gerçekten de TMK m. 169' da boşanma veya ayrılık davasında hâkimin, davanın devamı süresince "gerekli" olan geçici önlemleri alacağından söz edilmiştir. Tedbir nafakasının gerekli olması, tedbir nafakasının bu yönde bir karar verilmesiyle ulaşılmak istenen amaca uygun ve elverişli olması anlamına gelir.<sup>16</sup> Bir eş lehine tedbir nafakasına hükmedilmesindeki temel amaç, eşin menfaatlerinin dava süresince korunmasını temin etmek ve devam eden evlilik birliğinde bozulan barış düzenini mümkün olduğunca sağlamak olduğundan, tedbir nafakasına ancak söz konusu nafaka, eşin tehlikeye giren menfaatlerini ve barış düzenini temin etmeye uygun ve elverişliyse hükmedilmelidir.

Tedbir nafakası, gerekli, uygun, orantılı ve amaca ulaşmaya elverişli olmalıdır. Tedbir nafakasının gerekli, uygun, orantılı ve elverişli olup olmadığı konusundaki takdir yetkisi hâkime aittir. TMK m. 4 uyarınca, hâkim, takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Bu bağlamda, hâkim, takdir yetkisini kullanarak somut olayın özelliklerine göre tedbir nafakasına hükmedil-

<sup>14</sup> Yargıtay 2. H.D. E. 1986/3485, K 1986/3640, T. 07.04.1986 (Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II, 2. Bası, Ankara 2009, s. 1135).

<sup>15</sup> Annette Dolge, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, St. Gallen 2016, Art. 276 ZPO, N. 4; Ivo Schwander, OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2015, Art. 276 ZPO, N. 2; Annette Spycher, BK-Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 276 ZPO, N. 6; Freiburghaus, CHK Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 3; Leuenberger, FamKomm Art. 276 ZPO, N. 3; Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 8; Oberhammer/van de Graaf, Art. 276 ZPO, N. 2.

<sup>16</sup> Spycher, BK Art. 276 ZPO, N. 6.



mesinin gerekli, uygun, orantılı ve amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığını değerlendirmelidir. Hâkim, tedbir nafakası kararını verirken lehine tedbir nafakasına hükmedilen eşin elde edeceği hukukî koruma ile kararın yerine getirilmesiyle aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşin maruz kalacağı müdahale arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulmasını gözlemelidir<sup>17</sup>.

### b) Lehine Tedbir Nafakasına Hükmedilecek Olan Eşin İhtiyacı

Tedbir nafakasının gerekli olması, bir eşin dava süresince geçimini eskisi gibi sürdürebilmesi için diğer eşin parasal katkısına ihtiyaç duymasını da gerektirir. Diğer bir anlatımla, hâkim, tedbir nafakasına ancak, bir eşin geçimini, dava açılmadan önceki şekliyle, diğer eşin parasal bir katkıda bulunması yoluyla sağlayabilmesi durumunda karar verebilir. Bu nedenle, hâkim, lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin yaşam standardını<sup>18</sup> ve ekonomik<sup>19</sup> durumunu araştırmalı ve eş bu açıdan nafakaya gereksinim duyuyorsa nafaka kararı vermelidir.

Dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra eşler aralarında birbirlerine karşı olan bakım yükümlülüklerini nasıl yerine getireceklerini kararlaştırmışsa<sup>20</sup> ya da dava sırasında tedbir nafakasının istenmediği eşlerden biri tarafından açıkça belirtilmişse, tedbir nafakası ödenmesine gerek kalmaz ve hâkim, eş lehine tedbir nafakasına hükmedemez.<sup>21</sup> Eşler birlikte yaşamaya haklı bir sebeple ara vermiş ve hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine TMK m. 197/II uyarınca, bir eşin diğerine yapacağı parasal katkıyı belirlemişse, kural olarak söz konusu hüküm ortadan kaldırılmadıkça eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemez.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Genel olarak geçici hukukî koruma önlemleri bakımından, Evrim Erişir, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 535 vd.

<sup>18</sup> Yaşam standardının nasıl belirleneceği konusu IV. C. 2. c.'de ele alınmıştır.

<sup>19</sup> Ekonomik gücün nasıl belirleneceği konusu IV. B. 3. b.'de ele alınmıştır.

<sup>20</sup> Leuenberger, FamKomm, Art 276 ZPO, N. 3; Oberhammer/van de Graaf, Art. 276 ZPO, N. 2; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 134.

<sup>21</sup> Esra Günay İnan, Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2018, s. 126; Öztan, s. 748. Buna karşılık, eş dava dilekçesinde tedbir nafakası istemediğini bildirmiş ancak devam eden dava süresince sonraki bir aşamada tedbir nafakası talep etmişse, koşulları varsa, talep gününden itibaren nafakaya hükmedilebilir (Yargıtay 2. H.D. E. 2006/2545, K. 2006/9227, T. 12.6.2006, www.kazanci.com, E.T. 01.02.2019).

<sup>22</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 8; Leuenberger, FamKomm Art. 276 ZPO, N. 3; Freiburghaus, CHK Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 3; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 2; Schwander, OFK Art. 276 ZPO, N. 2; Oberhammer/van de Graaf, Art. 276 ZPO, N. 2.

Bununla birlikte, davayı gören hâkim, dava açılmadan önce TMK m. 197/II gereğince hükmedilen parasal katkı miktarını çok düşük bulursa, TMK m. 169 gereğince eş lehine tedbir nafakası ödenmesine hükmedebilir.<sup>23</sup> Aynı şekilde, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 5/IV uyarınca tedbir nafakasına hükmedilmişse, söz konusu nafaka kararı ortadan kaldırılmadıkça, TMK m. 169 gereğince eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemez. Bununla birlikte, hâkim, TMK m. 169 gereğince hükmedilecek olan tedbir nafakasını, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrası gereğince hükmedilen nafakanın sona erme tarihinden itibaren başlatabilir.<sup>24</sup>

Düzenli, sürekli ve yeterli gelirin bulunması nedeniyle, dava süresince geçimini eskisi gibi sürdürmesi mümkün olan, diğer eşin parasal katkısına ihtiyaç duymayan eş lehine de tedbir nafakasına hükmedilemez.<sup>25</sup> Ayrıca eşlerin malvarlıkları ve gelirleri birbirine yakınsa ya da eşitse, bir eş lehine, diğer eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemez.<sup>26</sup>

### 3. Aleyhine Tedbir Nafakasına Hükmedilecek Olan Eşin Ekonomik Gücünün Bulunması

#### a) Ekonomik Gücü Olmayan Eş Aleyhine Tedbir Nafakasına Hükmedilememesi

Boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası süresince bir eşin geçimini, diğer eşin yaptığı katkıyla sürdürmesinin; bir eşin diğer eşe tedbir nafakası ödemekle yükümlü tutulmasının temelinde evlilik bir-

<sup>23</sup> Yargıtay HGK E. 1991/2-666, K. 1992/68, T. 12.2.1992 (www.kazanci.com, E.T. 02.02.2019).

<sup>24</sup> Emel Badur, "Kadının Şiddet Nedeniyle Uğradığı Zararların Tazmini ve Nafaka", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı:1, Nisan 2018, s. 23-24.

<sup>25</sup> Bilâl Köseoğlu/Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa 2011, s. 157; Yargıtay 2. H.D. E. 2005/6653, K. 2005/8998, T. 13.06.2005 (Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara 2015, s. 883). Kılıçoğlu'na göre, çalışabilecek meslek ve sanatı olduğu hâlde çalışmayan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemez. Bu nedenle, meslek ve sanat sahibi olan ya da çalışabilecek güçte olduğu hâlde dava süresince çalışmayan yahut kayıt dışı çalışan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemez (Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2019, s. 120).

<sup>26</sup> Yargıtay 2. H.D. E. 2005/6050, K. 2005/11084, T. 12.07.2005; Yargıtay 2. H.D. E. 2005/3136, K. 2005/4794, T. 28.03.2005 (Gençcan, s. 883).

liği düşüncesi yatar. Nitekim evlilik birliği devam ederken eşler TMK m. 186/III gereğince birliğin giderlerine “güçleri oranında emekleri ve malvarlıkları” ile katılmakla yükümlüdür. Eşler birlikte yaşarken evlilik birliğine ancak güçleri oranında malvarlıklarıyla katılmakla yükümlü olduklarından, boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası açılınca da evlilik birliğine, bu bağlamda diğer eşin geçimine; ancak güçleri oranında malvarlıklarıyla katılmakla yükümlü tutulabilirler. Hiçbir geliri ya da malı olmayan eşin, gerek eşler birlikte yaşarken evlilik birliğine parasal katkıda bulunması, gerekse eşler ayrı yaşarken diğer eşin geçimine parasal katkıda bulunması beklenemez. Bu nedenle, boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası süresince hiçbir (net) geliri ya da malı olmayan<sup>27</sup> eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceği açıktır.<sup>28</sup>

Hiçbir geliri olmayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilmesi, onun ağır ihmeline dayanan ya da kötünietli davranışlarına hoşgörü gösterileceği anlamına gelmez. Kasten, ağır ihmalle veya kötünietli olarak gelir elde etmekten kaçınan eş aleyhine tedbir nafaka-

<sup>27</sup> Eşin malvarlığının kendisi, kural olarak ekonomik gücün belirlenmesinde ve bu bağlamda tedbir nafakasına hükmedilmesinde dikkate alınmaz. Ancak diğer eşin hiçbir malvarlığının olmadığı özel durumlar bu kurala istisnadır. Bu hususta bkz. IV. B. 3. b.

<sup>28</sup> Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2019, s. 285; Hâluk Bozovalı, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990, s. 35; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Ankara 2018, s. 154; Ahmet Cemal Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Ankara 2003, s. 38; Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Temmuz - Ağustos 2016, s. 421 vd.; Öztan, s. 750; Gençcan, s. 884; Günay İnan, s. 128. Yargıtay 2. H.D. E. 2003/6627, K. 2003/8302, T. 5.6.2003 (www.kazanci.com, E.T. 03.02.2018); Yargıtay 2. H.D. E. 2003/14274, K. 2003/360, T. 16.01.2003 (Ali İhsan Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 4. Bası, Ankara 2011, s. 628). 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (Resmî Gazete, T. 19.06.1932, S. 2128) 344. maddesinin 1. fıkrasında, nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilmesi öngörülmüştür. Malı ya da geliri olmayan ve bu nedenle hayatın olağan akışına uygun olarak aleyhine hükmedilen tedbir nafakasını ödeyemeyen borçluyu üç ay süresince özgürlüğünden alıkoymak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 12.12.1966 tarihinde zorunlu askerlik görevini yapan ve başka hiçbir geliri ve serveti olmayan kocanın nafaka ile sorumlu tutulmaması gerektiğini karara bağlamıştır (Yargıtay İBGK, E. 1966/5, K. 1966/11, T. 12.12.1966 (www.kazanci.com, E.T. 03.02.2018)).

sına hükmedilebilir.<sup>29</sup> Gelirini kasten ya da ağır ihmalle azaltan, kötü-niyetli olarak çalışmayan eşin geliri varsayımsal olarak hesaplanır.<sup>30</sup> Ayrıca bir eşin hâlihazırda elde ettiği gelirden daha fazla bir kazanç sağlaması gerçekten mümkün ve makulse, varsayımsal olarak daha yüksek gelir hesaplanır ve eş aleyhine hükmedilecek olan tedbir nafakası miktarının belirlenmesinde söz konusu gelir göz önünde bulundurulur.<sup>31</sup>

Tedbir nafakasına hükmedilebilmesi için aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin ekonomik gücünün bulunması koşulu, tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekli olması hususuyla da ilişkilidir. Gerçekten de tedbir nafakasının gerekli olması, aynı zamanda bu tür bir geçici önleme başvurulmasının uygun ve orantılı olmasını da zorunlu kılar. Diğer bir deyişle, gereklilik bünyesinde uygunluk ve orantılılığı da barındırır.<sup>32</sup> Evlilik birliği devam ederken birlikte yaşayan eşler TMK m. 186/III gereğince birliğin giderlerine “*güçleri oranında*” katılmakla yükümlüdür. Boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası açılınca da ayrı yaşayan eşlerden biri, diğer eşin geçimine; ancak uygun ve orantılı olduğu ölçüde katkıda bulunmakla yükümlü kılınmalıdır. Aksi hâlde, eşine tedbir nafakası ödemek zorunda kalan kişiye, eşiyile beraber yaşarken yüklenen yükümlülüğünden daha fazla yükümlülük yüklenmiş olur. Dolayısıyla ekonomik gücü bulunmayan eşe tedbir nafakası ödeme yükümü getirilmesi uygun olmadığı gibi orantılı da olmaz.

Bir görüşe göre, eşin gelirinin az olması onu tedbir nafakası ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz.<sup>33</sup> Tedbir nafakası mutlak nitelik taşır. Eşin çalışma imkânı ve ödeme gücü elinde olmayan nedenlerle elin-

<sup>29</sup> Rolf Vetterli, FamKomm, Band I: ZGB/Band II: Anhänge, Band I: ZGB/Fünfter Titel: Die Wirkung der Ehe im Allgemeinen/Art. 176, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 176 ZGB, N. 30.

<sup>30</sup> Urs Gloor/Annette Spycher, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 125 ZGB, N. 15; Ingeborg Schwenzer/Andrea Büchler, FamKomm, Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen/Art. 125/I. - II., 3. Auflage, Bern 2017, Art. 125 ZGB, N. 22; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Öztan, s. 751; Günay İnan, s. 129.

<sup>31</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 12.

<sup>32</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 7; Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 8; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 4; Schwander, OFK Art. 276 ZPO, N. 2; Spycher, BK Art. 276 ZPO, N. 6.

<sup>33</sup> Gençcan, s. 882.

den kalkmadıkça, eş tedbir nafakası ödemekle yükümlüdür.<sup>34</sup> Yargıtay bu görüştedir.<sup>35</sup> İsviçre öğretisinde ve içtihatlarında hâkim olan diğer bir görüşe göre, ekonomik durumu iyi olmayan, sadece kendi ve varsa çocuklarının yaşamını sürdürmeye yetecek bir gelire ve malvarlığına sahip olan, diğer bir deyişle asgarî geçim düzeyinde yaşayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemez.<sup>36</sup> Eşin geliri sadece kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek düzeydeyse, her iki eşin de zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaya yetmeyecek nitelikteyse, bir eşin diğer eşe nafaka ödemesi durumunda her iki eşin de zaruret hâlinde kalması kaçınılmazsa, bu durumda bir eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemez.<sup>37</sup> Eşin fiilen elde ettiği ya da varsayımsal olarak hesaplanan geliriyle, eşin zorunlu yaşam giderlerinin karşılaştırılması sonucu ortaya çıkan miktar, onun ödeme gücünü gösterir. Eşin geliriyle zorunlu yaşam giderleri arasındaki fark, tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşulunu ve sınırını oluşturur.<sup>38</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre,<sup>39</sup> eşlerin gelirlerinin ve malvarlıklarının her iki eşin ve varsa çocukların asgarî geçim düzeyini karşılamadığı durumlarda, eşin asgarî geçim düzeyine müdahale edilemez.<sup>40</sup> Zira eşin asgarî geçim düzeyine dokunulamaması, kişiye en azından zorunlu ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde bir gelir bırakılması, yaşam hakkının bir unsuru olduğu gibi kişi özgürlüğünün ve insan onurunun da bir gereğidir.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> Köseoğlu/Kocaağa, s. 155-156.

<sup>35</sup> Yargıtay 3. H.D. de, E. 2014/7856, K. 2014/15055, T. 18.11.2014 kararında, "Davalının (nafaka alacaklısının) gelirinin olması veya davacının (nafaka yükümlüsünün) gelirinin az olması, nafaka yükümlüsünü ortak giderlere katılma yükümlülüğünden büsbütün kurtarmaz. Bu durum, sadece nafaka miktarının takdirinde etkili olabilir" demek suretiyle eşin gelirinin az olmasının, onun aleyhine tedbir nafakasına hükmedilmesini engellemeyeceğini belirtmiştir (www.kazanci.com, E.T. 03.02.2019).

<sup>36</sup> Andrea Büchler/Sandro Clausen, "Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung", Die Praxis des Familienrechts, 2015, s. 18; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 42-47; Freiburghaus, CHK Art. 125 ZGB, N. 30; Hausheer/Spycher/Brunner, s. 36 vd.

<sup>37</sup> Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 42; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9.

<sup>38</sup> Büchler/Clausen, s. 18.

<sup>39</sup> BGE 140 III 337, E. 4.3; BGE 137 III 59, E. 4.2.1; BGE 135 III 66 E. 2 ff.; BGE 123 III 1, E. 3; BGE 121 I 97, E. 2 und 3; BGE 121 III 301, E. 5 (Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9, dpn. 24).

<sup>40</sup> Gloor/Spycher, BaK, Art. 125 ZGB, N. 18; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 42.

<sup>41</sup> Corinne Zellweger-Gutknecht, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/7/2, Verrechnung, Art. 120-126 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation, Bern 2012, Art.

Eşlerden birinin hiçbir geliri olmadığı hâlde diğer eşin az da olsa bir geliri varsa; ancak (geliri olan) eşin geliri asgarî geçim düzeyinde ya da bu düzeyin altındaysa, bu eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilememesi görüşünün, ülkemizin günümüzdeki ekonomik ve sosyal yapısıyla bağdaşmayacağı söylenebilir. Gerçekten de ülkemizin hâlihazırdaki ekonomik ve sosyal yapısının İsviçre'den oldukça farklı olduğu göz önüne alındığında, bugün için, kişinin asgarî geçim düzeyine dokunulamaması ilkesinin ülkemiz koşullarında savunulması güçtür. Özellikle, ülkemizdeki sosyal yardım konusundaki eksiklikler ve kadınların çalışma yaşamındaki dezavantajları düşünüldüğünde, asgarî geçim düzeyine müdahale edilemeyeceği görüşünün ülkemizde çeşitli toplumsal sorunlara yol açabileceği ifade edilebilir. Buna karşılık, eşin gelirinin az olmasının, eşin asgarî geçim düzeyinde yaşamasının, tedbir nafakasının miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini önemle vurgulamak gerekir.

Eşlerin her ikisinin de geliri, asgarî geçim düzeyinde ya da bu düzeyin altındaysa; buna karşılık söz konusu gelirler, birbirine eşit ya da yakınsa bir eş seçilerek o eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemez. Bu husus, TMK m. 186/III gereğince eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında katılmakla yükümlü olmasının ve TMK m. 169 gereğince, tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekli, uygun, orantılı ve istenen amaca ulaşmaya elverişli olmasının da bir gereğidir.

### **b) Eşlerin Ekonomik Güçlerinin Belirlenmesi**

Hâkim, eşlerin ekonomik gücünü belirlerken onların "*net gelirini*" dikkate almalıdır. Net gelirin hesaplanmasında, eşin aylık ücretinin yanında, ikramiye, bahşiş, yolluk, komisyon ödemeleri ve kârdan verilen paylar da göz önünde bulundurulur.<sup>42</sup> Ayrıca makul sınırlar içinde yapılan fazla mesai çalışması karşılığında ödenen fazla mesai ücreti ve ücret yerine geçen tazminatlar da hesaba katılır.<sup>43</sup> Emekli maaşı alan eşin aldığı emekli maaşı da gelirin belirlenmesinde hesaba katılır.<sup>44</sup> Sabit bir geliri olmayan serbest meslek çalışanlarının net gelirinin

125 OR, N. 74.

<sup>42</sup> Sutter-Somm/Stansichewski, Art. 276 ZPO, N. 12; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 27.

<sup>43</sup> Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 27.

<sup>44</sup> Yargıtay 2. H.D. E. 2012/12559, K. 2013/13236, T. 10.5.2013; Yargıtay 2. H.D. E. 2011/3012, K. 2012/538, T. 17.1.2012 (www.kazanci.com, E.T. 10.02.2019).



hesaplanmasında ise birden fazla yılın (kural olarak üç yıl) gelirin ortalaması dikkate alınır; ancak belirli koşullar altında özellikle iyi ya da özellikle kötü çıkan bilanço hesaba katılmaz.<sup>45</sup> Aynı şekilde, üstsoy, altsoy ya da kardeşler tarafından ödenen yardım nafakaları veya üçüncü kişilerin gönüllü ödemeleri gibi ikincil sosyal yardım gelirleri, net gelirin hesaplanmasında dikkate alınmaz.<sup>46</sup> Eğer eş geliri kasıtlı olarak azaltmaktaysa; bu bağlamda eşin çalışması ve gelir elde etmesi mümkün ve kendisinden beklenebilirse ya da eş kötüniyetli olarak çalışmıyorsa, eş çalışsaydı ne kadar kazanabilecek idiyse o oranda bir gelir varsayımsal kazanç olarak hesaba katılır.<sup>47</sup> Bununla birlikte, tedbir nafakası kararı tamamen varsayımsal bir kazanç üzerine de inşa edilemez; zira nafaka alacağının icra yoluyla tahsil edilmesi söz konusu olursa, borçlunun gerçekten elde ettiği gelir üzerinden nafaka alacağı tahsil edilmeye çalışılır.<sup>48</sup>

Eşlerin ekonomik güçlerinin belirlenmesinde sadece emek karşılığı elde edilen gelirler değil, aynı zamanda sahip olunan malvarlığının getirileri de dikkate alınır.<sup>49</sup> Bu bağlamda, eşin kira, faiz, kâr payı ve benzeri gelirleri, net gelirin hesaplanmasında göz önünde bulundurulur. Eğer eş bir malını çok düşük bir bedel karşılığında ya da getirisi olmaksızın yatırımda tutuyorsa, varsayımsal ortalama bir malvarlığı getirisi, eşin net gelirin hesaplanmasında dikkate alınır. Örneğin, eşin boş duran arsasının emsal kirası, gelirin hesaplanmasında dikkate alınabilir. Buna karşılık, eşin hâlihazırda kendisinin kullandığı bir taşınmazın varsayımsal getirisi hesaba katılamaz.<sup>50</sup>

Eşin malvarlığının kendisi, kural olarak net gelirin hesaplanmasında dikkate alınamaz; kural olarak eşin malvarlığının özüne dokunulamaz.<sup>51</sup> Bu husus, eşin malvarlığına el atılmasının ekonomik

<sup>45</sup> Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 27.

<sup>46</sup> Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 28.

<sup>47</sup> Gloor/Spycher, BaK, Art. 125 ZGB, N. 15; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 22; Öztan, s. 751.

<sup>48</sup> Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 35.

<sup>49</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 9; Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 30.

<sup>50</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 9; Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 30.

<sup>51</sup> Gençcan ise, işsiz eşin paraya çevrilebilecek malının ya da servetinin bulunması durumunda tedbir nafakasına hükmedileceğini savunmaktadır (Gençcan, s. 854). Buna karşılık, bize göre işsiz eşin paraya çevrilebilecek malvarlığının bulunması ancak çok istisnai hâllerde onun aleyhine tedbir nafakasına hükmedilmesine ge-

olarak uygun olmadığı (örneğin, eşin oturduğu ev, kara gün akçesi olarak saklanan mal ya da hisse senetlerinin hızla düştüğü bir piyasada hisse senetleri) ya da aleyhine nafakaya hükmedilecek olan eşin hâlihazırda kendi malvarlığının özüne dokunulmadan ödeme gücünün tam olduğu her durumda geçerlidir.<sup>52</sup> Ayrıca eğer mal, miras yoluyla elde edilmiş ya da aile konutuna özgülenmişse, söz konusu mala dokunulamaz. Genel olarak, bir eşin kendi malvarlığını tüketmesi ondan beklenemez. Ancak diğer eşin hiçbir malvarlığının olmadığı özel durumlar bu kurala istisnadır.<sup>53</sup> Bu kapsamda, eğer lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin herhangi bir geliri ve/veya malvarlığı yoksa; buna karşılık aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan tarafın (malvarlığının kendisi dikkate alınmadan hesaplanabilen) bir geliri yoksa ya da söz konusu gelir, hükmedilecek olan nafaka bakımından güvence oluşturmuyorsa, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin malvarlığı, onun gelirinin hesaplanmasında göz önünde tutulabilir.<sup>54</sup>

Eşlerin ekonomik gücünün belirlenmesinde eş tarafından ergin olmayan çocuklara ödenen ya da ödenecek olan nafakalar da dikkate alınır. Çocuğun, aralarında boşanma davası devam eden eşlerin ortak çocuğu olup olmadığı da önem taşımaz. Çocuğun yüksek yararı ilkesi gereğince, ergin olmayan çocuğa ödenen nafakanın, eşe ödenecek olan nafakaya göre önceliği bulunmaktadır.<sup>55</sup> Buna karşılık, ergin olduğu hâlde eğitime devam eden çocuğa ödenen nafaka (TMK m. 328/II) ve üstsoy, altsoy ve kardeşlere ödenen nafaka (TMK m. 364) kural olarak eşe ödenecek olan nafakadan sonra gelir.<sup>56</sup> Eş tarafından, önceki eşe ödenen nafaka ile hâlihazırdaki eşe ödenmesi gereken nafaka arasında ise bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır.<sup>57</sup>

---

rekçe olabilir.

<sup>52</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 9; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 32.

<sup>53</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 15; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 32.

<sup>54</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 15; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 34.

<sup>55</sup> Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 38.

<sup>56</sup> Gloor/Spycher, BaK Art. 125 ZGB, N. 16; Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 39-41.

<sup>57</sup> Schwenger/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 40.

#### 4. Lehine Tedbir Nafakasına Hükmedilecek Olan Eşin Talebine Gerek Bulunmaması

Boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davasında hâkim, tedbir nafakasına, geçici bir önlem olarak kendiliğinden, diğer bir anlatımla taraflardan herhangi birinin talebi olmasa bile hükmedebilir. Gerçekten de TMK m. 169'da hâkim tarafından gerekli geçici önlemlerin "re'sen" alınacağı açıkça düzenlenmiştir. Böylelikle kanun koyucu; hâkime, boşanma, ayrılık veya evlenmenin iptali davasında, dava süresince tarafların geçimini nasıl sürdüreceğini araştırma ve gerekiyorsa bir taraf lehine tedbir nafakasına hükmetme görevi yüklemiştir. Geçici önlemlere başvurma ve bu kapsamda tedbir nafakasına hükmetme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olan hâkim, bu alanda usûl hukuku bakımından re'sen araştırma yetkisine sahiptir.<sup>58</sup> Dolayısıyla hâkim, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını, boşanma süresince geçimlerini nasıl sağlayacaklarını, delilleri serbestçe toplamak suretiyle araştırır ve söz konusu verileri vicdanî kanaatine göre değerlendirerek bir taraf lehine tedbir nafakasına re'sen hükmedebilir.<sup>59</sup>

Hâkim, davacının dava dilekçesinde tedbir nafakası talep ettiği, buna karşılık davalının cevap dilekçesinde tedbir nafakası talep etmediği, hatta karşı tarafın talebine herhangi bir cevap vermediği durumlarda bile sadece davacının değil her iki tarafın da ekonomik durumunu araştırmalı ve gerekiyorsa bir taraf lehine tedbir nafakasına kendiliğinden hükmetmelidir. Hâkim, söz konusu araştırmayı sadece davanın başında değil, davanın her aşamasında yapmaya yetkilidir. Bu kapsamda hâkim, tarafların yargılamaya getirdiği dava malzemesinden yararlanabilir. Ancak dava devam ederken gerekli geçici önlemlerin alınması hususunda re'sen araştırma ilkesi uygulanacağından, hâkim, taraflarca getirilen maddî vakıa ve delillerin yanında tarafların getirmediikleri dava malzemesini de dikkate alabilir. Ancak hâkimin, kararını taraflarca getirilen maddî vakıalara dayandırabilmesi için, söz konusu maddî vakıaların varlığına kanaat getirmiş olması gerekir.<sup>60</sup> Hâkim, tarafların durumu hakkında bilgi edinmek amacıyla onların yargılamaya getirmediikleri dava malzemesini uyuşmazlığın

<sup>58</sup> Sutter-Somm/Stansichewski, Art. 276 ZPO, N. 42; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 15.

<sup>59</sup> Dolge, Art. 276 ZPO, N. 16; Kurt, s. 97 vd.

<sup>60</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 1923.

tarafından bağımsız olarak araştırabilir, bu kapsamda her türlü delile kendiliğinden müracaat edebilir.<sup>61</sup> Buna karşılık, ikrar hâkimi bağlamaz ve hâkim, yemin deliline başvuramaz.<sup>62</sup>

Açılan davada tedbir nafakasına hükmedilebilmesi için taraflardan birinin nafaka talebinde bulunması zorunlu değilse de eşin, sunduğu dilekçelerde veya duruşmada diğer eşin hâlihazırda geçimine yeterli katkıda bulunduğunu<sup>63</sup> ya da açıkça tedbir nafakası istemediğini bildirmesi durumunda hâkim tedbir nafakasına hükmedemez. Buna karşılık, açılan davada ilk önce tedbir nafakasının istenmediği belirtilmiş; ancak sonradan tedbir nafakası talep edilmişse, koşulları varsa istek tarihinden itibaren tedbir nafakasına hükmedilebilir.<sup>64</sup>

## 5. Kusur Unsurunun Aranmaması

Tedbir nafakasına hükmedilebilmesi için eşlerin kusurlu olup olmaması hususu herhangi bir önem taşımaz.<sup>65</sup> Nitekim tedbir nafakasına dayanak teşkil eden TMK m. 169'da kusur unsurundan söz edilmemiş, kanun koyucu bu hususta kasıtlı olarak susmuştur.<sup>66</sup> Ayrıca, kusurun belirlenmesi ve takdiri uzunca bir süre alacağından, geçici önlemlerin bir an önce alınması ve tarafların menfaatlerinin korunması gerekliliği de tedbir nafakası kararında kusur değerlendirmesi yapılmamasını haklı kılmaktadır. Dolayısıyla tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekli olduğunu belirleyen hâkim, lehine tedbir nafakasına hükmedilen eşin, kusurlu olup olmadığını ya da diğer eşe göre

<sup>61</sup> Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2018, s. 373; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz,/Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2018, s. 156; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 182; Şanal Görğün/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2018, s. 340; Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, Ağustos 2016, s. 146; Kuru, s. 1923.

<sup>62</sup> Kuru, s. 1923; Tanrıver, s. 374; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 157.

<sup>63</sup> Yargıtay HGK E. 1997/2-23, K. 1997/228, T. 19.3.1997 (www.kazanci.com, E.T. 13.02.2019).

<sup>64</sup> Yargıtay 2. H.D. E. 2013/14133, K. 2013/27808, T. 27.11.2013; Yargıtay 2. H.D. E. 2006/4734, K. 2006/10765, T. 05.07.2006 (Gençcan, s. 868).

<sup>65</sup> Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Öztan, s. 749; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 285; Kurt, s. 97 vd.

<sup>66</sup> Öztan, s. 749.

kusurunun daha az olup olmadığını dikkate alamaz. Ayrıca eşlerin ayrı yaşamakta haklı olup olmamaları da önem taşımaz.<sup>67</sup> Lehine tedbir nafakasına hükmedilmesi gereken eşin, diğer eşe göre daha çok kusurlu olması yahut kusurun tamamen kendisinde bulunması bile onun yararına nafakaya hükmedilmesine engel değildir. Dolayısıyla nafakaya hükmedecek olan hâkim, eşlerin kusurunu araştırmak ya da değerlendirmekle yükümlü değildir.<sup>68</sup> Hatta dava dosyasından lehine nafakaya hükmedilmesi gereken eşin daha çok kusurlu olduğu açıkça anlaşılrsa bile bu husus hâkimin nafakaya ilişkin takdir yetkisine etki etmemelidir. Hâkim kusur değerlendirmesinden bağımsız olarak gereklilik, uygunluk, orantılılık ve amaca uygunluk ilkelerinden yola çıkarak tedbir nafakasına hükmedilip hükmedilmeyeceğine karar vermelidir.

Boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası açılmış olsa bile eşler arasındaki evlilik birliği devam ettiği için, eşler TMK m. 185/II gereğince birbirlerine sadık kalmakla yükümlüdür. Bu nedenle, eşlerden birinin, evlilik birliğinin devam etmesine rağmen, bir başkasıyla birlikte yaşaması eşler arasındaki sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturur ve başkasıyla birlikte yaşayan eşin kusurlu sayılmasına neden olur. Bununla birlikte, tedbir nafakasına hükmedilmesi bakımından kusur herhangi bir rol oynamadığından, diğer koşullar da varsa başkasıyla birlikte yaşayan kusurlu eş lehine de tedbir nafakasına hükmedilmesine bir engel yoktur.<sup>69</sup> Ancak eşin birlikte yaşadığı kişi, onun geçimine ekonomik yönden katkı sağlıyorsa, bu nedenle eşin, diğer eşin parasal katkısına olan gereksinimi ortadan kalkmışsa, birlikte yaşama taraflar arasında aynı zamanda ekonomik bir birlik olarak değerlendirilebiliyor; diğer bir deyişle vasıflı bir birlikte yaşamadan söz ediliyorsa, bu durumda başkasıyla birlikte yaşayan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemez veya hükmedilmiş ise de söz konusu nafaka tamamen kaldırılabilir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Ruhi, s. 30.

<sup>68</sup> Öztan, s. 749; Erdem, s. 153.

<sup>69</sup> Yargıtay HGK E. 2017/2-1578, K. 2018/791, T. 18.4.2018 (www.kazanci.com, E.T. 14.02.2018).

<sup>70</sup> Sutter-Somm/Stansichewski, Art. 276 ZPO, N. 17; Schwander, OFK Art. 276 ZPO, N. 6; Öztan, s. 750.

## C. Tedbir Nafakasının Miktarının Belirlenmesi

### 1. Hâkime Tanınan Geniş Takdir Yetkisi

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde, hâkimin eşin geçimi-ne ilişkin olarak gerekli olan geçici önlemleri alacağından söz edilmiş; ancak söz konusu önlemlerin nasıl alınacağı ya da bir eş lehine tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekiyorsa söz konusu nafakanın miktarının nasıl belirleneceği konusu düzenlenmemiştir. Bu husus, TMK m. 197/II uyarınca birlikte yaşamaya haklı nedenle ara verilmesi hâlinde, istemde bulunan eş lehine yapılacak parasal katkının belirlenmesinde de aynıdır. Zira söz konusu hükümde de eş lehine yapılacak parasal katkının belirlenmesinde hangi ölçütlerden hareket edileceği düzenlenmemiştir. Her iki düzenlemede de kanun koyucu tarafından nafaka miktarının belirlenmesi konusunda hâkime geniş takdir yetkisinin tanındığı söylenebilir. Bu bağlamda, hâkim, TMK m. 4 gereğince, takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak somut olayın özelliklerine göre kullanmak suretiyle nafakanın miktarını belirlemelidir.

Hâkimin takdir yetkisi, tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekli olması koşuluyla sınırlıdır. Bu nedenle hâkim, TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere başvururken ve bu kapsamda tedbir nafakasının miktarını takdir ederken, lehine tedbir nafakasına hükmedilen eşin elde edeceği hukukî koruma ile aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşin maruz kalacağı müdahale arasındaki dengeyi gözetmek zorundadır. Bu bağlamda, tedbir nafakası, lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin dava süresince tehlikeye giren menfaatlerinin korunması için gerekli olmalıdır. Tedbir nafakası, eşin menfaatinin tehlikeye girmesini önleyecek ya da ortadan kaldıracak düzeyde olmalıdır. Ayrıca, tedbir nafakası kararının yerine getirilmesi, eşin menfaatinin gerektirdiği ölçüde diğer eşe müdahalede bulunmalıdır. Hâkim, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşe en az zarar verecek ölçüde tedbir nafakasına hükmetmelidir.<sup>71</sup>

Hâkim, TMK m. 169 uyarınca, tedbir nafakası ödenmesi koşullarının oluşup oluşmadığını kendiliğinden araştırmakla görevlidir ve nafaka miktarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davasında lehine tedbir

<sup>71</sup> Genel olarak geçici hukukî koruma önlemleri bakımından, Erişir, s. 535 vd.



nafakasına hükmedilecek olan eş, bu konuda bir talebinin gerekmemesine rağmen, tedbir nafakası talebinde bulunmuş ve açıkça belirli bir meblağın ödenmesini talep etmişse, hâkim eş lehine söz konusu talep miktarını aşan miktarda bir tedbir nafakası ödemesine hükmedemez.<sup>72</sup>

## 2. Tarafların Ekonomik Güçleri ve Yaşam Standartları

### a) Genel Olarak

Boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davasında TMK m. 169 gereğince geçici önemlerin “eşler” için alınması gerektiğinden, hâkim her iki eş yönünden de tedbir nafakası ödenmesinin gerekli olup olmadığını araştırır ve buna göre gerekiyorsa bir eş lehine tedbir nafakası ödenmesine karar verir.<sup>73</sup> Hâkim, söz konusu araştırmayı yaparken kuşkusuz her iki eşin de ekonomik güçlerini ve yaşam standartlarını değerlendirir, karşılaştırır ve gerekiyorsa bir eş lehine tedbir nafakası ödenmesine karar verir. Bir eş lehine tedbir nafakası ödenmesi gerektiği kanaatine varan hâkim, bundan sonraki aşamada tedbir nafakasının miktarını belirler.

Hâkim takdir yetkisini, kural olarak, tedbir nafakasının alt ve üst sınırı arasında kullanmalıdır. Tedbir nafakasının alt sınırını, eşin bir gelirinin bulunması koşulu oluşturur. Buna karşılık, tedbir nafakasının üst sınırı, lehine nafakaya hükmedilen eşin diğer eşle birlikte yaşarken sahip olduğu yaşam standardıdır. Hâkim, tedbir nafakası sayesinde eşin dava açılmadan önceki standarda göre daha yüksek bir standartta yaşamasının yolunu açamaz.<sup>74</sup>

### b) Tarafların Ekonomik Güçleri

Tedbir nafakasının miktarını belirlerken hâkim öncelikle aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin ödeme gücünü dikkate almaktadır. Nitekim eşler evlilik birliği devam ederken ve birlikte yaşarken birliğin giderlerine TMK m. 186/III gereğince güçleri oranında emekleri ve malvarlıklarıyla katılırlar. Boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası açıldıktan sonra da bir eş diğer eşin geçimine; ancak gücü

<sup>72</sup> Öztan, s. 750; Günay İnan, s. 126.

<sup>73</sup> Öztan, s. 750.

<sup>74</sup> Benzer şekilde, Vetterli, FamKomm Art. 176 ZGB, N. 30.

oranında bir tedbir nafakası ödemek suretiyle parasal katkıda bulunmakla yükümlü tutulabilir. Diğer yandan, Türk Medenî Kanunu'nun sistematiği gereği, tedbir nafakası miktarının belirlenmesinde TMK m. 175 gereğince boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olan taraf lehine yoksulluk nafakasına hükmedilirken dikkate alınması gereken hususlardan yararlanılabilir.<sup>75</sup> TMK m. 175'te boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan "*malî gücü oranında*" süresiz olarak nafaka isteyebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla TMK m. 175 uyarınca yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesinde öncelikle nafaka yükümlüsünün ödeme gücü dikkate alınmalıdır.<sup>76</sup> Bu nedenle, bir eş lehine tedbir nafakası ödenmesine karar veren hâkimin araştıracağı ilk husus, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşin ekonomik gücüdür. Eş, diğer eşe karşı ancak ekonomik gücüyle orantılı bir tedbir nafakası ödemekle yükümlü tutulabilir.<sup>77</sup>

Hâkim tedbir nafakasının miktarını belirlerken, sadece aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin değil; aynı zamanda lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin de ekonomik gücünü dikkate almalıdır.<sup>78</sup> Nitekim lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin, geçimini sürdürebilmesi için diğer eşin katkısına ne ölçüde gereksinim duyduğunun belirlenmesi gerekir. Eşin tedbir nafakasına ne ölçüde gereksinimi olduğunun belirlenmesindeki en önemli ölçüt onun ekonomik gücüdür. Eşlerden birinin hiç geliri olmamasına rağmen diğer eşin asgarî geçim düzeyinde ya da bu düzeyin altında bir geliri varsa, hâkim az da olsa bir geliri olan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmederken son derece dikkatli olmalı, her iki eşin ve bakmakla yükümlü oldukları ergin olmayan çocukların zorunlu ihtiyaçlarını göz önüne almak suretiyle bir miktar tedbir nafakasına hükmetmelidir.

Eşlerin asgarî geçim düzeyi hesaplanırken eşin, beslenme, barınma, giyim, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi zorunlu giderleri dikkate

<sup>75</sup> Freiburghaus, CHK Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 5; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9.

<sup>76</sup> Cemal Oğuz, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2000, s. 31; Ruhi, s. 38.

<sup>77</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 11; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9.

<sup>78</sup> Schwander, OFK Art. 276 ZPO, N. 6; Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 11; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Hausheer/Spycher/Brunner, s. 215.

alınmalıdır. Eşin bakmakla yükümlü olduğu ergin olmayan çocuklar varsa her çocuk için bulunan miktar üzerinden belli oranda bir artış yapılmalıdır.<sup>79</sup> Ancak eşin zorunlu ihtiyaçlarının belirlenmesinin ülkemiz koşullarında güç olduğu hâllerde, İİK m. 83'ten yararlanılabilir. İİK m. 83 uyarınca, maaş ve benzeri gelirler, ancak borçlu ve ailesinin geçinmesi için icra memurunca gerekli olduğu takdir edilen miktar düşüldükten sonra haczedilebilir; ancak haczedilecek miktar bunların dörtte birinden az olamaz. Uygulamada, borçlunun ve ailesinin geçinmesi için gerekli miktarın belirlenmesindeki zorluklar nedeniyle, maaş hacizlerinde kural olarak maaşın dörtte birinin haczedildiği görülmektedir. Dolayısıyla, tedbir nafakası bakımından da hâkim, eşin asgarî geçim düzeyini belirlerken, söz konusu uygulamayı dikkate alabilir. Böylece, Asgarî Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenerek ilân edilen (net) asgarî ücretin dörtte birlik kısmı düşüldükten sonra kalan kısmı, eşin ve bakmakla yükümlü olduğu çocukların asgarî geçim düzeyi olarak kabul edilebilir.

Tedbir nafakasına duyulan ihtiyacın karşılanması, karşı tarafın ödeme gücünün büyüklüğü ölçüsünde sağlanır. Buna karşılık, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek eşin ödeme gücünün ihtiyacın üzerinde olması, lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin ihtiyacının genişlemesi, dolayısıyla tedbir nafakası miktarının artması anlamına gelmez.<sup>80</sup>

Lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin iş sahibi olup olmadığı, iş sahibi değilse (yeniden) iş sahibi olma ihtimali; hâlihazırda iş sahibiyse boşanma nedeniyle işini genişletme ihtimali de göz önünde tutulur.<sup>81</sup> Örneğin, evlendiği için işinden ayrılan eşin yeniden iş sahibi olma olasılığı yüksektir. Yahut evine ve eşine zaman ayırmak için kısmî süreli çalışan bir eşin artık tam zamanlı çalışmaya başlaması mümkündür. Bunun yanında, eşlerden biri uzun zamandan beri çalışmıyorsa, onun bir süre iş bulmakta zorlanabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Benzer şekilde, Philipp Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO", Die Praxis des Familienrechts, 2014, s. 304.

<sup>80</sup> Hausheer/Spycher/Brunner, s. 9.

<sup>81</sup> Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Hausheer/Spycher/Brunner, s. 216.

<sup>82</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 13.

Eşlerin ekonomik güçleri ve dolayısıyla tedbir nafakasının miktarı belirlenirken, eşlerin yaşları, sağlık durumları, bakmakla yükümlü oldukları ergin olmayan çocuklar ve bu çocukların giderleri de dikkate alınmalıdır.<sup>83</sup> Ayrıca, eşlerin meslekî eğitimleri, yaptıkları işin niteliği ve iş piyasasının durumu da önemlidir.<sup>84</sup>

### c) Tarafların Yaşam Standartları

Tedbir nafakasının miktarının belirlenmesinde ekonomik gücün yanında esas alınacak olan bir diğer ölçüt, eşlerin en son birlikte yaşadığı tarihteki yaşam standartlarıdır.<sup>85</sup> Nitekim eşlerin en son birlikte yaşadığı tarihteki yaşam standartları, onların açılan dava süresince menfaatlerinin ne ölçüde korunması gerektiği gösteren bir unsurdur. Bir eşin diğer eşin geçimine yapacağı parasal katkı, onun nasıl geçindiğine, diğer bir deyişle dava açılmadan önce nasıl bir yaşam sürdürdüğüne bakılarak belirlenir. Bununla birlikte, dava açılmadan önce eşler uzun süre ayrı yaşamışlarsa, bu durumda en son birlikte yaşadıkları tarihteki yaşam standartları değil; daha iyi bir yaşam standardında yaşayan eşin yaşam standardı dikkate alınır.<sup>86</sup>

Eşlerin yaşam standartlarının belirlenmesindeki temel göstergeler onların ekonomik güçleridir. Zira eşlerin ekonomik güçleri aynı zamanda onların bir arada yaşarken sahip oldukları yaşam koşulları hakkında da bilgi verir.<sup>87</sup> Eşler birlikte yaşarken her iki eş de çalışıyor idiyse, her iki eşin gelirinin toplanması yoluyla eşlerin yaşam standartları belirlenebilir. Buna karşılık, eşlerden biri, eşler ayrı yaşamaya başladıktan sonra çalışmaya başladıysa yaşam standardının belirlenmesi daha zordur. Nitekim eşlerden biri çalışmazken kural olarak ev işlerini eşin kendisi yapar; ancak eş çalışmaya başlayınca evin işlerini yapmak üzere üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyulması muhtemeldir. Bu nedenle, eşlerin birlikte yaşadığı dönemde sadece bir eşin çalışıyor olması durumunda, yaşam standardı, sadece o eşin geliri baz alınarak hesaplanamaz. Bu

<sup>83</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 13.

<sup>84</sup> Öztan, s. 750-751.

<sup>85</sup> Schwander, OFK Art. 276 ZPO, N. 6; Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 11; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9; Hausheer/Spycher/Brunner, s. 215.

<sup>86</sup> Freiburghaus, CHK Art. 125 ZGB, N. 7; Schwenzler/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 6.

<sup>87</sup> Büchler/Clausen, s. 18.

hâlde, ev işlerinin yürütülmesi, kazanç sağlamak amacıyla yapılan çalışmayla eşit tutulmalı ve yaşam standardının hesaplanmasında ev işlerinin yapılmasının karşılığındaki bir tutar, gelir olarak hesaplanmalıdır.<sup>88</sup>

Boşanma, ayrılık ya da evliliğin iptali davası öncesinde tek bir evde yaşayan eşlerin, dava süresince iki farklı evde yaşaması doğal olarak masrafları artırır ve bu durum çoğu kez eşlerin bir arada yaşarken sahip olduklarının altında bir standartta yaşamasını gerektirir. Bu nedenle, her zaman için eşin dava açılmadan önceki yaşam standardını sağlanabilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda, lehine tedbir nafakasına hükmedilen eş, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eş ile aynı yaşam standardını sağlayacak bir nafakaya hükmedilmesi gerekli ve yeterlidir.<sup>89</sup> İstisnâ olarak bir eş lehine onun dava açılmadan önceki yaşam standardının üzerinde bir yaşam sürmesini sağlayacak miktarda nafakaya da hükmedilebilir. Örneğin, eşler birlikte yaşarken, ileride yapacakları yatırımları ya da ödenecek borçları göz önünde bulundurarak tasarruf etmiş ve yaşam standartlarını buna göre şekillendirmişse, dava açıldıktan sonra eş lehine bu yaşam standardının üzerinde bir yaşam sağlayacak miktarda nafakaya hükmedilebilir.<sup>90</sup> Aynı şekilde, dava açılmadan önceki yakın bir tarihte eşlerden biri çalışmaya başlamış ya da eşin kariyerinde önemli bir ilerleme gerçekleşmişse, önceki yaşam standardına nazaran daha iyi bir yaşam standardı dikkate alınabilir.<sup>91</sup> Eşlerin dava açıldıktan sonra ayrı hanelerde yaşamasının ortaya çıkardığı ek gelirlere, eşler eşit oranda katlanmalıdır.<sup>92</sup> Her iki eşin gelirinin toplamı, her iki eşin önceki yaşam standardını sağlamıyorsa, eksik kalan kısım eşler arasında dağıtılır.<sup>93</sup>

## D. Tedbir Nafakasının Süresi, Değiştirilmesi ve Sona Ermesi

### 1. Tedbir Nafakasının Süresi

Tedbir nafakasının hukukî dayanağını oluşturan Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde, hâkimin, boşanma veya ayrılık "*dava-*

<sup>88</sup> Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 7.

<sup>89</sup> Freiburghaus, CHK Art. 125 ZGB, N. 6.

<sup>90</sup> Schwenzer/Büchler, FamKomm Art. 125 ZGB, N. 8; Freiburghaus, CHK Art. 125 ZGB, N. 8.

<sup>91</sup> Freiburghaus, CHK Art. 125 ZGB, N. 8.

<sup>92</sup> Schwander, OFK Art. 276 ZPO, N. 6; Dolge, Art. 276 ZPO, N. 9.

<sup>93</sup> Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 ZPO, N. 16.

*sı açılınca*", davanın devamı süresinde gerekli olan "geçici" önlemleri alacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, tedbir nafakasına hükmedilebilmesi için davanın açılmış olması gerekir; dolayısıyla tedbir nafakasına en erken davanın açıldığı tarih itibariyle hükmedilebilir. Tedbir nafakası kararının verilebilmesi için talepte bulunulması zorunlu olmadığından, talep tarihi, tedbir nafakasının başlangıcında önem taşımaz.<sup>94</sup> Hâkim, kendiliğinden, davanın açıldığı tarih itibariyle tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşullarının oluşup oluşmadığını araştırmalı ve buna göre hangi tarihten itibaren tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiğine karar vermelidir. Eğer hâkim, hangi tarihten itibaren tedbir nafakasına karar verildiğini açıkça belirtmemişse, bu durumda, davanın açıldığı tarih itibariyle tedbir nafakasına hükmedildiği kabul edilir.<sup>95</sup> Hâkim, somut olayın özelliklerine göre belirli bir süre için tedbir nafakası ödenmesine hükmetmişse, tedbir nafakası bu süre için geçerlidir.

## 2. Tedbir Nafakası Kararının Değiştirilmesi

Dava süresince hâkim, tedbir nafakasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararı her zaman gözden geçirebilir. Bu bağlamda, hâkim, önceden tedbir nafakasına hükmedilmesine gerek görmemesine rağmen sonradan koşulların değişmesi nedeniyle bir taraf lehine tedbir nafakasına hükmedebilir; hükmetmiş olduğu tedbir nafakası miktarını değiştirebilir yahut tedbir nafakasını tamamen kaldırabilir. Gerçekten de tarafların davanın açıldığı tarihteki ekonomik ve sosyal durumları sonradan dava devam ederken önemli ölçüde ve kalıcı olarak değişirse, hâkim somut olayın değişen özelliklerine uygun olarak tedbir nafakasına ilişkin kararını yeniden gözden geçirmelidir. Ayrıca, dava konusu olaya ilişkin olarak yeni maddî vakıalar ya da deliller ortaya çıkarsa veya hâkim var olan maddî vakıalara ya da delillere sonradan vakıf olursa yahut hâkim somut olaya dair önceki değerlendirmesinin

<sup>94</sup> Yargıtay 2. H.D. E. 2016/3102, K. 2016/10856, T. 2.6.2016; Yargıtay 2. H.D. E. 2005/1178, K. 2005/3199, T. 3.3.2005 (www.kazanci.com, E.T. 19.02.2019). Buna karşılık, önce geçici tedbir nafakası isteminden feragat eden ancak dava devam ederken nafakaya ihtiyacı olduğu gerekçesiyle tedbir nafakası ödenmesini talep eden eş lehine tedbir nafakası dava tarihinden itibaren değil; talep tarihinden itibaren hükmedilir (Gençcan, s. 873-874).

<sup>95</sup> Yargıtay 8. H.D. E. 2014/4406, K. 2015/6532, T. 20.3.2015 (www.kazanci.com, E.T. 19.02.2019).



isabetsiz olduğunu fark ederse tedbir nafakasına dair kararını yeniden değerlendirmeli ve yeni duruma uygun bir karar tesis etmelidir.<sup>96</sup>

Tedbir nafakasının değiştirilmesine ilişkin karar kural olarak geleceğe etkilidir.<sup>97</sup> Bu nedenle, hükmedilen tedbir nafakası geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılamaz ya da tedbir nafakasının miktarı geçmişe etkili olarak artırılıp azaltılamaz. Bununla birlikte, istisnaen, çok önemli nedenler varsa, tedbir nafakasının değiştirilmesine ilişkin geçmişe etkili olarak karar verilebilir.<sup>98</sup>

### 3. Tedbir Nafakasının Sona Ermesi

Tedbir nafakası, kural olarak, boşanma, ayrılık ya da evliliğin iptali yahut davanın reddi kararının kesinleşme tarihine kadar devam eder ve hükmün kesinleşme tarihi itibarıyla kendiliğinden sona erer.<sup>99</sup> Hâkim de tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşulları ortan kalkarsa tedbir nafakasını kaldırabilir. Ayrıca, eşlerden birinin ölmesi, eş hakkında gaiplik kararı verilmesi, eş hakkında ölüm karinesinin gündeme gelmesi, belirli bir süre için öngörülmüşse sürenin sona ermesi, açılan davadan feragat edilmesi, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ya da nafaka almakta olan eşin geçici tedbir nafakasından feragat etmesi durumunda geçici tedbir nafakası sona erer.<sup>100</sup>

## V. DEĞERLENDİRMELER

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde, boşanma veya ayrılık davasında hâkimin, davanın devamı süresince gerekli olan geçici önlemleri kendiliğinden alacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda, hâkim, açılan boşanma davasında eşlerden biri tarafından diğer eşe tedbir nafakası ödenmesine karar verebilir. Ankara 4. Aile Mahkemesi de

<sup>96</sup> Oberhammer/van de Graaf, Art. 276 ZPO, N. 5; Freiburghaus, CHK Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 11; Leuenberger, FamKomm Art. 276 ZPO, N. 14; Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 33.

<sup>97</sup> Oberhammer/van de Graaf, Art. 276 ZPO, N. 5; Freiburghaus, CHK Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 12; Leuenberger, FamKomm Art. 276 ZPO, N. 14; Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 35.

<sup>98</sup> Freiburghaus, CHK Art. 137 ZGB (Art. 276 ZPO), N. 12; Leuenberger, FamKomm Art. 276 ZPO, N. 14; Sutter-Somm/Stanischewski, Art 276 ZPO, N. 35.

<sup>99</sup> Oberhammer/van de Graaf, Art. 276 ZPO, N. 6; Öztan, s. 754; Dural/Öğüz/Gülmüş, s. 135; Yargıtay 3. H.D. E. 2011/15602, K. 2011/20299, T. 12.12.2011 (www.kazanci.com, E.T. 20.02.2019).

<sup>100</sup> Öztan, s. 754; Gençcan, s. 874 vd.

görülmekte olan boşanma davasında 23.11.2011 tarihinde verdiği ara kararla davalı- karşı davacı kadın yararına 500,00 TL tedbir nafakasına hükmetmiştir.

Tedbir nafakasının koşullarından biri, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin gelirinin bulunmasıdır. Nitekim evlilik birliği devam ederken eşler TMK m. 186/III gereğince birliğin giderlerine güçleri oranında emekleri ve malvarlıkları ile katılmakla yükümlüdür. Eşler birlikte yaşarken evlilik birliğine ancak güçleri oranında malvarlıklarıyla katılmakla yükümlü olduklarından, boşanma davası açılınca da evlilik birliğine ancak güçleri oranında malvarlıklarıyla katılmakla yükümlü tutulabilirler. Dolayısıyla, hiçbir geliri ya da malı olmayan eşin, gerek eşler birlikte yaşarken evlilik birliğine parasal katkıda bulunması, gerekse eşler ayrı yaşarken diğer eşin geçimine parasal katkıda bulunması beklenemez. Bu nedenle, boşanma davası süresince hiçbir geliri ya da malı olmayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilemez. Dava süresince hâkim, tedbir nafakasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararını her zaman gözden geçirebilir. Bu bağlamda, hâkim, önceden tedbir nafakasına hükmedilmesine gerek görmesine rağmen sonradan koşulların değişmesiyle hükmetmiş olduğu tedbir nafakası miktarını değiştirebilir yahut tedbir nafakasını tamamen kaldırabilir. Ankara 4. Aile Mahkemesi de 19.12.2011 tarihinde verdiği ara kararında *“davacı erkeğin işsiz olması ve hiçbir gelirinin bulunmaması nedeniyle”* davalı kadın yararına hükmolunan 500,00 TL tutarındaki tedbir nafakasının ödenmesinin geçici olarak durdurulmasına karar vermiştir. Görülmekte olan davada, tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşullarından biri olan tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin ekonomik gücünün bulunması koşulu ortadan kalktığından, tedbir nafakasını kaldıran yerel mahkemenin kararı yerindedir. Buna rağmen, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, erkeğin gelirinin bulunmamasının, kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesine engel teşkil etmediğine karar vermiştir.

Tedbir nafakasına hükmedilebilmesinin bir koşulu da TMK m. 169 gereğince, tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekli olmasıdır. Tedbir nafakasının gerekli olması, bu tür bir geçici önleme başvurusunun uygun ve orantılı olmasını zorunlu kılar. Evlilik birliği devam ederken birlikte yaşayan eşler TMK m. 186/III gereğince birliğin giderlerine güçleri oranında katılmakla yükümlü olduğundan, boşanma davası açılınca da ayrı yaşayan eşlerden biri, diğer eşin geçimine; ancak

uygun ve orantılı olduğu ölçüde katkıda bulunmakla yükümlü kılınmalıdır. Aksi hâlde, eşine tedbir nafakası ödemek zorunda kalan kişiye, eşiyile beraber yaşarken yüklenen yükümlülüğünden daha fazla yükümlülük yüklenmiş olur. Dolayısıyla ekonomik gücü bulunmayan eşe tedbir nafakası ödeme yükümü getirilmesi, uygun olmadığı gibi orantılı da olmaz. Ankara 4. Aile Mahkemesi, direnme kararında, açıkça davacı erkeğin çalışmadığını ve sabit bir gelirin olmadığını belirtmiştir. Buna rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, erkeğin gelirin bulunmamasının, kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesine engel teşkil etmediği gerekçesiyle yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Tedbir nafakasının gerekli olması, bir eşin dava süresince geçimini eskisi gibi sürdürebilmesi için diğer eşin parasal katkısına ihtiyaç duymasını da gerektirir. Tedbir nafakasına ancak bir eşin geçimini, dava açılmadan önceki şekliyle, diğer eşin parasal bir katkıda bulunması yoluyla sağlayabilmesi durumunda karar verilebilir. Hâkim, lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin sosyal ve ekonomik durumunu araştırır ve eş bu açıdan nafakaya gereksinim duyuyorsa nafaka kararı verir. Bu kapsamda, hâkim lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin iş sahibi olup olmadığını, iş sahibi değilse iş sahibi olma ihtimalini, hâlihazırda iş sahibiyse boşanma nedeniyle işini genişletme ihtimalini göz önünde tutar. Ankara 4. Aile Mahkemesi, eş lehine hükmedilen tedbir nafakasını kaldırırken, eşin bir süre işe girip tekrar çıktığını ve çalışabilecek durumda olduğunu gözetmiştir. Buna rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu hususa değinmeyerek kadının çalışıyor olmasının tedbir nafakasının kaldırılmasını gerektirmediği gerekçesiyle yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Eşlerin ekonomik gücünün belirlenmesinde, eşlerin net gelirleri dikkate alınır. Bununla birlikte, eğer eş gelirini kasıtlı olarak azaltmaktaysa; bu bağlamda eşin çalışması ve gelir elde etmesi mümkün ve kendisinden beklenebilirse ya da eş kötüniyetli olarak çalışmıyorsa, eş çalışsaydı ne kadar kazanabilecek idiyse o oranda bir gelir varsayımsal kazanç olarak hesaba katılır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda her iki eş bakımından da söz konusu varsayımsal gelir hesaplamasından söz edilmemiştir. Bununla birlikte, Ankara 4. Aile Mahkemesi, kadının çalışabilecek durumda olduğunu belirlemiş, böylece eşin çalışmasının ve gelir elde etmesinin mümkün ve kendisinden beklenebilir olduğunu ortaya koymuştur. Buna rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından sözü edilen değerlendirmenin dikkate alınmaması eksikliklerdir.

Kanun koyucu tarafından tedbir nafakasına hükmedilmesi ve nafaka miktarının belirlenmesi konusunda hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Bu bağlamda, hâkim, TMK m. 4 gereğince, takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun olarak somut olayın özelliklerine göre karar verir. Hâkim, TMK m. 169 uyarınca, tedbir nafakası ödenmesi koşullarının oluşup oluşmadığını kendiliğinden araştırmakla görevlidir ve nafaka miktarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Hâkim takdir yetkisini, kural olarak, tedbir nafakasının alt ve üst sınırı arasında kullanılmalıdır. Tedbir nafakasının alt sınırı, aleyhine nafaka hükmedilen eşin gelirinin bulunmasıdır. Hâkim, tedbir nafakası kararıyla, geliri olmayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmetmek suretiyle, olmayan bir gelirden diğer eşe parasal bir katkıda bulunmasını öngöremez. Ankara 4. Aile Mahkemesi'nin tedbir nafakasının kaldırılması kararı bu nedenle yerindedir. Buna rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun işsiz olan ve hiçbir geliri bulunmayan bir eşin tedbir nafakasını nasıl ödeyeceğini ve söz konusu tedbir nafakasını ödeyemezse ne gibi sonuçlara katlanacağını dikkate almaması önemli bir eksikliklerdir.

## SONUÇ

Tedbir nafakası, evlilik birliğinin devam ettiği dönemde, boşanma, ayrılık ya da evlenmenin iptali davası süresince ayrı yaşama nedeniyle menfaati tehlikeye giren eşin menfaatlerinin korunmasını temin eden araçlardan biridir. Tedbir nafakası, aynı zamanda, eşler arasında davanın açılmasıyla bozulan barış düzeninin geçici de olsa temin edilmesine yardımcı olan, eşin geçimini dava açılmadan önceki hâliyle sürdürmesini sağlayan geçici bir önlemdir.

Hâkim, açılıp esastan görülmeye başlanan her boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali davasında, kendiliğinden tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşullarının oluşup oluşmadığını araştırmak ve koşulları varsa tedbir nafakasının miktarını belirlemekle görevlidir. Tedbir nafakasının koşullarından biri de aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin ekonomik gücünün bulunması olduğundan, hâkim görülmekte olan davada eşlerin ekonomik güçlerini araştırmakla yükümlüdür. Eşlerin her ikisinin de ekonomik gücünün olmadığı; bu bağlamda, eşlerin gerçekten bir gelirlerinin bulunmadığı ya da gelirlerinin varsayımsal olarak hesaplanmasının mümkün olmadığı hâllerde hâkim, bir eş lehine, diğer eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedemez. Nitekim bu durumda, tedbir nafakasına hükmedilmesi uygun, orantılı

ve elverişli olmadığı gibi eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılmasını öngören Türk Medenî Kanunu'nun 186. maddesine de aykırıdır.

Hâkim, eşlerin ekonomik gücünü belirlerken onların net gelirini dikkate alır. Eğer eş, gelirini kasıtlı olarak azaltmaktaysa; eşin çalışması ve gelir elde etmesi mümkün ve kendisinden beklenebilirse ya da eş, kötüniyetli olarak çalışmıyorsa, eş çalışsaydı ne kadar kazanabilecek idiyse o oranda bir gelir varsayımsal kazanç olarak hesaba katılır. Eşlerin ekonomik güçlerinin belirlenmesinde sahip olunan malvarlığının getirileri de dikkate alınır. Eğer eş bir malını çok düşük bir bedel karşılığında ya da getirisi olmaksızın yatırımda tutuyorsa, varsayımsal ortalama bir malvarlığı getirisi, eşin net gelirinin hesaplanmasında dikkate alınır. Buna karşılık, eşin malvarlığının kendisi, kural olarak net gelirin hesaplanmasında dikkate alınamaz. Gerçekten de kural olarak eşin malvarlığının özüne dokunulamaz. Ancak diğer eşin hiçbir malvarlığının olmadığı özel durumlarda malvarlığını tüketmesi eşten beklenebileceği için malvarlığının kendisi gelirin hesaplanmasında dikkate alınabilir.

Tedbir nafakasının miktarının belirlenmesinde eşlerin en son birlikte yaşadığı tarihteki yaşam standartları da esas alınır. Bununla birlikte, dava açılmadan önce tek bir evde yaşayan eşlerin, dava süresince iki farklı evde yaşaması masrafları artırır ve bu durum çoğu kez eşlerin bir arada yaşarken sahip olduklarının altında bir standartta yaşamasını gerektirir. Bu nedenle, her zaman için eşin dava açılmadan önceki yaşam standardını sağlanabilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda, lehine tedbir nafakasına hükmedilen eşe, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eş ile aynı yaşam standardını sağlayacak bir nafakaya hükmedilmesi gerekli ve yeterlidir.

Hâkim tedbir nafakasına hükmetme konusunda kendine tanınan takdir yetkisini, kural olarak, tedbir nafakasının alt ve üst sınırı arasında kullanmalıdır. Tedbir nafakasının alt sınırı, aleyhine nafaka hükmedilen eşin gelirinin bulunmasıdır. Buna karşılık, tedbir nafakasının üst sınırı, lehine nafakaya hükmedilen eşin diğer eşle birlikte yaşarken sahip olduğu yaşam standardıdır. Hâkim tedbir nafakası kararıyla eşin dava açılmadan önceki standarda göre daha yüksek bir standarda yükselmesini sağlayamaz. Tedbir nafakasına duyulan ihtiyacın karşılanması, karşı tarafın ödeme gücünün büyüklüğü ölçüsünde sağlanır.

Buna karşılık, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilecek eşin ödeme gücünün, diğer eşin ihtiyacının üzerinde olması, lehine tedbir nafakasına hükmedilecek olan eşin ihtiyacının genişlemesi, dolayısıyla tedbir nafakası miktarının arttırılması gerektiği anlamına gelmez.

### Kaynakça

- Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2019.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medenî Usûl Hukuku, 4. Bası, Ankara 2018.
- Badur Emel, "Kadının Şiddet Nedeniyle Uğradığı Zararların Tazmini ve Nafaka", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı:1, Nisan 2018, s. 11-28.
- Bozovalı Hâluk, Türk Medenî Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.
- Büchler Andrea/Clausen Sandro, "Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachhelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung", Die Praxis des Familienrechts, 2015, s. 1-40.
- Dolge Annette, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, St. Gallen 2016.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2019.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018.
- Erişir Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Freiburghaus Dieter, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Gençcan Ömer Uğur, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2015.
- Gloor Urs/Spycher Annette, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2016.
- Görgün Şanal/Börü Levent/Toraman Barış/Kodakoğlu Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara 2018.
- Günay İnan Esra, Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2018.
- Hausheer Heinz/Spycher Annette/Brunner Rolf, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019.
- Köseoğlu Bilâl/Kocaağa Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.
- Kurt Ekrem, "Boşanma Davasında Hâkimin Alacağı Geçici Önlemler (MK m. 169)", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı:1, Haziran 2013, s. 97-109.
- Leuenberger Martin, FamKomm, Scheidung Band I: ZGB/Band II: Anhänge, 3. Auflage, Bern 2017.



- Maier Philipp, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO", *Die Praxis des Familienrechts*, 2014, s. 302-343.
- Oberhammer Paul/van de Graaf Beatrice, *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013.
- Oğuz Cemal, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2000, s. 23-37.
- Okyar Karaosmanoğlu Dila, "Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, Temmuz-Ağustos 2016, s. 421-434.
- Özmumcu Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, Ağustos 2016, s. 145-171.
- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2015.
- Özğür Ali İhsan, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları*, 4. Bası, Ankara 2011.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul 2018.
- Ruhi Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, Ankara 2003.
- Schwander Ivo, *OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, 2015.
- Schwenzer Ingeborg / Böhler Andrea, *FamKomm, Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen / Art. 125 / I.- II.*, 3. Auflage, Bern 2017.
- Spycher Annette, *BK-Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bern 2012.
- Sutter-Somm Thomas/Stanischewski Flora, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2018.
- Tutumlu Mehmet Akif, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*, Cilt II, 2. Bası, Ankara 2009.
- Vetterli Rolf, *FamKomm, Band I: ZGB/Band II: Anhänge, Band I: ZGB/Fünfter Titel: Die Wirkung der Ehe im Allgemeinen/Art. 176*, 3. Auflage, Bern 2017.
- Zellweger-Gutknecht Corinne, *BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/7/2, Verrechnung, Art. 120-126 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation*, Bern 2012.

# GAİPLİĞİN MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

## TERMS AND CONSEQUENCES OF DECLARATION OF ABSENCE REGARDING INHERITANCE LAW

Eda ŞAHİN\*

**Özet:** Gaiplik, kişinin ölümüne kesin gözle bakmayı gerektirecek bir durum olmamasına rağmen kişinin ölü olduğuna ilişkin güçlü kuşuklara kanunun sonuç bağlamasıdır. Türk Medeni Kanunu gereği bir kimsenin gaipliğine, ya ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş olması ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamıyorsa ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması halinde karar verilir. Mahkemenin gaiplik kararı vermesi üzerine kişilik sona erer. Bu çalışmada, gaiplik kararının ölüm gibi kişiliği sona erdirmesi ve bu karara Türk miras hukukunda bağlanan sonuçlar incelenmiştir. Önce hâkimin gaiplik kararı vermesinin koşulları, daha sonra bu kararın miras hukuku bakımından yansımaları ele alınmıştır. Miras hukuku yönünden konu, gaibin mirası, mirasçının gaipliği, Hazinesin gaiplik kararı alması ve gaibin veya daha üstün dereceli mirasçıların ortaya çıkması halinde geri verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Gaiplik Kararı, Gaibin Mirası, Mirasçının Gaipliği, Hazinesin Gaiplik Kararı Alması, Gaibin veya Daha Üstün Dereceli Mirasçıların Ortaya Çıkması Durumunda Geri Verme Yükümlülüğü

**Abstract:** Declaration of absence means that although there is nothing suggesting the person is certainly dead, due to strong suspicions the law concludes that she or he is dead. According to the Turkish Civil Code, if a person has disappeared in life-threatening circumstances or has been missing for a lengthy period of time without any sign of life, the court may declare that person dead. Personality rights end when the court declares the disappeared person dead. This article aims to examine the effect of the declaration of absence on personality rights and its implications on Turkish inheritance law. This article firstly explains the circumstances under which the court can declare a disappeared person dead and then discusses the consequences of the court's decision in inheritance law. In terms of inheritance law, it analyses succession rights of disappeared persons, the disappeared heir's share, the conditions where the declaration of absence is pronounced *ex officio* at the request of the

\* Dr. Öğretim Üyesi, EBYÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, av.edasahin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4741-2171, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.01.2019, Kabul Tarihi: 31.01.2019

competent authority and annulment of declaration of absence and restitution of the property to those with a prevailing claim or to the disappeared person himself.

**Keywords:** The Declaration of Absence, Succession Rights of Disappeared Persons, the Disappeared Heir's Share, the Declaration of Absence at the Request of the Competent Authority and the Restitution of the Property to Those with a Prevailing Claim or to the Disappeared Person Himself

## I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.28/I uyarınca kişilik, ölüm halinde sona erer. Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilmesi de ölüm gibi kişiliği sona erdirir.<sup>1</sup> Kişiliğin ne zaman ve hangi hallerde sona erdiğinin tespiti önemlidir, zira buna bağlanan önemli sonuçlar vardır. Kişiliğin sona ermesi, kişiye bağlı hakları ortadan kaldırırken, diğer hakların da mirasçılara geçmesine neden olur.<sup>2</sup> Bir kimsenin öldüğünün saptanması<sup>3</sup> ya da ceset bulunamamasına rağmen kişinin hayatta olmadığına ilişkin kesin kaniye istinaden kanunda öngörülen ölüm karinesi sonucu kişilik sona erer.<sup>4</sup> Ölüm karinesi, TMK m.31'de düzenlendiği üzere,<sup>5</sup> kişinin, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolması halinde, cesedine ulaşılamamış olsa bile kanunun gözünde ölmüş sayılması halidir.<sup>6</sup>

Gaiplik ise, ölüm karinesinden farklı olarak, kişinin içinde kaybolduğu durum, onun ölümüne kesin gözle bakmayı gerektirecek bir durum olmamasına rağmen kişinin ölü olduğuna ilişkin güçlü kuşkulara kanun tarafından sonuç bağlanmasıdır.<sup>7</sup> Söz konusu kuşkulu duru-

<sup>1</sup> Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, Ankara 2016, s. 744.

<sup>2</sup> Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku - C. II - Kişiler Hukuku*, İstanbul 2017, s. 23; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2017, s. 32.

<sup>3</sup> Ölümün tanımı ve ölüm anının belirlenmesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz., Çağlar Özel, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2002, s. 43-77.

<sup>4</sup> Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler -Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2014, s. 71; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2018, s. 19.

<sup>5</sup> İsviçre Medeni Kanunu m. 34 aynı düzenlemeyi içermektedir.

<sup>6</sup> Birlikte ölüm karinesi de TMK'da düzenlenmiştir, ancak bu karine ölüm karinesinden farklıdır. Birden çok kişinin ölümünün saptanamaması, bir diğer deyişle, sırası saptanamayan ölümler halinde TMK m.29/II'de öngörülen 'birlikte ölüm karinesi' uygulama alanı bulur.

<sup>7</sup> Dural/Öğüz, s. 30; Helvacı, s. 36; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 30.

mun sona erdirilmesi hem kaybolanın ve geride kalanların menfaatlerini koruma hem de bu durumun malvarlığı hakları üzerinde yarattığı sakıncaları giderme amacına hizmet eder.<sup>8</sup> Kaybolan kişilerin askıda olan durumlarını ortadan kaldırmak için TMK m.32/I, aynı İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m.35 gibi, gaipliğin hâkim kararıyla kişiliği sona erdireceğini düzenlemektedir.<sup>9</sup>

Kişiliğin gaiplik kararı ile sona ermesinin hukuk alanında doğruduğu önemli sonuçlar bulunmaktadır. İşte gaiplik kararının ölüm gibi kişiliği sona erdirmesi ve bu kararın Türk miras hukuku bakımından yansımaları çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelikle genel olarak hâkimin gaiplik kararı vermesinin koşulları, daha sonra bu karara miras hukuku alanında bağlanan sonuçlar incelenecektir. Miras hukuku yönünden konu, gaibin mirası, mirasçının gaipliği, Hazinenin gaiplik kararı alması ve gaibin veya daha üstün dereceli mirasçılardan ortaya çıkması halinde geri verme yükümlülüğünün kapsamı bakımından ele alınacaktır.

## II. GAIPLİK KARARI VE HÜKMÜ

### 1. Gaiplik Kararı Verilebilmesinin Koşulları

#### 1.1. Maddi Koşullar

Bir kimsenin gaipliğine, TMK m.32 gereği, ya ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş olması ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınmıyorsa ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması halinde karar ve-

<sup>8</sup> Dural/Öğüz, s. 30; Helvacı, s. 36; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 30.

<sup>9</sup> Almanya, uzun süredir nerede ikamet ettiği bilinmeyen ve bu süre içinde yaşayıp yaşamadığına ilişkin kendisinden haber alınmayan kişinin, hayatta olmadığına dair ciddi kuşkuvar olması durumunda ölmüş olarak kabul edileceği, 'ölüm beyanı' sistemini benimsemiştir. Bu sistemde, kişinin öldüğü mahkeme kararı ile tespit edilmektedir. Alman Gaiplik Kanunu (Verschollenheitsgesetz) m.1-2. Aynı Kanun'un 9. maddesinde mahkemenin kararında kişinin ölüm tarihini belirteceği, bu tarihin araştırma sonucunda kişinin ölmüş olabileceği en muhtemel gün olacağı, bu belirleme yapılamıyorsa çeşitli olasılıklar kapsamında kişinin ölüm gününün nasıl tespit edileceği açıklanmaktadır. Ayrıca TMK'dan farklı olarak, Alman Gaiplik Kanunu m.10 gereğince gaip kişi, ölü olarak tespit edilmedikçe hayatta kabul edilir. Anglo-Sakson hukukunun ise (İngiliz ve Amerikan hukuklarında) yedi yıl boyunca kayıp olan bir kişinin öldüğünü var sayması ve bu konuda ayrıca bir karar verilmesine gerek duymaması hususlarında bkz., Jeanne L. Carriere, "The Rights of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law", *Louisiana Law Review*, C. 50, 1990, s. 906 vd..

rilebilir. Bunlar TMK'nın aradığı maddi koşullar olup birbirinden bağımsız ve ayrı olarak değerlendirilir.<sup>10</sup> Gaiplik kararı verilebilmesi için söz konusu maddi koşullardan birinin varlığı gerekli ve yeterlidir.<sup>11</sup>

İlk olarak, ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş olma koşulunda zikredilen 'ölüm tehlikesi', kişinin ölümüyle sonuçlanma ihtimalinin yüksek olduğu bir durumu ifade etmektedir.<sup>12</sup> Burada söz konusu olan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılması değildir, zira böyle bir durumda ölüm karinesinin işletilmesi gerekir.<sup>13</sup> Ölüm tehlikesi sebebiyle gaipliğe karar verilebilmesi için kişi öyle bir durum içinde kaybolmalıdır ki yaşadığına dair ciddi kuşkular ortaya çıkarken, ölümü de kuvvetli bir olasılık olarak görülmelidir.<sup>14</sup> Dolayısıyla, her ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişi için gaiplik kararı alınması mümkün değildir.<sup>15</sup> Bu tehlikenin ancak kişinin öldüğü ihtimalini kuvvetle akla getirmesi durumunda gaipliğine hükmedilebilir.<sup>16</sup> Örneğin, Afrika'ya safariye giden ve bir daha izine rastlanmayan kişinin durumu böyledir.

İsviçre'de kanun koyucu ölüm tehlikesi içinde kaybolma koşulunu, kişinin 'büyük ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması' şeklinde ifade

<sup>10</sup> Cahit Oğuzoğlu, *Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku*, Ankara 1963, s. 231; Feyzi N. Feyzioğlu/Ümit Doğanay/ Aydın Aybay, *Medenî Hukuk Dersleri, C. I*, İstanbul 1973, s. 62; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul 1979, s. 225; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)*, İstanbul 1980, s. 504; Mustafa Dural, *Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1984, s. 32; Selâhattin S. Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 1992, s. 214; Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, *Zevkliler Medenî Hukuk*, Ankara 1999, s. 573; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk, Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku*, Ankara 2016, s. 210-211; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016, s. 254.

<sup>11</sup> Oğuzoğlu, s. 231; Feyzioğlu/Doğanay/ Aybay, s. 62; İmre, s. 504; Özsunay, s. 225; Tekinay, s. 214; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s. 573; Dural/Öğüz, s. 30; Helvacı, s. 36; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 254. İsviçre'de de aynı esas geçerlidir, Andreas Kley/Goran Seferovic, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zurich 2016, s. 154.

<sup>12</sup> Dural/Öğüz, s. 31.

<sup>13</sup> Helvacı, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 31.

<sup>14</sup> Tekinay, s. 214; Özsunay, s. 225; Yıldız Abık, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, 2005, s. 159; Dural/Öğüz, s. 31; Helvacı, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 31; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 255.

<sup>15</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 31.

<sup>16</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 31.

etmektedir (ZGB m.35). Bu noktada ZGB m.35'teki 'büyük ölüm tehlikesi' ifadesinin mutlaka bir deprem ya da yangını kastetmediği, bir dağ gezisine çıkıp geri dönmemenin de bunun içine girdiği belirtilmektedir.<sup>17</sup> Türk hukuku bakımından da, kanunda bulunmasa da, ölüm tehlikesinin büyük olması gerektiği doktrinde kabul görmektedir.<sup>18</sup>

Bunun yanı sıra, ZGB m.36/I'e paralel olarak, TMK m.33 gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçmiş olmasını aramaktadır. Tehlikenin bir anda gerçekleşmesi durumunda süre, tehlike anından itibaren işlemeye başlar. Ancak tehlike bir süre devam etmişse, sürenin başlangıç tarihini belirlemek kolay olmayabilir. Eğer kişinin hangi olay sonucu kaybolduğu belirlenemiyorsa, bir yıllık süreyi tehlike durumunun bitmesi gereken andan itibaren işletmek yerinde olur.<sup>19</sup> Yukarıdaki örneğimize döner ve kişiyi üç yılığına vahşi hayvanların olduğu bir ormana safariye gönderirsek, tehlike üç yıl boyunca devam ettiği için TMK m.33'teki süreyi üç yıldan sonundan itibaren işletmek gerekir.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolma söz konusu değilse, gaiplik kararı için alternatif olarak aranabilecek ikinci koşul, kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasıdır. Bu koşul bakımından önemli olan husus, yalnızca kişinin bulunduğu yerin bilinmemesinin gaiplik için yeterli olmadığı, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın da bulunması gerektiğidir.<sup>20</sup> Uzun zamandır haber alınamama ile kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması birbiriyle yakından bağlantılıdır.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Kley/Seferovic, s. 153.

<sup>18</sup> Tekinay, s. 214; Hüseyin Avni Göktürk, Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Ankara 1954, s. 164; Özsunay, s. 225; Abık, s. 160; Özsunay, s. 225; Bülent Köprülü, Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), İstanbul 1984, s. 254; Dural/Öğüz, s. 31; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32.

<sup>19</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32-33.

<sup>20</sup> İhsan Tarakcıoğlu, Türk Medeni Hukuku, Genel Esaslar - Başlangıç Maddeleri - Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, Ankara 1978, s. 126; İmre, s. 505; Tekinay, s. 215; Köprülü, s. 255; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s. 63; Dural/ Öğüz, s. 31; Helvacı, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32; Gençcan, s. 746-747.

<sup>21</sup> Kley/Seferovic, s. 153-154. Örneğin, Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında gaipliğine karar verilmesi talep edilen kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık olduğunun kanıtlanamamasına istinaden ilk derece mahkemesinin verdiği davanın reddi kararını isabetli bulmuştur. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 1.HD, E. 2017/177, K. 2017/163, T. 4.4.2017 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi:



Uzun süredir haber alınamama, makul sebeplerle açıklanabildiği<sup>22</sup> ve kişinin kuvvetle muhtemel ölmüş olabileceği ihtimalini akla getirmedeği sürece kayıp kimse hakkında gaiplik kararı verilemez.<sup>23</sup> Haberin mutlaka gaipten gelmesi de şart değildir; gaiple ilgili haber başkaları tarafından verilirse de TMK m.32 kapsamında gaiplik kararı alınmaz.<sup>24</sup> Ölüm tehlikesi içinde kaybolma ile uzun süredir kişiden haber alınamamanın ciddiyet seviyesi aynı olmadığı için haber alınamama nedeniyle gaiplik kararı istenebilmesi farklı bir süreye bağlanmıştır. TMK m.33, ZGB m.36/I'e paralel olarak, son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olmasını aramaktadır.<sup>25</sup>

## 1.2. Usule İlişkin Koşullar

Gaiplik kararı ilgililerin istemi üzerine verilecek bir karardır; değilse hâkimin re 'sen kişinin gaipliğini tespit etmesi mümkün değildir.<sup>26</sup> TMK m.32/I, gaiplik kararı için hakları bu ölüme bağlı olan kimselerin mahkemeye başvurması gerektiğini belirtmektedir. Hakları ölüme bağlı kimseler, gaibin ölümüyle hak kazanacak ya da yükümlülükten kurtulacak olan kimselerdir.<sup>27</sup> Bu noktada, gaiplik kararının gaibin menfaatlerine esaslı biçimde zarar verdiği göz önünde bulundurularak 'hakları ölüme bağlı kimseler' zümresini dar yorumlamak gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>28</sup> Hakları ölüme bağlı kimseler, gaibin eşi, kanuni ve atanmış mirasçıları, lehine vasiyette bulunmuş olan

- 
- 12.01.2019).
- <sup>22</sup> Örneğin, şiddetli aile içi kavga sonucu kişinin evi terk etmesi ve ailesine haber vermemesi hali böyledir, Kley/ Seferovic, s. 154.
- <sup>23</sup> Oğuzman/Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 32.
- <sup>24</sup> Özsunay, s. 227; Abik, s. 159; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s. 575; Gençcan, s. 747; Ayşe Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2006, s. 268; Dural/ Ögüz, s. 31; Helvacı, s. 37. İsviçre'de de aynı esas geçerlidir, Kley / Seferovic, s. 153.
- <sup>25</sup> Kişiden haber alınamama durumunun kesintisiz olması gerektiğiyle ilgili tartışma için bkz., Hüseyin Tokat, "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, s. 532.
- <sup>26</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 256; Köprülü, s. 253; İmre, s. 505; Abik, s. 161; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 576; Ali Naim İnan, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara 2014, s. 118; Ferit H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku*, C. 2, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960, s. 52; Tokat, s. 536; Gençcan, s. 747.
- <sup>27</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 256; Saymen, s. 53; Feyzioğlu/ Doğanay/ Aybay, s. 64; Abik, s. 161; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 576; Dural/ Ögüz, s. 32; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 33; Tokat, s. 536.
- <sup>28</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 256.

vasiyet alacaklıları,<sup>29</sup> gaip ile birlikte mirasçı olanlar, gaip yüzünden mirasa katılamayacak olanlar,<sup>30</sup> vasiyeti yerine getirme görevlisi,<sup>31</sup> hayat sigortası lehtar,<sup>32</sup> belirli koşulların yerine getirilmesi halinde Hazine (TMK m.530),<sup>33</sup> askerlik şubesi ile savcılık<sup>34</sup> ve gaip lehine Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 292 kapsamında bağışlayana dönme koşullu bağışlamada bulunanlar<sup>35</sup> olarak sayılabilir.<sup>36</sup>

Hakları ölüme bağlı kimselerin istemi üzerine mahkeme, gaiplik kararı alma hususunu takdir eder. Bir kimse ölüm tehlikesi içinde kay-bolsa da çok uzun yıllardır kendisinden haber alınamasa da mahkeme karar vermedikçe gaip sayılmaz ve gaipliğe bağlanan sonuçlar doğmaz.<sup>37</sup> Çekişmesiz yargıda görülecek olan gaiplik istemi<sup>38</sup> bakımından TMK m.32/II yetkili mahkemeyi belirlemiştir. Buna göre, “Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir.”<sup>39</sup> Görevli mahkeme ise gaiplik kararı şahıs varlığına ilişkin olduğu için Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.2’ye istinaden asliye hukuk mahkemesidir.<sup>40</sup>

<sup>29</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 256; Gençcan, s. 748; Arat, s. 268; Dural/Öğüz, s. 32; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 577; Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 33; Abik, s. 161; Cumhuriyet Rüzgaresen, “Gaip Borçlunun İflâsı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 4, 2012, s. 1375; Helvacı, s. 38; Tokat, s. 537.

<sup>30</sup> Abik, s. 161; Rüzgaresen, s. 1375; Akipek/Akıntürk/ Ateş, s. 256; Tokat, s. 537.

<sup>31</sup> Arat, s. 268; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 577; Tokat, s. 538.

<sup>32</sup> Gençcan, s. 748; Saymen, s. 53; Tekinay, s. 218; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s. 64; Tokat, s. 538.

<sup>33</sup> Arat, s. 268; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 577; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 1994, s. 32; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s. 64; Dural/Öğüz, s. 32; Oğuzman /Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 33; Saymen, s. 53; Özsunay, s. 227-228; Tekinay, s. 218; Köprülü, s. 253-254; Tokat, s. 539.

<sup>34</sup> Öztan, s. 32; Gençcan, s. 748.

<sup>35</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 256; Rüzgaresen, s. 1375.

<sup>36</sup> Gabin alacaklılarının ve vasinin, hakları ölüme bağlı kimseler olduğunun tartışmalı olduğu yönünde bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 578; Tokat, s. 539.

<sup>37</sup> İnan, s. 118; Tokat, s. 540.

<sup>38</sup> Gençcan, s. 750; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34; Abik, s. 162; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 579; Akipek/Akıntürk/ Ateş, s. 259; Tokat, s. 540.

<sup>39</sup> Gaibin annesi ve babası Türkiye’de nüfusa kayıtlı değilse, yetkili mahkeme Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemeleri olacaktır. Öztan, s. 33.

<sup>40</sup> Gençcan, s. 748. Yargıtay’ın bu yöndeki kararı için örneğin bkz., Yargıtay, HGK, E. 2013/1-2096, K. 2015/1304, T. 06.05.2015 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 13.01.2019). Aksi görüşte, görevli mahkemenin HMK m.382-383 kapsamında sulh hukuk mahkemesi olduğuna ilişkin bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34; İpek Sağlam, “Devletin Yasal Mirasçılığı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Hakları ölüme bağlı kimseler, ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan itibaren bir yıl, son haber almadan itibaren ise beş yıl geçince yetkili ve görevli mahkemeye başvurabilirler. Başvuru üzerine mahkemenin yerine getirmesi gereken ilân prosedürü bulunmaktadır. İlân, bilgi sahibi olanları mahkemeye başvurmaya yöneltmeyi, gaiibi de hayattaysa hakkında yapılan işlemlerden haberdar etmeyi ve ortaya çıkmasını sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>41</sup> TMK m.33/II-III, “Mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırır. Bu süre, ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır.” şeklindedir. Kanunun lafzından hareket edildiğinde birden fazla ilân bulunması<sup>42</sup> ve ilk ilân tarihinden itibaren en az altı ay sonra ikinci ilânın yapılması gerekliliği ortaya çıkar.<sup>43</sup> TMK m.33 uyarınca, ikinci ilân yapılmadan gaipliğe karar verilemez.<sup>44</sup> Hal böyle olunca da ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan itibaren en az 1.5 yıl, son haber almadan itibaren ise en az 5.5 yıl geçmedikçe mahkeme gaiplik kararı veremez.<sup>45</sup>

İlân resmi gazetede ya da ülke çapında yayımlanan bir gazetede yapılabilir.<sup>46</sup> İsviçre’de ise mahkeme, ilânla gaip hakkında bilgisi olan kimseleri belirtilen süre içerisinde mahkemeye bilgi vermeye çağırır. İlânda belirtilen söz konusu süre, ilk ilândan itibaren en az bir yıl olmalıdır (ZGB m.36/II-III). Dolayısıyla, TMK’dan farklı olarak İsviçre’de iki ilân arasında bir yıl olması gerekir.

- 
- Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 2487.
- <sup>41</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 258; Saymen, s. 54; Dural/Öğüz, s. 33; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34; Tokat, s. 543.
- <sup>42</sup> Yargıtay kararlarında bu husus “en az iki ilân yapılması gerektiği” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Yargıtay, 1.HD, E. 2009/12601, K. 2010/166, T. 18.1.2010; Yargıtay, 1.HD, E. 2009/8438, K. 2009/10009, T. 12.10.2009 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.01.2019).
- <sup>43</sup> Gençcan, s. 750-751. Hâkimin iki ilân arasındaki süreyi kısaltamayacağı ancak hal ve şartlar gerektiriyorsa takdir yetkisini kullanarak uzatabileceğine ilişkin bkz., İmre, s. 507; Arat, s. 269; Özsunay, s. 229; Köprülü, s. 258, dn.34; Saymen, s. 54-55; Abik, s. 162, dn.53; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 579; Helvacı, s. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34; Tokat, s. 544.
- <sup>44</sup> Yargıtay, 2.HD, E. 2009/16489, K. 2010/20078, T. 1.12.2010; Yargıtay, 2.HD E. 2009/16486, K. 2010/19985, T. 1.12.2010; Yargıtay, 2.HD, E. 2009/16477, K. 2010/18722, T. 8.11.2010 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2019).
- <sup>45</sup> Dural/Öğüz, s. 33; Helvacı, s. 39. Bu süreler ‘en az’ sürelerdir; uygulamada kararın verilmesi çok daha uzun sürmektedir.
- <sup>46</sup> Özsunay, s. 229; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 580; Tokat, s. 544. İsviçre bakımından da aynı esas kabul edilmiştir, Kley/Seferovic, s. 154.

İlân sonucunda gaip kimse ortaya çıkar ya da kendisinden haber alınır veya öldüğü tarih kesin olarak tespit edilirse gaiplik istemi düşer (TMK m. 34). Dolayısıyla, gaip olduğu iddia edilen kimse çıkıp gelirse veya sağ olduğunu mahkemeye iletirse ya da hakkında bilgisi olan kişiler gaibin sağ olduğunu bildirirlerse gaiplik kararı verilemez.<sup>47</sup> Gaibin ölmüş olduğu tespit edilirse de gaiplik kararı verilemez; bu durumda kişilik ölümle son bulur ve artık ölüme ilişkin hükümler uygulanır.<sup>48</sup> İlânın sonuçsuz kalması üzerine mahkeme gaipliğe karar verir (TMK m.35/I).<sup>49</sup> Bu karar, hâkimin bildirmesiyle birlikte ölüm kütüğüne işlenir (TMK m.45).

## 2. Gaiplik Kararının Hükümü

Mahkemenin kişinin gaipliğine karar vermesi ile birlikte ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK m.35/I).<sup>50</sup> Gaipliğine hükmedilen kişi, ölü de değildir hayatta da,<sup>51</sup> ama gaiplik kararı kişi ölmüş gibi sonuçlar doğurur.<sup>52</sup> Gaiplik kararı, kişinin öldüğüne ilişkin bir karine teşkil eder.<sup>53</sup> Bir diğer deyişle, gaiplik kararı ile ispat yükü yer değiştirir,<sup>54</sup> gaiplik kararı verilmesini talep eden kişi, gaibin öldüğünü ispatlamaktan kurtulur<sup>55</sup> ve gaibin öldüğüne ilişkin adi karine tesis edilir.<sup>56</sup> Söz konusu karinenin ilgililer tarafından gaibin hayatta olduğu veya belirli bir tarihte öldüğü iddia edilerek her türlü delille çürütülmesi mümkündür.<sup>57</sup>

Gaibin çıkıp gelmesi ya da sağ olduğunun anlaşılması üzerine gaiplik kararı hükümsüz hale gelir.<sup>58</sup> Hatta nüfus kütüğünden gaip

<sup>47</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 258; Gençcan, s. 751; Dural/Öğüz, s. 33.

<sup>48</sup> Gençcan, s. 751; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 34.

<sup>49</sup> Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 72; Tekinay, s. 219; Gençcan, s. 751; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 258; Arat, s. 270; Saymen, s. 55-56; Özsunay, s. 229; İmre, s. 507; Feyzioğlu/Doğanay/ Aybay, s. 65; İnan, s. 120; Dural/Öğüz, s. 33; Helvacı, s. 39.

<sup>50</sup> ZGB m. 38 de aynı düzenlemeyi içermektedir.

<sup>51</sup> Gençcan, s. 752; Dural/ Öğüz, s. 34; Carriere, s. 902.

<sup>52</sup> Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 35.

<sup>53</sup> Kley/Seferovic, s. 155; Abik, s. 163; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35.

<sup>54</sup> Kley/ Seferovic, s. 155; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s. 580; Oğuzman/Seliçi/Ok-tay-Özdemir, s. 35; Abik, s. 163; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 259; Tokat, s. 546.

<sup>55</sup> Gençcan, s/ 745

<sup>56</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 259; Kley/Seferovic, s. 155.

<sup>57</sup> Saymen, s. 57; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s. 580; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 259; Tokat, s. 546.

<sup>58</sup> Kley/Seferovic, s. 156; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 38.

kaydı da silinir.<sup>59</sup> Hükümsüzlüğün tespitini gaibin kendisi ve her ilgili mahkemeden talep edebilir. Gaiplik kararına bağlanan bir takım hukuki sonuçlar bulunduğundan kararın hükümsüzleşmesinin önemi, kararın bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmasında görülür.<sup>60</sup> Aynı şekilde, kesin olarak gaibin öldüğü / ölüm tarihi tespit edilirse de gaiplik kararı hükümsüzleşir. Zira artık ölüm tarihi itibarıyla ölüme bağlanan sonuçların ortaya çıkması söz konusu olur. Gaibin öldüğünün tespiti hususu da her ilgili tarafından mahkemeden istenebilir.<sup>61</sup>

Gaiplik kararının en önemli etkisi geçmişe etkili olarak hüküm ifade etmesidir. ZGB m.38/II'ye paralel olarak TMK m.35/II, "*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur.*" şeklindedir. Böylece ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin geldiği tarih, kişinin gaip olduğu, yani ölmüş olarak kabul edildiği tarihtir.<sup>62</sup> Gaiplik kararıyla birlikte gaibin kişiliği sona erer. Buna bağlı olarak gaibin hak ehliyeti, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ve usul hukuku bakımından taraf ehliyeti de son bulur.<sup>63</sup> Bu noktada gaipliğine karar verilen kimsenin evliliğinin akıbeti üzerinde durmak gerekir. Zira gaiplik kararı da ölüm ve ölüm karinesi gibi kişiliği sona erdirir, ancak onlardan farklı olarak gaipliğine karar verilen kimsenin evliliği gaiplik kararı ile birlikte sona ermez. TMK m.131, gaibin eşinin gaiplik istemi ile birlikte veya ayrı olarak evliliğinin feshini istemesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu da demektir ki eğer eş tarafından evliliğin feshi talep edilmezse gaiplik kararının varlığına rağmen gaibin evliliği devam eder. Kanaatimizce, bu düzenleme yerinde değildir. Kişiliği sona erdiren gaiplik kararı sonrası da ölüm ve ölüm karinesinde olduğu gibi gaibin evliliğinin otomatik olarak sona ermesi yeknesaklık ve kanun sistematigi bakımından daha uygun olur.

Gaiplik kararı ölüme benzer bir durum ortaya çıkardığı için gaip olan kişinin mirası açılır.<sup>64</sup> Gaiplik kararının geriye yürümesinin öne-

<sup>59</sup> Kley/Seferovic, s. 156.

<sup>60</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 38.

<sup>61</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 38.

<sup>62</sup> Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Miras Hukuku, Ankara 2015, s. 441; O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 324; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 259; Yargıtay, 3.HD, E. 2007/21195, K. 2008/1852, T. 12.2.2008 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 14.01.2019).

<sup>63</sup> Özsunay, s. 229-230; Saymen, s. 58-59; İnan, s. 122; Tokat, s. 547.

<sup>64</sup> Dural/Öğüz, s. 34.

mi, özellikle gaipliğin miras hukuku yönünden doğurduğu hüküm ve sonuçlar incelenirken görülecektir.<sup>65</sup> Zira gaibin mirasçılarının kim olduğu, terekeye yönelik tasarruf edilebilir kısım ve saklı paylar, gaiplik kararının verildiği tarihe göre değil, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber tarihine göre belirlenecektir.<sup>66</sup>

### III. GAIPLIĞIN MİRASIN GEÇMESİNDE ETKİSİ

#### 1. Genel Olarak

Ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya uzun süredir haber alınmama ile gaiplik kararı verilinceye dek geçen süre bakımından gaibin hayatta olup olmadığı bilinmemektedir.<sup>67</sup> Kanunumuz da bu süreye ilişkin gaibin ne yaşadığına ne de öldüğüne dair bir karine içermemektedir.<sup>68</sup> Dolayısıyla, gaibin söz konusu süre boyunca mirasçı ya da miras bırakan olması mümkün değildir,<sup>69</sup> fakat malvarlığının da korunması gerekmektedir.<sup>70</sup> Bu sebeple, gaiplik kararı alıncaya kadar geçen süre içinde gaibe bir miras payı düşerse bu pay TMK m.586/I gereğince resmen yönetilir<sup>71</sup> ve TMK m.588 gereğince gaibin mirası mirasçılara geçmez.<sup>72</sup> Ayrıca gaibin malvarlığının yönetimi için sulh mahkemesi tarafından TMK m.427/I uyarınca yönetim kayyımı atanır.<sup>73</sup>

Mahkeme tarafından gaiplik kararı verilince ise kişinin öldüğü karineyle kabul edildiğinden gaibin terekesi kendiliğinden mirasçılara geçer.<sup>74</sup> Gaiplik kararı geçmişe etkili olarak ölüme benzer bir durum ortaya çıkardığı için<sup>75</sup> gaibin mirasçıları da mirasçılığı da ölüm tehlike-

<sup>65</sup> Akipek/Akıntürk / Ateş, s. 259.

<sup>66</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 560; Gençcan, s. 753.

<sup>67</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260.

<sup>68</sup> Abık, s. 164; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35; Dural / Öğüz, s. 34.

<sup>69</sup> Abık, s. 164; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35; Dural/ Öğüz, s. 34.

<sup>70</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260; Dural/Öğüz, s. 34.

<sup>71</sup> Resmen yönetilmeden maksat miras payının mahkeme aracılığıyla yönetilmesidir. Abık, s. 164; Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35. Sulh hukuk mahkemesi resmen yönetilmeye re'sen karar verir (TMK m.592).

<sup>72</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260; Helvacı, s. 42.

<sup>73</sup> Abık, s. 164; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260; Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 35; Helvacı, s. 42; Dural/ Öğüz, s. 34; Bilge Öztan, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, Ankara 2017, s. 374 (Öztan, Miras).

<sup>74</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 260.

<sup>75</sup> Dural/Öğüz, s. 34.



sinin gerçekleştiği ya da son haberin geldiği tarihe göre belirlenir.<sup>76</sup> Bu sebeple de miras, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, daha önce, yani ölüm tehlikesi veya son haber tarihinde açılmış sayılır.<sup>77</sup> Gaiplik kararının geçmişe etkili olmasının miras hukuku bakımından yansımaları gaibin mirası, gaibin mirasçı olması, Hazinenin gaibe mirasçı olması ve gaibin veya daha üstün dereceli mirasçıların ortaya çıkması bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

## 2. Gaibin Mirası

### 2.1. Gaiplik Kararı Öncesi

Gaiplik kararı ile gaibin terekesi mirasçılara geçtiği için mirasçılarının kim olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Kural olarak, miras bırakanın öldüğü sırada sağ olan mirasçıları terekeyi alma hakkına sahip olurlar (TMK m.580). Gaiplik kararı geçmişe etkili olduğu için gaip bakımından bu husus ölüm tehlikesi veya son haber tarihi bakımından belirlenir.<sup>78</sup> Ölüm tehlikesi veya son haber tarihi itibarıyla hayatta olan mirasçılara gaibin terekesi intikal eder. Örneğin, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolmasından sonra, fakat hakkında gaiplik kararı alınmasından önce eşi ölmüş olursa, eş gaibe mirasçı olur.<sup>79</sup>

### 2.2. Gaiplik Kararı Sonrası: Güvence Gösterme Yükümlülüğü

Gaiplik kararının verilmesi ile birlikte her ne kadar gaibin mirası mirasçılara geçse de gaibin kesin olarak öldüğü belli olmadığı için kanun koyucu gaibin ortaya çıkması veya kesin ölüm tarihinin belli olmasıyla hak sahiplerinin (ölüm tarihinde sağ olan mirasçılarının) değişmesi ihtimallerini göz önünde tutarak mirasçılarının ve mirasta hak sahibi olan kişilerin teminat (güvence) göstermelerini istemektedir.<sup>80</sup> Gerçekten de kesin ölüm tarihinin saptanması ya da gaibin günün birinde çıkıp gelmesi hallerinde mirasın geri verilmesi ya da yeniden paylaşılarak tasfiye edilmesi gerekecektir.<sup>81</sup> Benzer şekilde, gaiplik ka-

<sup>76</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36; Helvacı, s. 41; Abik, s. 164; Öztan, Miras, s. 374.

<sup>77</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 560.

<sup>78</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 263.

<sup>79</sup> Mustafa Dural/Turgut Öz, Türk Özel Hukuku - C. IV - Miras Hukuku, İstanbul 2018, s. 388.

<sup>80</sup> Abik, s. 164; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36; Öztan, Miras, s. 375.

<sup>81</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 441.

rarı sonrası mirasın geçtiği kimselerin gaibin terekesini elden çıkartmaları da mümkündür.<sup>82</sup> Elden çıkarma halinde güvence gösterilmesi sonradan avdet eden hak sahiplerinin zararını azaltma vazifesi görür. Bu kapsamda TMK m.584/I, “Hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçuları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar.” şeklindedir. Hükmün amacı gaibin mirasının intikal ettiği kimselerin gerektiğinde mirası gaibe ya da kendilerinden üstün derecedeki mirasçılara geri vermelerine ilişkin güvence sağlamak<sup>83</sup> ve gaibin veya üstün dereceli mirasçıların uğrayacağı zararları gidermektir.<sup>84</sup>

Mirasçılar belirlenen güvenceyi göstermedikçe gaibin mirası kendilerine geçmez.<sup>85</sup> Yasal ve atanmış mirasçıların yanı sıra lehine vasiyet yapılanların ve intifa hakkı sahiplerinin de güvence göstermeleri beklenir.<sup>86</sup> Güvence gösterilmezse, TMK m.523/III kıyasen uygulanarak mirasın resmen yönetilmesine karar verilir.<sup>87</sup> Güvencenin türünü ve miktarını belirlemede hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.<sup>88</sup> Gaibin mirasçılarının ve mirasta hak sahibi olanların kefalet gibi kişisel güvence göstermeleri istenebileceği gibi rehin ya da ipotek gibi aynî güvence göstermeleri tercih edilebilir.<sup>89</sup> Güvence, kıymetli evrakın depolanması ya da garanti mektubu şeklinde de olabilir.<sup>90</sup> Ancak TMK m.584 hükmü emredici hüküm<sup>91</sup> olduğu için hâkim, herhangi bir sebeple mirasçuları veya mirasta hak sahibi olanları güvence göstermekten bağışık tutamaz.<sup>92</sup>

<sup>82</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 441.

<sup>83</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 263; Helvacı, s. 41.

<sup>84</sup> Antalya/Sağlam, s. 324.

<sup>85</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 561; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36.

<sup>86</sup> Öztan, Miras, s. 375.

<sup>87</sup> Bülent Köprülü, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1985, s. 356 (Köprülü, Miras); İnan/Ertaş/Albaş, s. 441; Öztan, Miras, s. 375. Eğer muayyen mal vasiyet edilmişse, TBK m.111 gereği söz konusu mal resmi mercie tevdi edilir, Öztan, Miras, s. 375.

<sup>88</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 442; Dural/Öz, s. 388; Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 36.

<sup>89</sup> Dural/Öz, s. 388; Öztan, Miras, s. 375; Oğuzman/Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 36.

<sup>90</sup> Öztan, Miras, s. 375.

<sup>91</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 442.

<sup>92</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 442; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36.

Güvence gösterilmesi gaibin ve onun üstün dereceli mirasçılarının menfaatlerini korumaya hizmet ederken, güvencenin belirli süreyle sınırlı olmaksızın verilmesi gaibin terekesinin intikal ettiği kimselerin menfaatlerine ters düşer. Bu nedenle, kanun koyucu iki tarafın menfaatini dengelemek için güvencelerin belirli süreler ile sınırlı olmak üzere gösterilmesini istemektedir.<sup>93</sup> Güvence süreleri gaiplik kararının verilme sebebine göre farklılık gösterir.<sup>94</sup> TMK m.584/II gereğince, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda on beş yıl ve her halde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için güvence gösterilir. Söz konusu sürelerin başlangıç zamanı için TMK m.584/III, beş yılın tereke mallarına el konulduğu tarihten, on beş yılın ise son haber tarihinden başlanarak hesaplanacağını belirtmektedir. Söz konusu süreler geçtikten sonra da gaip ya da daha üstün dereceli mirasçılar ortaya çıkarsa terekenin yine geri verilmesi gerekir, ancak bu durumda güvenceden istifade edilmesi olanağı olmaz.<sup>95</sup>

### 2.3. Güvenceden Kurtulma Aşaması

Yukarıda bahsi geçen beş ve on beş yıllık sürelerin geçmesi ile güvencenin ortadan kalkacağı açıktır. Bunun yanı sıra, gaibin ortaya çıkması veya hayatta olduğuna ilişkin haber gelmesi hallerinde de güvence aşaması sona erer. Bu halde güvence karşılığı gaibin mirasının geçtiği kimseler gaibe söz konusu malvarlığı değerlerini geri vermekle yükümlü olurlar.<sup>96</sup> Gaibin kendisi herhangi bir süreyle bağlı olmadan her zaman malvarlığının iadesini isteyebilir.<sup>97</sup>

Güvence aşamasının sona erme hallerinden biri de TMK m.584'te düzenlenen gaibin yüz yaşına gelmesidir.<sup>98</sup> Gaip yüz yaşına basınca, beş ve on beş yıllık süreler henüz dolmuş olmasa bile<sup>99</sup> gaibin mirasının intikal ettiği kimselerin güvenceleri serbestleşir. Güvencelerin

<sup>93</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 264.

<sup>94</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 561.

<sup>95</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 561; Köprülü, Miras, s. 357; Dural/Öz, s. 389; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 36; Helvacı, s. 42.

<sup>96</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 264. Geri verme yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıdaki bölüm III.5.

<sup>97</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 562.

<sup>98</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 264.

<sup>99</sup> İnan/Ertaş/Albaş, s. 442; Dural/Öz, s. 388.

serbestleşmesi, aynî güvencelerin mirasçılara geri verilmesi, kişisel güvence verenlerin ise bundan kurtulmaları anlamına gelir.<sup>100</sup> Gaibin yüz yaşına basması anından sonra mirasçıların gaibin mirasına geçici olarak ve güvence karşılığı sahip oldukları zilyetlikleri artık kesinlik kazanır.<sup>101</sup>

Gaibin ölüm tarihinin saptanmasının güvence aşamasını sona erdirip erdirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş,<sup>102</sup> kanunda açıkça belirtilmese de gaibin kesin ölüm tarihinin tespit edilmesinin güvenceyi sona erdireceğini, söz konusu tarih itibarıyla gaibe mirasçı olan kişiler değişiyorsa güvence gösterme yükümlülüğü olmaksızın terekenin gaibin ölüm tarihine göre belirlenen mirasçılara intikal edeceğini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise,<sup>103</sup> gaibin ölmüş olduğunun saptanmasının güvence aşamasını sona erdirmeyeceğini, halen gaibin daha üstün dereceli mirasçılarının ortaya çıkma ihtimalinin olduğunu ve bu sebeple söz konusu mirasçıları korunmak için güvencenin devam etmesi gerektiğini savunur. Kanaatimizce, ilk görüşte haklılık payı bulunmaktadır. Zira gaibin kesin ölüm tarihinin tespit edilmesiyle gaiplik kararı hükümsüzleştiğinden ölen kişinin terekesi nasıl güvence göstermeksizin dağıtılıyorsa burada da aynı esas geçerli olmalı ve TMK m.599' ta ifadesini bulan külli intikal prensibi uygulanmalıdır. TMK m.599/I "Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar." şeklindedir.

### 3. Gaibin Mirasçı Olması

Gaiplik kararının geriye etkili olması, gaibin mirasçı sıfatını haiz olup olmadığını belirleyen en önemli unsurlardandır. Gaiplik kararı geçmişe etkili olarak hüküm ifade ettiği için hakkında gaiplik kararı bulunan bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber tarihinden sonra mirasçı olabilmesi mümkün değildir. Bu tarihlerden sonra gaibin karineyle ölmüş olduğu kabul edildiği için, terekenin intikali bakımından kendisinin miras bırakanın ölümü anında sağ olmadığı kabul edilir.<sup>104</sup> Dolayısıyla, gaibin mirasçı sıfatını haiz olup olmadığı,

<sup>100</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 265.

<sup>101</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 264.

<sup>102</sup> Kocayusufoğlu, s. 561.

<sup>103</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 264.

<sup>104</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 264.

miras bırakanının ölüm tarihinin gaiplik kararının hüküm ifade ettiği tarihten önceye mi sonraya mı denk geldiğine göre belirlenir. Gaibin miras bırakanı, gaiplik kararının hüküm ifade ettiği an olan ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber tarihinden sonra hayatını kaybetmişse, miras bırakan hayatını kaybettiğinde henüz gaiplik kararı verilmemiş olsa da gaip mirasçı olamaz.<sup>105</sup> Ancak miras bırakan, gaibin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden alınan son haber tarihinden önce ölürsa, gaip, mirasçı sıfatını haiz olur, miras paylaşımı onun varlığı dikkate alınarak yapılır.<sup>106</sup>

Gaibin mirasçı olması iki türlü olabilir: *i.* kendisine miras kalan kişi ortadan kaybolmuştur ancak henüz hakkında verilmiş bir gaiplik kararı bulunmamaktadır veya *ii.* hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kişiye miras kalmıştır.<sup>107</sup> İlk durum bakımından, TMK m.586/I uyarınca, gaibin kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınamaması ile hakkında gaiplik kararı verilmesi arasındaki sürede gaibe kalan miras payı resmen yönetilecektir.<sup>108</sup> TMK m.586/II'ye göre, mirasın açıldığı anda ortada bulunmayanın sağ olmaması halinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine güvence karşılığında teslimini isteyebilirler. TMK m.586/III ise miras payının tesliminin gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tâbi olduğunu belirtmektedir.

İkinci durumda ise, yani hakkında gaiplik kararı alınmış bir kişiye miras kalmasında TMK m.587/I hükmü bir kolaylık sağlamaktadır.<sup>109</sup> Bu hükme göre, gaibin mirasçılarının tereke mallarını teslim almalarından sonra gaibe bir miras düşmesi halinde, söz konusu miras payı gaiplik sebebiyle kendisine kalacak olanlar, ayrıca bir gaiplik kararı almadan bu miras payının teslimini isteyebilirler. TMK m.587/II'ye istinaden, ilk fıkra hükmünün tersi de mümkün olabilir<sup>110</sup> ve gaibe düşen miras payını teslim alanların elde ettikleri gaiplik kararına gaibin

<sup>105</sup> Dural/Öz, s. 390.

<sup>106</sup> Dural/Öz, s. 390.

<sup>107</sup> Dural/Öz, s. 389.

<sup>108</sup> Dural/Öz, s. 389.

<sup>109</sup> Dural/Öz, s. 390.

<sup>110</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 562; Dural / Öz, s. 390.

mirasçuları dayanabilir. Bir diğer deyişle, gaip yerine mirasçı olacak kimseler gaiplik kararı almışlarsa, gaibin kendi mirasçuları ayrıca bir gaiplik kararı almaksızın gaibin mirasının kendilerine intikalini isteyebilirler.<sup>111</sup> TMK m.587/II sayesinde başka amaçla ve başka kimselerin talebi ile alınan gaiplik kararından, çıkarları buna bağlı olanların yararlanmalarına imkân verilerek usul ekonomisi sağlanmıştır.<sup>112</sup>

#### 4. Hazinenin Talebi ile Gaiplik Kararı Verilmesi

Bir kimsenin gaipliğine Hazinenin talebi üzerine hükmedilmesi mümkündür. TMK m. 588/I, “*Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinenin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.*” şeklindedir. Bu halde TMK m.32/I’de gaiplik kararı için mahkemeye başvurmaya yetkili olan kimselerin istemi gerekmezsiniz doğrudan doğruya Hazine gaiplik kararı talep etmektedir.<sup>113</sup> Diğer yetkili kimselerden farklı olarak, Hazine, TMK m. 588/I’de sayılan şartlar gerçekleştiği vakit gaiplik davası açmaya mecburdur, bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>114</sup>

Bu noktada, TMK m. 588/I hükmünün tali nitelik taşıdığı ve hükmün uygulanabilmesi için yetkili sayılan hiçbir kimsenin mahkemeye başvurmamış olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.<sup>115</sup> Malvarlığının ya da miras payının on yıldır resmen yönetilmesine veya gaibin yüz yaşını doldurmasına rağmen henüz alınmış bir gaiplik kararı yok, fakat yetkili kimseler gaiplik davası açmışsa Hazinenin yine gaiplik talebinde bulunamayacağı kabul edilmelidir.<sup>116</sup>

Hazinenin gaiplik talebi bakımından kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınama-

<sup>111</sup> Dural/Öz, s. 390.

<sup>112</sup> Dural/Öz, s. 390.

<sup>113</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 563.

<sup>114</sup> Dural/Öz, s. 391. ZGB, m.550 de benzer yönde bir hüküm içermekte olup miras payı resmen on yıl ve üzeri bir süredir yönetiliyorsa ya da kayıp kimse yüz yaşını doldurursa İsviçre’de de yetkili (resmi) makamın talebi üzerine kişinin öldüğü kabul edilir.

<sup>115</sup> Gençcan, s. 749; Kocayusufpaşaoğlu, s. 564; Sağlam, s. 2488.

<sup>116</sup> Dural/Öz, s. 391.



yan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması gerekirken ilk ihtimal için bir yıl, ikinci ihtimal için ise beş yıl geçme şartı aranmaz.<sup>117</sup> Zira TMK m. 588/I uyarınca, gaibin malvarlığı veya miras payı on yıldır resmen yönetilmekte ise Hazine gaiplik talebinde bulunabilir. Dolayısıyla, söz konusu on yıllık süre, bir ve beş yıllık sürelerin hâlihazırda üzerindedir.

Hazinenin mahkemeye başvurması halinde, tıpkı yetkili kimsele-  
rin başvurusunda TMK m.33'ün uygulanmasında olduğu gibi, ilân yapılması şarttır. TMK m.588/II, "*Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilan süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Deolete geçer*" şeklindedir. Bu da demektir ki Hazine-  
nin talebiyle gaiplik kararı alınabilmesi için mahkemenin yine en az altı ay arayla<sup>118</sup> iki ilân yapması<sup>119</sup> gerekmektedir. Son ilândan itibaren belirlenmiş süre boyunca gaip hakkında bilgi gelmez veya mirasçılari ortaya çıkmazsa gaibin malvarlığı Hazineye intikal eder.<sup>120</sup> Gaibin terekesi Hazineye geçtiğinde TMK m.586 kapsamında yürütülen resmi yönetim sona erer.<sup>121</sup> İsviçre'de olduğu gibi<sup>122</sup> Türk hukukunda da gaibin mirasının Hazineye geçmesi durumunda Hazineden güvence göstermesi beklenmez.<sup>123</sup> Ancak bu demek değildir ki gaip veya üstün hak sahipleri çıkıp gelirse Hazinenin geri verme yükümlülüğü yoktur. TMK m.588/III gereği "*Devlet, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi geri vermekle yükümlüdür*".<sup>124</sup> Hazinenin geri vermesinin kapsamı da aşağıdaki bölümde yapılan açıklamalar dâhilindedir.

<sup>117</sup> Dural/Öz, s. 391.

<sup>118</sup> Dural/Öz, s. 391.

<sup>119</sup> Sağlam, s. 2488.

<sup>120</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 564; Dural/Öz, s. 391; Sağlam, s. 2488.

<sup>121</sup> Sağlam, s. 2488.

<sup>122</sup> Christoph Wildisen, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Peter Breitschmid / Alexandra Jungo, Erbrecht Art. 457 - 640 ZGB, Zurich 2016, s. 224; Michael Brand, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zurich 2016, s. 1072.

<sup>123</sup> Gençcan, s. 749; Köprülü, Miras, s. 357; Öztan, Miras, s. 375; Kocayusufpaşaoğlu, s. 564; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 36; Dural / Öz, s. 391; Sağlam, s. 2488.

<sup>124</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıdaki bölüm III.5.

## 5. Gaibin veya Daha Üstün Dereceli Mirasçılarının Ortaya Çıkması Halinde Geri Verme Yükümlülüğü

### 5.1. Geri Verme Yükümlülüğünün Kapsamı

Gaipliğine hükmedilen kişinin kesin olarak öldüğü bilinmediğinden gaiplik kararı, ölümün vuku bulduğu duruma kıyasla farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır.<sup>125</sup> Gaibin bir gün çıkıp gelebileceği ya da ölüm tarihinin saptanabileceği durumları göz önünde tutarak kanun farklı düzenlemelere yer vermektedir. Mirasçılarının güvence göstermek suretiyle gaibin terekesine sahip olabileceğini düzenleyen TMK, belli süreler içinde ortaya çıkan gaibin büyük oranda haklarını elde etmesine imkân tanır.<sup>126</sup> Gaibin veya üstün dereceli mirasçılarının ortaya çıkması durumunda tereke mallarına sahip olanların geri verme yükümlüğünü TMK m.585 düzenlemektedir. TMK m. 585/I'e göre, "*Gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, tereke mallarını teslim almış olanlar, aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler*". Bu kapsamda zilyetlik kuralları uyarınca iadenin nasıl yapılacağını incelemek yerinde olur.

Zilyetliğin geri verilmesinde uygulanacak hükümler (TMK m.993-995) zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre değişmektedir. İyiniyetli geri vermekle yükümlü zilyet bakımından TMK m.993/I uygulanır. Buna göre, eşyanın kullanılması veya eşyadan yararlanılması zilyedin karineyle mevcut hakkına uygun şekilde olmuşsa, söz konusu kullanma ve yararlanma sebebiyle geri vermekle yükümlü olunan kimseye/kimselere tazminat ödenmez. TMK m.993/I hükmünü miras hukuku alanına uygulamadan önce, terekeye el koyan mirasçılarının iyiniyetinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Burada iyiniyet, gaibin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişilerin gaiplik koşullarının gerçekleşmediğini bilmemeleri ve bilmelerinin de gerekmemesidir.<sup>127</sup> Bir diğer deyişle, terekeyi elinde bulunduran mirasçılar, gaibin ölmediğini veya üstün hak sahiplerinin varlığını ve haklarını bilmiyorlar ve bilebilecek durumda değillerse iyiniyetli olarak kabul edilirler.<sup>128</sup> Dolayısıyla, gaibin mirasçısı veya mirasında hak sahibi olan kişi iyiniyetli

<sup>125</sup> Kley/Seferovic, s. 155; Dural/Öğüz, s. 34; Helvacı, s. 40.

<sup>126</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 35; Abik, s. 163.

<sup>127</sup> Kocayusufoğlu, s. 562.

<sup>128</sup> Dural/Öz, s. 388.

ise, sahip olduğunu iddia ettiği zilyetlik sıfatına uygun biçimde malı kullanması veya maldan yararlanması karşılığında geri verme anında tazminat ödemez. Örneğin, gaiplik kararı ile tereke kendisine geçen gaibin mirasçısı malik sıfatıyla zilyet<sup>129</sup> olduğundan maldan her türlü yararlanma yetkisi vardır. Gaibin mirasçısı bu hakkına dayanarak malın özüne müdahale etmişse, malın doğal ya da hukuki ürünlerinden yararlanmışsa bu nedenle tazminat ödeme yükümü olmaz.<sup>130</sup>

Ayrıca TMK m.993/II kapsamında iyiniyetli zilyet, eşyanın kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından da sorumlu olmaz. Bu hükmün miras hukuku alanına yansımaları, iyiniyetli zilyedin (gaibin mirasçısının veya mirasında hak sahibi olan kimsenin) mal elinden kısmen çıkmışsa, malın kalanını geri vereceği; mal tamamen elinden çıkmışsa geri verme yükümlülüğünün sona ereceğidir.<sup>131</sup> Bu noktada gaip veya diğer hak sahibi, elde edemedikleri miktar için güvenceye başvurabilirler.<sup>132</sup>

Terekeyi elinde bulunduran iyiniyetli zilyedin yaptığı masraflar bakımından talep hakkı TMK m.994 kapsamındadır. Masraftan kasıt, mal yararına yapılan giderlerdir.<sup>133</sup> Kanun, zorunlu ve yararlı masraflarla lüks masrafları farklı hükümlere tâbi tutmaktadır.<sup>134</sup> Zorunlu masraf, malın fiziki varlığının korunması veya ekonomik fonksiyonunu yürütmesi için yapılır.<sup>135</sup> Yararlı masraf ise malın değerini veya verimini artırmak amacıyla haizdir.<sup>136</sup> Zorunlu ve yararlı masraf dışında

<sup>129</sup> Zilyetlik için zilyet olma, yani fiili hâkimiyeti ele geçirme iradesine sahip olmak gerekir, ancak TMK m.599 mirasçılardan tereke mallarına zilyet olması hususunda buna bir istisna getirmektedir M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 48-49 (“Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku”).

<sup>130</sup> Bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 117.

<sup>131</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 117.

<sup>132</sup> Dural/Öz, s. 388.

<sup>133</sup> Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/ Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 163; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 119.

<sup>134</sup> Feyzi N. Feyzioğlu, Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümlü, İstanbul 1958, s. 136.

<sup>135</sup> Selâhattin S. Tekinay/Sermet Akman /Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 227; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 919 (“Eren, Borçlar Hukuku”); Oğuzman/Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 119.

<sup>136</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 227; Eren, Borçlar Hukuku, s. 919; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 119.

kalan masraflar ise lüks masraf olarak adlandırılır.<sup>137</sup> Lüks masraflar, malı güzelleştirerek, yapanın estetik ve duygusal arzularını tatmin amacıyla hizmet eder.<sup>138</sup> Bir masrafın zorunlu, yararlı ve lüks masraf kategorilerinden hangisinin içerisine girdiği, olayın özellikleri ve yerel adet göz önüne alınarak nesnel değerlendirme sonucu belirlenir.<sup>139</sup> Bu kapsamda TMK m.994/I'e göre, iyiniyetli zilyet, yapmış olduğu zorunlu ve yararlı masrafları geri vermeyi isteyen kimseden talep edebilir ve masraflar ödeninceye dek şeyi geri vermekten kaçınabilir. Dolayısıyla, terekeyi elinde bulunduran mirasçı, iyiniyetli ise iade isteminde bulunan gaip veya üstün dereceli mirasçılardan zorunlu ve yararlı masrafların kendisine ödenmesini talep edebilir.

Terekenin haklı ve iyiniyetli zilyedi TMK m.994/II kapsamında lüks masraf yerine tazminat isteyemez. Eğer iyiniyetli zilyet lüks masraf yaparak malla birleştirdiği eklemeleri zararsızca ayırabiliyorsa, bunları sökümlü alabilir. Ancak lüks masraf karşılığının ödenmesi teklif edilirse, söz konusu eklemeler zararsızca ayrılabilir olsalar da iyiniyetli zilyet bunları sökümlü alamaz, masraf bedeline tekabül eden para önerisini kabul etmek zorundadır.<sup>140</sup> Eklemelerin zararsızca sökümlü alınmasının mümkün olmadığı durumda iyiniyetli zilyede lüks masraflar karşılığının ödenmesi teklif edilmiyorsa iyiniyetli zilyedin sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep hakkı saklıdır. Son olarak, TMK m.994/III "*Zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir.*" şeklindedir. Bu hükme istinaden iyiniyetli zilyet, malın ürünlerinden yararlanmışsa, yararlanmasına karşılık gelen miktar, yaptığı giderlere ilişkin alacağından düşümlü.<sup>141</sup>

Terekeye el koyan mirasçılar kötünietli iseler, yani gaiplik koşullarının gerçekleşmediğini biliyorlar ya da bilmeleri gerekiyorsa<sup>142</sup> geri vermenin kapsamına TMK m.995 hükmü uygulanır. Buna göre, kötünietli zilyet, haksız el koyması yüzünden hak sahibine verdiği zarar-

<sup>137</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 119.

<sup>138</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 919.

<sup>139</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 119.

<sup>140</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 919; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 120.

<sup>141</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 120.

<sup>142</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 562.

lar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında tazminat ödemekle yükümlüdür (TMK m.995/I). Tazminatın kapsamına, mala verilen zararlar ile elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünler ve mal elden çıktıysa malın değeri girer.<sup>143</sup> Eğer terekeye el koyan kötüniyetli mirasçının elinden çıkardığı malları tazmine yetecek malvarlığı yoksa gaip veya üstün hak sahibi, güvenceye başvurabilir.<sup>144</sup> Ayrıca kötüniyetli zilyet, yalnızca zorunlu masrafların kendisine ödenmesini talep edebilir (TMK m.995/II), yararlı ve lüks masrafları isteyemez. Hatta iyiniyetli zilyetten farklı olarak, zorunlu giderler kendisine ödeninceye dek kötüniyetli zilyedin malı geri vermekten kaçınma hakkı da yoktur.<sup>145</sup> Bu noktada TBK m.80/II-III "*Zenginleşen iyiniyetli değilse, zorunlu giderlerinin ve yararlı giderlerinden sadece geri verme zamanında mevcut olan değer artışının ödenmesini isteyebilir. Zenginleşen, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, diğer giderlerinin ödenmesini isteyemez. Ancak, kendisine karşılık önerilmezse, o şey ile birleştirdiği ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri geri vermeden önce ayırıp alabilir.*" şeklindedir. Dolayısıyla, hem eklemeler zararsızca sökülüp alınamıyor hem de geri vermeyi talep eden gaip veya üstün hak sahibi lüks masraflar karşılığını ödemeyi teklif etmiyorsa, kötüniyetli zilyet lüks masraflar karşılığını talep edemez.<sup>146</sup>

## 5.2. Süresi

Gaibin ortaya çıkması durumunda geri verme yükümü bir süreye bağlı değilken, üstün hak sahiplerinin ortaya çıkması durumunda terekeye el koyan mirasçıların iyi veya kötü niyetli olmalarına göre geri verme yükümü bakımından kanunda belirli süreler mevcuttur.<sup>147</sup> TMK m. 585/II, "*İyiniyetli olanların üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir.*" şeklindedir. Görüldüğü üzere, terekeyi elinde bulduran mirasçılar iyiniyetli iseler, onlara miras sebebiyle istihkak davasının zamanaşımı süresi uygulanır. Buna göre TMK m.639/I, söz konusu süreleri bir ve on yıl olarak belirlemektedir. Davacının, ken-

<sup>143</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 122-123.

<sup>144</sup> Dural/Öz, s. 388-389.

<sup>145</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 130.

<sup>146</sup> Eren, s. 919.

<sup>147</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 562.

disinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde dava açması gerekir. Dava hakkı her halde miras bırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. TMK m.639/I hükmünü gaiplik durumuna uygulayacak olursak, sürelerin başlangıç zamanını gaiplik kararının verildiği an olarak saptamak yerinde olur.<sup>148</sup> TMK m.639/I'de öngörülen on yıllık süre boyunca zilyedin iyiniyetli olması aranır. On yıl iyiniyetli biçimde geçirildikten sonra iyiniyet kaybedilirse, zilyet on yıl boyunca iyiniyetli olduğu için aleyhine dava açılmaz, açılrsa da bu davada zamanaşımı def'i ileri sürülür.<sup>149</sup>

Terekeye el koyan mirasçıların kötünietli olması durumunda onlara yöneltilen miras sebebiyle istihkak davasında zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş,<sup>150</sup> TMK m.639/II hükmünden hareket ederek iyiniyetli olmayanlara karşı açılan dava zamanaşımı süresinin yirmi yıl olduğunu belirtmektedir. Diğer görüş ise,<sup>151</sup> buraya TMK m.639/II hükmünün uymadığını, gaiplik nedeniyle tereke kendilerine geçen mirasçıların geri verme yükümlülüğünü düzenleyen TMK m.585 hükmünün özel hüküm olduğunu ve bu hükmün uygulanması gerektiğini ifade eder. TMK m.585/II hükmü, terekeyi elinde bulunduran iyiniyetli mirasçıların geri verme yükümlülüklerini miras sebebiyle istihkak davası zamanaşımına tâbi tutarken kötünietli olanlar hakkında susmaktadır. Buna istinaden TMK m.585/II hükmünün zıt yorum kavramından hareket edilerek kötünietli olanlar için zamanaşımı süresi öngörülmediği sonucuna varılır. Kanaatimizce, ikinci görüş daha uygundur. Zira m.585/II özel hüküm olup gaiplik durumunda onun uygulanması gerekir. Sonuç olarak, terekeye el koyan kötünietli zilyetlere karşı açılan dava yirmi yıllık zamanaşımı süresine tâbi değildir ve hak süre tavanı olmaksızın ileri sürülebilir.<sup>152</sup>

<sup>148</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 266.

<sup>149</sup> Fikret Eren, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 1059.

<sup>150</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 266.

<sup>151</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 562; Dural / Öz, s. 389.

<sup>152</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 562; Dural / Öz, s. 389.



#### IV. SONUÇ

Gaiplik, kişiliğin TMK'nun belirlediği koşulların gerçekleşmesi halinde hâkim kararı ile sona ermesidir. TMK m.32 gereğince bir kimsenin gaipliğine *i.* ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya *ii.* kendisinden uzun zamandan beri haber alınamıyorsa ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması durumunda karar verilebilir. Bu sayılan haller, gaiplik kararı verilmesi için aranan maddi koşullar olup birbirlerinden bağımsız ve ayrı olarak değerlendirilir. Gaiplik kararı verilmesi için hakları bu ölüme bağlı olan kimseler mahkemeye başvurmalı ve mahkeme de belirli ilân prosedürünü izleyerek maddi koşulların gerçekleştiğini saptamalıdır. Eğer mahkemece kişinin gaipliğine karar verilirse bu kararla birlikte ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Böylece, gaiplik kararı ölüme benzer bir durum ortaya çıkardığı için gaip olan kişinin mirası açılır. Mirasın açılma tarihi, gaiplik kararı geçmişe etkili olarak hüküm ifade ettiği için, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin geldiği tarihtir. Bu tarih itibarıyla mirasçılarının kim olduğu, terekeye yönelik tasarruf edilebilir kısım ve saklı paylar belirlenir.

Gaiplik kararının verilmesi ile birlikte gaibin mirası, mirasçlarına geçse de gaiplik kararı, gaibin ölmüş olduğunu kesin olarak saptamaz. Bu nedenle kanun, gaibin mirasının akıbetini düzenlerken hem gaibin hem de onun üstün dereceli mirasçılarının bir gün çıkıp gelme olasılığını dikkate alarak onların hakların korunmak için güvence kurumunu ihdas etmektedir. Her ne kadar hâkimin, güvencenin türünü ve miktarını belirlemede takdir yetkisi olsa da herhangi bir sebeple mirasçuları veya mirasta hak sahibi olanları güvence göstermekten başışık tutması mümkün değildir. Dolayısıyla, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda onbeş yıl ve her halde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için güvence gösterilmesi gerekmektedir.

Gaibin mirasçı olması da mümkündür. Kendisine miras kalan kişi ortadan kaybolmuş, fakat hakkında henüz gaiplik kararı verilmişse, gaiplik kararı alınana kadar bu kişiye kalan miras payı resmen yönetilir. Mirasın açıldığı sırada kayıp olan kimsenin mirasçuları, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine güvence karşılığında teslimini

isteyebilirler. Hakkında gaiplik kararı verilmiş kişiye miras kalması halinde ise gaibin mirasçıları, ayrıca bir gaiplik kararı almadan bu miras payının kendilerine teslimini talep edebilirler.

Gaiplik kararı için mahkemeye başvurmaya yetkili olan kimse-lerin talep etmemesi halinde Hazinesinin istemi üzerine gaiplik kararı alınabilir. Hazinesinin talepte bulunabilmesi için bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payının on yıl resmen yönetilmesi ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı sürenin geçmesi gerekir. Talep yerinde görülürse gaibin malvarlığı Hazineye intikal eder ve TMK m.586 kapsamında sürdürülen resmi yönetim sona erer. Gaibin mirasının Hazineye geçmesi durumunda Hazineden güvence göstermesi istenmez, ama gaip veya üstün hak sahiplerinin çıkıp gelmesi ihtimalinde Hazine kendisine intikal eden malvarlığı değerlerini geri vermekle yükümlüdür.

Gaipliğine hükmedilen kişinin kesin olarak öldüğü bilinmediğinden kanun, gaibin veya üstün dereceli mirasçıların ortaya çıkması durumunda tereke mallarına sahip olanların geri verme yükümü olduğunu da düzenler. Geri vermede uygulanacak hükümler, tereke mallarına sahip olanların iyiniyetli olup olmamasına göre değişmekte ve bu kapsamda TMK m.993-995 hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Terekeyi elinde bulunduranlar iyiniyetli iseler eşyayı karineyle mevcut haklarına uygun şekilde kullanmaları onları bir tazminat yükümü altına sokmaz ve iade isteminde bulunan gaip veya üstün dereceli mirasçılardan zorunlu ve yararlı masrafların kendilerine ödenmesini talep edebilirler. Terekeye el koyanlar kötüniyetli iseler haksız el koymaları yüzünden gaip veya üstün dereceli mirasçılara verdikleri zararlar ve elde ettikleri veya elde etmeyi ihmal ettikleri ürünler karşılığında tazminat ödemek zorunda olurlar. Kötüniyetli zilyetler ayrıca, yalnızca zorunlu masrafların kendilerine ödenmesini talep edebilirler. Bu noktada, üzerinde durulması gereken önemli bir husus da gaibin ortaya çıkması durumunda geri verme yükümü süreye bağlı değilken, üstün hak sahiplerinin ortaya çıkması durumunda terekeyi elinde bulunduran mirasçıların iyiniyetli olmaları halinde geri verme yükümü bakımından kanunda bir ve on yıllık sürelerin öngörülmesi olmasıdır. Terekeye el koyan mirasçılar kötüniyetliyse onlara karşı açılan miras sebebiyle istihkak davasında zamanaşımı süresi yoktur, süre sınırı olmaksızın üstün hak ileri sürülebilir.

### Kaynakça

- Abik Yıldız, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, 2005.
- Akipek Jale G./Akıntürk Turgut/Ateş Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2016.
- Antalya O. Gökhan/Sağlam İpek, *Miras Hukuku*, İstanbul 2015.
- Arat Ayşe, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2006.
- Brand Michael, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Zurich 2016.
- Carriere Jeanne L., "The Rights of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law", *50 Louisiana Law Review* (1990).
- Dural Mustafa, *Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1984.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, *Türk Özel Hukuku - C. II - Kişiler Hukuku*, İstanbul 2017.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, *Türk Özel Hukuku - C. IV - Miras Hukuku*, İstanbul 2018.
- Eren Fikret, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.
- Feyzioğlu Feyzi N., *Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şumulü*, İstanbul 1958.
- Feyzioğlu Feyzi N./Doğanay Ümit/Aybay Aydın, *Medeni Hukuk Dersleri, C. I*, İstanbul 1973.
- Gençcan Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, Ankara 2016.
- Göktürk Hüseyin Avni, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*, Ankara 1954.
- Gürsoy Kemal T./Eren Fikret/Cansel Erol, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1984.
- Helvacı Serap, *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2017.
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler -Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2014.
- İmre Zahit, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)*, İstanbul 1980.
- İnan Ali Naim, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara 2014.
- İnan Ali Naim/Ertaş Şeref/Albaş Hakan, *Miras Hukuku*, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Medeni Hukuk, Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku*, Ankara 2016.
- Kley Andreas/Seferovic Goran, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Zurich 2016.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987.

- Köprülü Bülent, *Medenî Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler)*, İstanbul 1984.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2017.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2018.
- Oğuzoğlu Cahit, *Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku*, Ankara 1963.
- Özel Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2002.
- Özsunay Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul 1979.
- Öztan Bilge, *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahuslar*, Ankara 1994.
- Öztan Bilge, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, Ankara 2017.
- Rüzgaresen Cumhur, “Gaip Borçlunun İflâsı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 4, 2012.
- Sağlam İpek, “Devletin Yasal Mirasçılığı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016.
- Saymen Ferit H., *Türk Medenî Hukuku*, C. 2, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960.
- Tarakcioğlu İhsan, *Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar - Başlangıç Maddeleri - Şahsın Hukuku - Aile Hukuku*, Ankara 1978.
- Tekinay Selâhattin S., *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 1992.
- Tekinay Selâhattin S./Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Alttop Atilla, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1989.
- Tokat Hüseyin, “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017.
- Wildisen Christoph, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, *Erbrecht Art. 457 – 640 ZGB*, Zurich 2016.
- Zevkliler Aydın / Acabey M. Beşir / Gökyayla K. Emre, *Zevkliler Medenî Hukuk*, Ankara 1999.

### Yargıtay Kararları

- Yargıtay, 3.HD, E. 2007/21195, K. 2008/1852, T. 12.02.2008.
- Yargıtay, 1.HD, E. 2009/8438, K. 2009/10009, T. 12.10.2009.
- Yargıtay, 1.HD, E. 2009/12601, K. 2010/166, T. 18.01.2010.
- Yargıtay, 2.HD, E. 2009/16477, K. 2010/18722, T. 8.11.2010.
- Yargıtay, 2.HD, E. 2009/16489, K. 2010/20078, T. 1.12.2010.
- Yargıtay, 2.HD E. 2009/16486, K. 2010/19985, T. 1.12.2010.
- Yargıtay, HGK, E. 2013/1-2096, K. 2015/1304, T. 6.05.2015.



# ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖN ÖDEMELİ KONUTLARIN DEĞERLEMESİ

## LEGAL CHARACTERISTIC AND EVALUATION OF PRE-PAID HOUSING CONTRACTS

Şebnem AKİPEK ÖCAL\*  
Levent ÖCAL\*\*

**Özet:** Ön ödemeli konut satış sözleşmesi hukukumuzda ve güncel hayatımızda oldukça önemli bir yer tutmaktadır. İnsanların barınma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla konut edinme gayreti içine girmesi bu süreçte değişik yöntemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ön ödemeli konut satışı da bu yöntemlerden biridir. Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen "kampanyalı satışların" ön ödemeli konut satışları açısından yetersiz kalması sebebiyle 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bu husus ayrıca düzenlenmiştir.

Ön ödemeli konutların değerlendirilmesi, taşınmaz değerlendirme yöntemleri bakımından en uygun olan tarzda yapılmalıdır. Her ne kadar ön ödemeli konutlar bakımından başlangıçta kesin bir değeri ifade etmek zor olsa da satıcı ve alıcı bakımından kabul edilebilir bir değerin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Alıcı hiç görmediği ya da maketten gördüğü bir konuta ön ödemeli yöntem ile sahip olmak istemektedir. Diğer taraftan satıcı ise gelecekte fiyatların nasıl değişeceği konusunda herhangi bir bilgisi olmadan alıcıya taahhütte bulunmaktadır.

Çalışmada hem ön ödemeli konutların hukuki niteliği ele alınmış hem de bu konutların değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken hususlar incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Konut, Sözleşme, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Taşınmaz Değerleme

**Abstract:** Pre-paid housing sales contracts have a very important ground in our law system and our current lives. In order to meet the housing needs of people in the effort to acquire housing has led to the emergence of different methods in this process. Pre-payment

\* Prof. Dr., TED Üniversitesi Öğretim Üyesi, sakipek@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4216-405X, Makalenin Gönderim Tarihi:22.07.2019, Kabul Tarihi: 22.07.2019

\*\* Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, levocal@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-2015-4993



sale is one of these methods. Since “the campaign sales” were regulated in the former Consumer Protection Law No. 4077 are insufficient in terms of pre-paid housing sales, it is re-regulated as a specific subject in the new Consumer Protection Law No. 6502.

The valuation of pre-paid housing should be done in the most appropriate manner in terms of real estate valuation methods. Although it is difficult to express a definite initial value in terms of pre-paid housing, it is important to determine an acceptable value for the seller and the buyer. The buyer wants to have a house that he/she has never seen or seen from the model by pre-paid method. On the other hand, the seller makes a commitment to the buyer without any knowledge of how the prices will change in the future.

In this study, both the legal nature of pre-paid housing contract is evaluated and the methods together with the issues to be considered in the valuation of these houses are examined.

**Keywords:** Housing, Contract, Pre-Paid Housing Contract, Appraisal of Immovable Property

## I. GİRİŞ

Ön ödemeli konut satışları, konut satışları içinde önemli bir yer tutmaktadır. Hukukumuzda ön ödemeli konut satış sözleşmeleri genel anlamda Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’da, özel olarak ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ele alınmaktadır. Kanun koyucu tüketicilerin bir anlamda mağdur olmaması için konuyu özel olarak düzenlemiş, bu hususu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ayrı bir başlık altında toplamıştır.

Kanunun gerekçesinde, konutun satışa sunulduğu dönemde ortada henüz bir konut bulunmadan veya inşaatı devam ederken konut satışının yapılmasının tüketicilerin iyi niyetinin kötüye kullanılmasına sebebiyet verdiği ve bu durumun düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurulurken, konut amaçlı bir taşınmazın değerinin önceden belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda tüketicinin ne kadar bir bedelin altına imza attığının, satıcının da ne kadar bir bedelle taşınmazı tüketicisiye devretme borcunu yüklediğinin açıkça ifade edilmesi beklenmektedir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.<sup>1</sup> Tam iki tarafa borç yükleyen

<sup>1</sup> Etem Saba Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2016, s. 6.

sözleşmelerde satıcının satılanı teslim etme, alıcının da satış parasını ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde, tüketicinin konut amaçlı taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemesi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşme ile kurulan hukuki ilişki neticesinde her iki taraf da birbirine karşı asli bir borç yükü altına girmektedir. Taraflardan her birinin borcu, diğer tarafın borcunun sebebini ve karşılığını oluşturmaktadır. Kurulan sözleşme ile tam anlamıyla bir karşılıklık ve bağımlılık ilişkisi tesis edilmektedir.<sup>2</sup>

Konut amaçlı taşınmazın değerinin sözleşmenin kurulduğu anda belirlenmesi tarafların yükümlülüklerini tam anlamıyla ortaya koymak için önemli bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Bedelin sözleşmenin kurulduğu anda peşin olarak ödenmesi ile süreç içinde taksitlendirilmesinde de ayrı kriterlerin devreye girmesi söz konusudur. Peşin ödemeyi kabul eden tüketici ile taksitle ödeme seçeneğini tercih eden tüketici arasında kuşkusuz bir ayırım olması gerekmektedir. Taşınmaz bedelinin bütün bu tercihleri içerecek şekilde belirlenmesi, tüketicinin üstlendiği yükümlülüklerin açıklığa kavuşması bakımından önemlidir. Satıcı bedelin peşin veya taksitle ödenmesi sonrasında taşınmazı tüketiciye devir ve teslim etmeyi taahhüt etmek zorundadır.

## II. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

### A. Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun Kapsamında Ön Ödemeli Konut Satışları

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan ön ödemeli taksitle satış düzenlemesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 264. maddesinde; "*Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır.*" şeklinde tanımlanmıştır. TBK'da tanımdan anlaşılacağı üzere "*taşınır malın*" taksitle satışında, bedelinin önceden kısım kısım ödenmesine ilişkin düzenleme getirilmiştir.

<sup>2</sup> Ayşe Havutçu, "Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1995, s.4.

Tanımda ifade edilmek istenen husus, ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde alıcının “taşınır malın” bedelini önceden kısım kısım ödediği, bedel tamamen ödenip bittikten sonra satıcının taşınır malı devrettiğidir. Ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinde dikkati çeken en önemli husus, taşınır malın tesliminin tüm bedel ödendikten sonra gerçekleşmesidir.

Taşınurlar bakımından getirilen bu düzenleme, taşınmazları kapsamamaktadır. Bu nedenle TBK, taşınmazların ne taksitle satışını ne de ön ödemeli satışını düzenlemiştir. Sadece TBK m. 237-246 arasında taşınmaz satış sözleşmesine yer verilmekle yetinilmiştir.

Türk Medeni Kanunu’nda ise genel olarak taşınmaz mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin ayrıntılı hükümler getirilmiş, ancak yine ön ödeme kavramına hiç yer verilmemiştir.

Oysa gerek inşaat sektöründeki gelişmeler gerekse kişilerin daha ucuza ve taksitli olarak konut edinme ihtiyacı ön ödemeli konut satışlarının doğmasına sebep olmuştur. Bu satışlar genellikle maket üzerinden, bir anlamda “hayal edilen” bir konutun satılması şeklinde gerçekleşmektedir. TBK ve TMK’da yer alan genel hükümler ise özellikle bu yolla konut edinmeye çalışan tüketicileri tam olarak korumadığı gibi, gelişen bu müesseseyi düzenlemekte de yetersiz kalmaktadır.

## **B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ön Ödemeli Konut Satışları**

### **1. Genel Olarak**

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen “Kampanyalı Konut Satışları” hükümlerinin tüketicileri yeterince koruyamadığı ve günümüzün gelişen şartlarına göre yetersiz kaldığı noktasından hareketle, kanun koyucu 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi” hükümlerini hayata geçirmiştir.

6502 sayılı TKHK’nın 40-46. maddeleri arasında düzenlenen bu koruma ile bireylerin kaliteli konutlara farklı finansman yolu ve daha güçlü bir hukuki düzenleme sayesinde ulaşması hedeflenmiştir. Adından da anlaşılacağı üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile tüketiciler arzu ettikleri konutun bedelini, inşaat başlamadan önce veya

inşaat devam ederken kısım kısım ödemektedir<sup>3</sup>. Bu sayede tüketici, konutun finansmanı için gereken tasarrufu yapmakta ve teslim süresinin sonuna kadar önemli bir birikim gerçekleştirmektedir.

Ön ödeme kavramı; Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'te (ÖÖKSHY) düzenlenmiş olup, konutun tesliminden önce tüketici tarafından ödenen toplam tutarı ifade etmektedir. TKHK m. 40/I'de belirtilen tanımdaki ön ödemeli satışın konusunu ise "konut amaçlı" taşınmazlar teşkil etmektedir.

Diğer taraftan TKHK'da düzenlenen "taksitle satış sözleşmesi" hükümleri de ödemelerin kısım kısım yapılması durumunda, malın devrinin ödemeler tamamlandıktan sonra yapıldığı durumlarda ön ödemeli satış sözleşmesi anlamına geldiğinden, Kanunun taksitle satışlara ilişkin hükümlerinin, ön ödemeli satışlara da uygulanacağı kabul edilmelidir.

Mülga Kanunda, ön ödeme tutarının mal veya hizmetin satış bedelinin %40'ından fazla olamayacağı düzenlenmekteyken, yeni TKHK'da bu yönde bir sınırlama mevcut değildir. Ön ödemelinin miktarı konusunda taraflar serbest bırakılmaktadır. Yönetmeliğin 7/I-ğ bendine göre sözleşmedeki zorunlu içerikler arasında ön ödeme tutarının ne kadar olacağı da yer almaktadır. Geçerli bir sözleşme yapılmadan hiçbir şekilde ödeme yapılmasının talep edilemeyeceği de Kanun'da açıkça belirtilmiştir.

Konut ve tatil amaçlı taşınmazların teslim süresi açısından da özel bir düzenleme getirilmiştir. TKHK m. 44 gereğince, ön ödemeli konut satışlarında devir veya teslim süresi, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren otuz altı ay olarak sınırlandırılmıştır. Hüküm emredici nitelikte olduğundan taraflar isteseler bile bu sürenin uzatılması söz konusu değildir.

ÖÖKSHY m.16 gereğince; "bağlı kredi ile teminat" müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre tüketicinin kredi alması halinde, konut finansman kuruluşu konutun hiç veya gereği gibi, zamanında teslim edilmemesinden ya da ayıplı teslim edilmesinden dolayı satıcı ile müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

<sup>3</sup> Mehmet Doğan, "Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2017, C. V, S. 2, s. 102.

Başlangıçta TKHK m. 40 düzenlemesinin, yalnızca ön ödemeli konut satışı sözleşmesine uygulanacağı düşünülse bile, TKHK m. 41/I ve m. 45/I ile ÖÖKSHY m. 6/I gereğince kanun koyucunun aslında iki farklı tür sözleşmeyi düzenlemiş olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de TKHK m. 41/I ve ÖÖKSHY m. 6/I gereğince, “ön ödemeli konut satış sözleşmesinin” tapu sicilinde, “ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin” ise noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Resmi şekilde yapılmayan her iki sözleşme de kesin hükümsüz kabul edilmektedir. TKHK m. 41/II’de ise satıcının, geçerli bir sözleşme yapılmış olmadıkça, tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemeyeceği düzenlenmiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında iki farklı tür sözleşme akdedilebileceği açıktır. Bu sözleşmeler; tapu sicil müdürlüğünde yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri ile noterde akdedilen ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmeleridir.

## 2. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri

Ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri, ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden satıcı ile tüketici arasında kurulan, satıcıya konutun mülkiyetini tüketiciye devretme borcu yükleyen, tüketicinin de satış bedelinin bir kısmını konutun devrinden önce ödemekle yükümlü olduğu, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmedir.

TKHK m. 41/I’de, “ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi” zorunlu kılınmıştır. Kanun koyucunun amacı, kat irtifakının<sup>4</sup> kurulması ve kat irtifakı “tescilinin” gerçekleşmesidir.

<sup>4</sup> Hukukumuzda Kat Mülkiyeti Kanunu ile, kat irtifakı bir “ayni hak” niteliği verilerek düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme kat irtifakının hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira kat irtifakı, bir “yapma” edimi yüklemektedir. Burada amaç, arazi üzerinde ileride kat mülkiyetine özgülenecek bir binanın yapılıp tamamlanmasıdır. Dolayısıyla bir inşaat yapma borcu vardır ve bunun bir irtifak hakkının konusu olması mümkün değildir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, Kat Mülkiyeti Kanunu’nda “kat irtifakı” olarak adlandırılan kurum, gerçekte “eşyaya bağlı borç” niteliğini taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: A.Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayinevi, Ankara 2017, s. 455 vd; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 1.Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2018, s. 342; Ancak KMK’nın düzenlemesi sonucunda kat irtifakı bir ayni hak gibi değerlendirilmekte ve kurulması için tapu müdürü tarafından resmi senet düzenlenmesi ve tapu kütüğüne tescilin yapılması öngörülmektedir.

Hukukumuzda hukuki işlemler, taahhüt işlemleri ve tasarruf işlemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Taşınmazlarda aynı hak kurulması veya aynı hak devrinde taahhüt işlemini genellikle tapu müdürü tarafından düzenleme şeklinde akdedilen sözleşme oluşturmakta, tasarruf işlemini ise, malikin yapacağı tescil talebi oluşturup, bu talebin sonrasında onun tamamlayıcı olgusu olan tescil ile aynı hak geçişi sağlanmaktadır. Oysa, “ön ödemeli konut satışının tapu siciline **tescil edilmesi**” ifadesi kanun koyucunun taahhüt ve tasarruf işlemlerini karıştırdığı kanısını uyandırmaktadır. Zira kanun koyucu, “tescil” ifadesini adeta işlemin “şekli”ne işaret ederek kullanmıştır<sup>5</sup>. Bu kullanım hukuken doğru olmayıp, tescil, aynı hakkın devrini sağlayan tasarruf işleminin tamamlayıcı olgusudur. Tescilin taahhüt işlemini niteliği taşımadığı, özellikle de taahhüt işleminin şekli niteliğinde olmadığı açıktır. Tescil ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretide de tartışılmaktadır<sup>6</sup>.

Kanımızca kanun koyucu tescil sözcüğü ile gerçek anlamda tescili kastetmemiş, burada taşınmaz satış sözleşmesinin tapu müdürü tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini anlatmak istemiştir.<sup>7</sup> Zira 41. maddenin üst başlığı “*Şekil şartı*” olup, bu hükümde sözleşmenin şekli düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu konuda ÖÖKSHY hükümlerine bakıldığında aslında kanun koyucunun yaşadığı karışıklığın boyutunun daha da büyüdüğü anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin 6/I hükmünde, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin “*kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde*” yapılacağı düzenlenmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, TMK ve KMK’nın açık emredici hükümlerine göre bu sözleşme res-

Böylece taşınmaz üzerinde aynı hak devri gerçekleşmektedir.

<sup>5</sup> Numan Tekelioğlu, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2018, C. 67, S. 1, s. 85.

<sup>6</sup> Bu konudaki farklı görüş ve tartışmalar için bkz. Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 272; Mustafa Alper Gümüş, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Vedat Kitapçılık, C.I, İstanbul 2014, s.225; Aslı Makaracı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2015, s.244; Turgut Öz, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, Bilgi Yayınevi, Ankara 2015, s. 143; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 31.

<sup>7</sup> Aynı yönde değerlendirme yapan Özmen/Vardar Hamamcıoğlu’na göre burada düzeltici yorum yapılması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 31 vd.



mi şekle tabi olup, tapu müdürünce düzenlenmedikçe geçerli olamaz. Dolayısıyla resmi şekilde düzenlenmesi Kanunen zorunlu olan bir sözleşmenin şeklinin Yönetmelik ile “yazılı” şekle çevrilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tescil ile kastedilenin “resmi şekil” olduğu ve “tescil” ifadesinin de aslında tapu müdürünce düzenlenecek taşınmaz satış sözleşmesi anlamına geldiği, yani taahhüt işlemi olduğu kabul edilmelidir.

Kaldı ki, eğer tescil gerçekleştirilirse aynı hak zaten tüketiciye geçeceğinden, daha sonra TKHK ile tüketici lehine düzenlenmiş olan “cayma” ve “dönme” haklarının kullanılması da kanımızca eşya hukuku ilkeleri çerçevesinde mümkün olmayacaktır.

Ön ödemeli konut satışlarının, taşınmaz satış sözleşmesi yolu ile yapılması uygulamada da tercih edilmemektedir. Bu kadar tartışmalı olan bir konuda yaşanabilecek olası sorunların çözümünde karşılaşılabilecek güçlük, uygulamanın tercihini satış vaadi sözleşmesi akdetme doğrultusunda kullanması ile fiilen giderilmiştir.

### 3. Ön Ödemeli Konut Satış Vaadi Sözleşmeleri

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmeleri, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra konutu tüketiciye devir veya<sup>8</sup> teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesine ilişkin satış vaaadinin noterde düzenleme şeklinde yapılacağı TKHK m. 41/I ve ÖÖKSHY m. 6/I’de belirtilmiştir.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesiyle satıcı, tüketiciye karşı ileride taşınmaz satış sözleşmesini yapmayı borçlanmaktadır. Öğre-

<sup>8</sup> TKHK’da kullanılan “veya” sözcüğü uygulamada ciddi hukuki sorunların doğmasına yol açmaktadır. Zira ön sözleşme niteliği taşıyan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ifa edilmesi, taşınmaz satış sözleşmesi yapılması, aynı hakkın tüketiciye geçirilmesi, yani tescil talebi ve tescil ve tabii ki taşınmazın tüketiciye teslimi ile gerçekleşir. Oysa bu hükümde konutun tüketiciye devri veya tesliminden bahsedilmektedir. Başka bir ifade ile maddenin lafzına göre, satıcı sadece konutu teslim ettiğinde bile sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmiş olmakta, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri gerçekleşmemektedir. Gerçekten de uygulamada bu nedenle birçok tüketici sorun yaşamakta, konutu teslim aldıkları halde, aynı hak sahibi olamamaktadır.

tide ağırlıklı olan ve bizim de katıldığımız görüş, satış vaadinin bir ön sözleşme olduğu yönündedir. Bunun bir satış sözleşmesi olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesiyle taraflar esasen ileride bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini kurma borcunu yüklenmektedir.

Konunun TKHK kapsamında değerlendirilebilmesi için, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi kuran taraflardan biri olan satıcının tacir olması, yani TKHK m. 3/I-i'de belirtildiği üzere ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden taraf olması, alıcının ise TKHK m. 3/I-k'da belirtildiği üzere ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden tüketici sıfatına sahip olması gerekmektedir.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin, diğer taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde olduğu gibi, tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkündür. Ne THKH ne de ÖÖKSHY'de, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh verilmesi hakkında bir hüküm yer almaktadır. Ancak Tapu Kanunu m. 26/5 gereğince taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerh verilmesi söz konusu olabilmektedir.

#### 4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Taşınması Gereken Asgari Özellikler

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ister taşınmaz satış sözleşmesi ister taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde düzenlensin, her halde tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir.

Bu sözleşmenin aynı zamanda "tüketici işlemi" niteliği taşıdığı vurgulanmalıdır. Bunun için taraflardan birinin TKHK anlamında tüketici<sup>9</sup>, diğerinin yine TKHK anlamında satıcı<sup>10</sup> olarak kabul edilmesi ve sözleşme konusunun konut veya tatil amaçlı taşınmaz olması gerekir<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> TKHK kapsamında tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi temsil etmektedir.

<sup>10</sup> TKHK çerçevesinde satıcı, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olmalıdır.

<sup>11</sup> Tüketici işlemi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Şebnem Akipek Öcal, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Disiplinler Arası Yaklaşım,

Ön ödemeli konut satışından bahsedilebilmesi için, taşınmazın bedelinin tamamen veya kısmen konutun devrinden veya tesliminden önce ödenmiş olması zorunludur. TKHK m. 40/I'den de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu satış bedelinin tümünün değil, belirli bir kısmının, konutun devir veya tesliminden önce ödenmiş olmasını yeterli görmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus satış bedelinin ödenme zamanıdır. Tüketici, satış bedelini satıcının ediminden önce ödeme yükümlülüğü altındadır. Satış bedelinin bir kısmının veya tamamının ödenmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Satıcı kendi üzerine düşen edimi, bu ödemedenden sonra yerine getirmektedir. Başka bir ifade ile satıcı, satış bedelinin en azından bir kısmını tahsil ettikten sonra borcunu ifa etmek durumundadır. Bu durum da baştan henüz belki inşasına bile başlanmamış bir yapının bedelinin doğru ve adil olarak belirlenmesini gerektirir. Değerleme faaliyeti bu anlamda ön ödemeli konut satışlarında ön plana çıkmakta ve sözleşmenin her iki taraf bakımından da işler olmasının ön koşulunu oluşturmaktadır.

TKHK m. 40/I hükmüne göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu "konut amaçlı taşınmaz" oluşturmaktadır. ÖÖKSHY m. 4/e'de tanımlanan konut; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölümdür. Sözleşmenin konusu olan konutu, tüketici "mesken" veya "barınma" amacıyla kullanmak üzere satın almalı, diğer bir ifade ile konut, ticari ve mesleki amaçlarla satın alınmamış olmalıdır. Bu sebeple konut amaçlı kullanım dışında kalan işyeri, atölye, depo, mahzen vb. gibi yerlerin satışında TKHK m. 40-46 hükümleri uygulanmayacaktır. Taşınmazın konut amaçlı kullanılıp kullanılmayacağı konusunda KMK m. 12 ve 14 hükümleri dikkat çekmektedir. KMK m. 12/d'ye göre onaylı mimari projede bağımsız bölümlerin hangi amaca özgülendiği açıkça gösterilmek durumundadır. Örneğin, mimari projede işyeri olarak gösterilen bir taşınmazın konut amaçlı olarak satın alınmak istenmesi durumunda ön ödemeli konut satışı söz konusu değildir. Kat irtifakına konu bağımsız bölümler bakımından da KMK m. 14 uygulanmalıdır.

Sözleşmenin TKHK kapsamında olabilmesi, yukarıda da belirtildiği gibi, yapılan işlemin tüketici işlemi niteliğinde olmasını gerektirmektedir. Satıcı konutu ticari veya mesleki amaçla satacak, tüketici de konutu mesken veya barınma amaçlı olarak ticari veya mesleki olmayan bir amaçla satın alacaktır. Bu nitelikleri taşımayan bir konut satışı, ön ödemeli olarak satılsa bile taşınmaz satışına ilişkin genel hükümler geçerli olacak, ancak TKHK m. 40-46 hükümlerinin uygulama alanı bulunmayacaktır.

ÖÖKSHY m. 5/I gereğince; ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kurulmadan en az bir gün önce anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formunun tüketiciye verilmesi zorunludur. Bu sayede tüketici, sözleşme ile ilgili şartları en az bir gün önceden öğrenebilecek ve kararını daha bilinçli olarak verecektir.

ÖÖKSHY m. 7'de, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu içerikler belirtilmiştir. Buna göre ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin, en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yapılması, bir örneğinin tüketiciye verilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin zorunlu içeriği olarak aşağıdaki hususlara sözleşmede yer verilmelidir:

- a) Satıcının adı veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri,
- b) Tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri,
- c) Sözleşmenin düzenlendiği tarih,
- ç) Sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğine göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları,
- d) Konutun tüm vergiler dâhil Türk lirası olarak satış fiyatı, varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi,
- e) Konutun tüm vergiler dâhil Türk lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi,

- f) Faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı,
- g) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
- ğ) Ön ödeme tutarı,
- h) Ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri,
- ı) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgiler,
- i) Sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgiler,
- j) Cayma ve sözleşmeden dönme bildirimlerinin yapılacağı açık adres bilgileri,
- k) Verilen teminata ilişkin bilgiler,
- l) Konutun teslim tarihi ve şekli,
- m) Yapı ruhsatının alınış tarihi,
- n) Konutun ortak giderlerine ilişkin bilgiler,
- o) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

Yukarıdaki belirtilen hususların sözleşmede yer almaması veya eksik olması durumunda, sözleşmenin geçerli olacağı hususu TKHK m. 4/I'de hükme bağlanmıştır: "Sözleşmede bulunması gereken şartlardan biri veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliği etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir". Buna göre, sözleşmedeki eksikliklerin sözleşmeyi hazırlayan taraf olan satıcı tarafından giderilmesi gerekmektedir. Ancak eksik hususların sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturması halinde aynı değerlendirmenin yapılması kanımızca mümkün olmayıp, esaslı noktalarda irade uyuşmasının olmaması, sözleşmenin yokluğuna yol açacaktır.

Yönetmelik m.7 hükmünde belirtilen bu hususların tüketici aleyhine satıcı tarafından değiştirilmesi, kaldırılması veya bunlara yer verilmemesi durumunda sözleşme kesin hükümsüz kabul edilmektedir.

### 5. Tüketicinin Sözleşmeden Dönme ve Cayma Hakları

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapıldıktan sonra, tüketici yirmi dört ay süre ile hiçbir neden ve gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. TKHK m. 41/Y'de düzenlenen bu hükme göre; *“Ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmidört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır.”*<sup>12</sup>

Bununla birlikte, satıcının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumlarda da tüketicinin konutun devir veya teslimine kadar dönme hakkının var olduğu genel hükümler dikkate alınarak (TBK m. 117 vd.) kabul edilmelidir.

Satıcının ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapılmadan evvel yapı ruhsatı alması hem sözleşmeden hem de Kanundan doğan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen satıcı temerrüde düşmekte kusursuz olsa bile, tüketici TBK m. 123 uyarınca ek süre tanımadan sözleşmeden tazminatsız olarak dönme hakkına sahiptir.

TKHK ile getirilen bir diğer imkân da tüketiciye tanınan cayma hakkıdır. Bu hak, niteliği tartışmalı olmakla birlikte<sup>13</sup>, TKHK m. 43'de ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Buna göre, tüketici on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayabilir. Ancak açıktır ki sözleşmenin taşınmaz satış sözleşmesi olarak akdedilip tescilin yapılması halinde bu mümkün olamayacaktır. Zira aynı hak geçtikten sonra bunun bir beyanla geri alınması mümkün değildir. Dolayısıyla bu hüküm satış vaadi niteliğini taşıyan sözleşmelerde uygulanabilecektir.

<sup>12</sup> 23 Şubat 2017 tarihinde TKHK'da yapılan değişiklik öncesinde, ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktaydı. Bu hüküm kanımızca “aynı hak” kavramı ile örtüşmemektedir. Kanun koyucu da satıcı bakımından aşırı ağır olan bu hükmü değiştirme gereğini duyarak 2017 tarihinde dönme bakımından 24 aylık bir süre getirmiştir.

<sup>13</sup> Bu tartışmalar ve öğretilerdeki görüşler için bkz. Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk açısından Tüketici Kredisi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 321; Çağlar Özel, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1999, s. 73 vd; Başak Baysal, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LXXV, S. 1, İstanbul 2017, s. 274. Kanımızca bu hak, “geri alma” niteliği taşımaktadır.



### III. ÖN ÖDEMELİ KONUTLARIN DEĞERLEMESİ

#### A. Taşınmaz Değerlemesinde Kullanılan Yöntemler

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre taşınmaz kavramının kapsamına; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler girmektedir. Bu husus TMK m. 704'de açıkça ifade edilmektedir. Taşınmazlar üzerinde kurulan aynı haklar, sahip oldukları değer sebebiyle gerek kişiler ve gerekse toplum açısından büyük bir ekonomik kaynak oluşturmaktadır.<sup>14</sup>

Taşınmaz değerlendirilmesi ise taşınmazın kendisini ve bulunduğu çevredeki bütün nitelikleri göz önüne alarak, taşınmazın gerçek (olması gereken) değerinin tespit edilmesine ilişkin çalışmaların bütününe kapsamaktadır. Değerleme sürecinde, ilgili bütün piyasaların belirlenmesi, bu piyasalardan titiz bir çalışma neticesinde uygun verilerin alınması, elde edilen verilerin uygun analitik tekniklerle değerlendirilerek, taşınmaz hakkında daha sağlıklı bilgi edinilmesi, muhtemel sorunların tespit edilerek bunlara ilişkin çözümler getirilmesi beklenmektedir. Taşınmaz değerlendirilmesinde, taşınmaza ait verilerin yanı sıra taşınmazın bulunduğu konum itibarıyla nüfus, çevre, doğal afetler, güvenlik, sosyal alanlara yakınlık, kamu hizmetlerinden yararlanma olanakları, pazarlanabilirlik, yapı kalitesi, arsanın uygunluğu vb. hususlar öne çıkmaktadır.<sup>15</sup>

Değerleme bilimi, son yıllarda oldukça önem kazanan bir alan haline gelmiştir. Bir varlığın değerinin tespit edilmesi, değerlendirilmesinin temel konusunu teşkil etmektedir. Bir varlığın sağladığı toplam fayda, başka birine verildiğinde karşılığında alınabilecek nesne miktarı, bir şeyin önemini belirlemeye yarayan soyut ölçüt, bir şey için uygun görülen karşılık, kıymet ya da bir şeyin para ile ölçülebilen karşılığı, pahası olarak nitelendirilmektedir. Diğer bir ifade ile değerlendirme işlemi, bir varlığın değer pahası, kıymeti veya para ile ifade edilebilen karşılığını belirleme işlemi olarak tanımlanmaktadır.<sup>16</sup> Değer-

<sup>14</sup> M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s. 8; Sirmen, s. 13.

<sup>15</sup> Ali Alp / Ufuk Yılmaz, Gayrimenkul Finansmanı ve Değerlemesi, İMKB Yayınları, İstanbul 2004, s. 176.

<sup>16</sup> Harun Tanrıvermiş, Gayrimenkul Değerleme Esasları, SPL Sermaye Piyasası Li-

leme işlemi ile taşınmaz değerinin tespit edilmesi en önemli hedeftir. Disiplinler arası bir çalışma gerektiren değerlendirme işlemi ile asıl olarak bir varlığın değerinin doğru bir şekilde tahmin edilmesi amaçlanmaktadır.<sup>17</sup>

2000’li yılların başından itibaren taşınmaz sektöründe yaşanan uluslararası ölçekte bütünleşme gayretleri neticesinde uluslararası değerlendirme standartları ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Dünya üzerinde birçok ülke bu anlamda taşınmaz değerlemede ortak paydaların belirlenmesini ve doğru bir değerlemenin yapılmasını hedeflemiştir.<sup>18</sup> Uluslararası değerlendirme standartları komitesince<sup>19</sup> üç ana yaklaşımdan istifa ile taşınmaz değerlemesinin yapılması mümkündür. Bunlar; emsal karşılaştırma yaklaşımı, maliyet yaklaşımı ve gelir indirgeme yaklaşımıdır.

### 1. Emsal Karşılaştırma Yaklaşımı ile Taşınmaz Değerleme

Emsal karşılaştırma yaklaşımı, taşınmaz değerlemede sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Bu değerlendirme işlemi, değerlendirme yapılacak taşınmazın, emsali niteliğinde olabilecek diğer taşınmazlarla karşılaştırılması esasına dayanmaktadır. Genelde, konut, yapısız taşınmazlar ve boş olduğu farz ve kabul edilen araziler için uygun bir yöntemdir. Burada taşınmazın türü ne olursa olsun, eğer yeterli sayıda veri alınabilecek emsal taşınmaz varsa bu yöntem tercih edilebilmektedir. Piyasada yeterli sayıda veri bulunması konut, küçük işyeri gibi taşınmazlar için çok kolay olmaktadır.

---

sanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu, Lisanslama Sınavlarına Çalışma Kitapları, Ankara 2017, s. 16.

<sup>17</sup> Ebubekir Ayan, “Gayrimenkul Değerlemesinde Gelir İndirgeme Yaklaşımı ve Yaklaşımın Türkiye Koşullarında Uygulanabilirliği (Kocaeli Uygulaması)”, *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2010, s. 384.

<sup>18</sup> Ayan, s. 384.

<sup>19</sup> Bu Komite; 1981 yılında, İngiliz ve Amerikan değerlendirme uzmanları tarafından “Uluslararası Varlıkların Değerleme Standartları Komitesi” adı altında kurulmuştur. 1994 yılında “Uluslararası Değerleme Standartları Komitesi” adını alan IVSC (International Valuation Standards Council), 2003 yılına kadar farklı ülkelerdeki mesleki değerlendirme birliklerinden oluşan ve tüzel kişiliğe sahip olmayan bir şirket olarak faaliyetlerini sürdürmüştür. Bu tarihten itibaren ise kâr amacı gütmeyen bir organizasyon haline getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahsin Yomraloğlu/ Recep Nişancı/Mehmet Çete/Ezgi Candaş, Dünya’da ve Türkiye’de Taşınmaz Değerlemesi, Türkiye’de Taşınmaz Değerlemesi: II. Arazi Yönetimi Çalıştayı, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul 21-22 Mayıs 2012, s. 2.

Emsal karşılaştırması, adından anlaşılabilceği gibi emsal niteliği olabilecek diğer taşınmazların değeri ile ölçülebilmektedir. Bu anlamda değerlendirilmesi yapılacak taşınmazın değeri, piyasadaki diğer taşınmazların değerine bağlı olmaktadır. Yöntem bu yönü ile eleştirilere açıktır. Taşınmazın değerinin tespit edilebilmesi, daha önce gerçekleşmiş olan taşınmaz satışlarından türetilmektedir. Emsal karşılaştırma yaklaşımı ile değeri tespit edilmeye çalışılacak taşınmaz ile emsal taşınmazlar arasındaki bağlantı, matematiksel yöntemlerle bedele dönüşmektedir.<sup>20</sup>

## 2. Maliyet Yaklaşımı ile Taşınmaz Değerleme

Maliyet yaklaşımı ile taşınmaz değerlendirme kavramı yeniden üretim değeri olarak da adlandırılmaktadır. Maliyet yaklaşımı ile ancak yapımı ve üretimi söz konusu olan yapı taşınmazların değerlendirilmesi yapılabilmektedir. Bu yöntemde esas olarak, mevcut olan bir yapının aynısını inşa etme, yerine koyma için gerçekleşen güncel maliyetlere, girişimci kârının eklenmesi suretiyle toplam maliyet hesaplanmakta, bu toplam maliyetten amortisman (fiziksel ve fonksiyonel yıpranma) çıkarmak ve sonuca tahmini arazi değerini ilave etmek suretiyle değerlendirme yapılmaktadır.

Maliyet yaklaşımında iki türlü hesaplama söz konusudur. Bunlardan ilki yeniden inşa maliyeti değeri ise ikame maliyet yaklaşımıdır. Yeniden inşa maliyetinde, değerlendirme anında mümkün olduğu kadar aynı malzemenin kullanılmasıyla, aynı kalitede, standartta ve aynı işçilik kalitesiyle varsa aynı kusurların da dikkate alınarak binanın birebir aynısını inşa etmenin maliyeti hesaplanmaktadır.

İkame maliyet yönteminde ise değerlemenin yapıldığı andaki güncel malzeme ve standartlar kullanılarak değerlendirilmesi yapılan yapının sağladığı yarara eşdeğer bir yapının inşa edilme maliyeti hesaplanmaktadır.

Maliyet yaklaşımı ile taşınmaz değerlendirme işleminde yapının yaşı, mevcut durumu ve sağladığı imkân farklılıkları dikkate alınmaktadır. Bu yöntem karşılaştırılabilir veriler, inşaat veya geliştirme maliyetleri

<sup>20</sup> Haydar Karaca, Taşınmaz Mal Değerlemesi Yöntemleri ve Karşılaştırılması, İTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Haziran 2008, s. 34.

ile bağlantılıdır. Bunun yanında miktar, nitelik ve fayda bakımından farklılıklar da hesaba katarak değerlendirilmektedir.<sup>21</sup>

### 3. Gelir İndirgeme Yaklaşımı ile Taşınmaz Değerleme

Gelir indirgeme yaklaşımı ile taşınmaz değerlemede temel unsur, taşınmazın gelecekte sağlayacağı tahmini gelirle ilişkilendirilmektedir. Fakat bu yöntemle yapılan hesaplamaların son derece tahmini değerler üzerinden gerçekleştirilmesi, değerlendirilmesi yapılacak taşınmazların çok iyi bir şekilde analiz edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu noktada en temel değişken olarak taşınmazın gelecekte sağlayacağı dönemlik gelirler üzerinden hareket edilmektedir. Bununla birlikte, gelirlerin indirgenmesinde kullanılan iskonto oranının uygun bir şekilde belirlenmesi de büyük önem arz etmektedir. İskonto oranının doğru belirlenmesi, değeri en çok ve doğrudan etkileyen husustur.<sup>22</sup>

Gelir indirgeme yaklaşımı ile taşınmaz değerlemesinde, taşınmazın tahmin edilen ortalama yıllık brüt, potansiyel veya net gelirinin bugüne biriktirilmesi esas alınmaktadır. Böylece değerlendirilmesi gerçekleştirilecek taşınmazın gelir değeri açısından, o taşınmazdan ileride elde edileceği varsayılan bütün gelirlerin değerlendirme zamanına biriktirilmesi amaçlanmaktadır. Gelir indirgeme yaklaşımı sürekli gelir sağlayan taşınmazlar ve özellikle ticari taşınmazların değerlendirilmesinde sıklıkla kullanılmaktadır.<sup>23</sup>

Gelir indirgeme yaklaşımı ile taşınmaz değerlemede, temelde üç ana yöntem öne çıkmaktadır. Bu yöntemler; gelir kapitalizasyonu, brüt gelir çarpanı ve indirgenmiş nakit akışlar olarak adlandırılmaktadır. Genel bir tanımlama ile kapitalizasyon; taşınmaza ait gelirlerin bugüne toplanması anlamındadır. Kapitalizasyon sayesinde basit olarak belirli bir taşınmazın gelecekte getirebileceği bütün gelirlerin bugünkü değere getirilmesi sağlanmaktadır.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Tanrıvermiş, s. 152.

<sup>22</sup> Bekir Elmas/Hakan Yılmaz/Selçuk Yalçın, "Firma Değerlemesinde İndirgenmiş Nakit Akımları Yönteminin Kullanımı: Bist Bilişim Endeksinde Yer Alan Firmalar Üzerinde Bir Uygulama", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 5, Erzurum 2017, s. 1222.

<sup>23</sup> Tanrıvermiş, s. 179.

<sup>24</sup> Tanrıvermiş, s. 179.

Doğrudan gelir kapitalizasyonu yöntemi ile taşınmazın değeri, o taşınmazın gelecekte sağlayacağı ortalama yıllık net gelirlerin bugünkü değerinin alınmasıyla hesaplanmaktadır. Bu yöntem, uzun vadede istikrarlı gelire sahip olması beklenen, yakın gelecekte işletme gelir ve giderlerinde büyük bir değişim olmayacağı beklenen taşınmazların değerlendirilmesinde sıklıkla kullanılmaktadır.<sup>25</sup>

Brüt gelir çarpanı ile taşınmaz değerlendirilmesinde, taşınmazın gelecekte sağlayacağı yıllık brüt gelirleri dikkate alınmaktadır. Uygulamada, değerlendirilmesi yapılacak taşınmaz için brüt gelir çarpanı, değerlendirme konusu taşınmazla aynı bölgede bulunan benzer mahiyetteki ve nitelikteki yakın zamanda değerlendirilmesi yapılmış diğer taşınmazların brüt gelir çarpanlarının aritmetik ortalaması alınarak hesaplanmaktadır. Diğer bir ifade ile brüt gelir çarpanı aslında diğer taşınmazlardan elde edilen verilere dayanan ortalama bir katsayı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İndirgenmiş nakit akışlar yönteminde ise taşınmazın gelecekte sağlayacağı nakit akışları, bugünkü değerleri toplamı olarak hesaplanmaktadır. Bu yöntemin, doğrudan gelir kapitalizasyonundan ayrılan yönü sonsuza kadar devam eden nakit akışlar yerine sınırlı bir ömürde gerçekleşen nakit akışların dikkate alınmasıdır.<sup>26</sup>

## B. Ön Ödemeli Konut Satışında Değerleme ve Satış Değerinin Tespiti

Ön ödemeli konut satışlarında, taşınmazların değerinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Rayiç bedelin dışında, taşınmazın hukuki durumu, proje kapsamında yapılacak işler, verimlilik analizleri, elde edilecek kârın miktarı ve daha birçok detaylı verinin incelenerek analiz edilmesi gerekmektedir. İnşaat ve proje şirketlerinin, hazırlanan bu değerlendirme raporlarına dayalı olarak taşınmazlara değer belirlemesi hem kendileri açısından hem de finansman kuruluşlarının doğru yönlendirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

<sup>25</sup> Ahmet Açlar/Volkan Çağdaş, Taşınmaz Değerlemesi, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara 2002, s. 177.

<sup>26</sup> Ayan, s. 387.

Projesinin tamamını değerleyecek olan inşaat sektöründe faaliyet gösteren şirketlerin kıt olan kaynaklarını doğru yönlendirmesi, yatırımları projelerden kârlı çıkması beklenen bir durumdur. İnşaat sektöründe yer alan bu şirketlerin, işin başlangıç aşamasından itibaren yer seçimi kararının alınması, bölgenin fiziksel, sosyo-ekonomik yapısının araştırılması, doğru yatırım planlaması yapması gerekmektedir.

Tüketicilerin, ön ödemeli konut alabilmesi bakımından yapılacak olan bu tür sağlıklı taşınmaz değerlemenin sözleşmenin bütün tarafları açısından faydalı olduğu kuşkusuz kabul edilmektedir. Tüketici ödeyeceği bedelin, taşınmazın gerçek değeri olduğu konusunda, bu sözleşmeye dâhil olacak finansman kuruluşunun vereceği kredinin taşınmaz ile uyumlu olduğuna inanmak istemektedir. Neticede bütün tarafların ortak bir paydada buluşmasına imkân sağlayan değerlemenin sağlıklı temellere oturması zorunludur. Farklı amaçlarla olsa da taşınmazın değerinin gerçekçi olarak belirlenmesi en önemli unsurdur.

Ön ödemeli konut satışlarında yukarıda belirtilen, emsal karşılaştırma yaklaşımı, maliyet yaklaşımı ve gelir indirgeme yaklaşımlarından en uygun olanının seçimi, doğru bir değerlemeye imkân tanımaktadır. Ön ödemeli konut satışına sunulan projenin kendine özgü özelliklerinin bulunması sebebiyle emsal karşılaştırma yaklaşımı ile değerlemesinin yapılması kanımızca mümkün değildir. Maliyet yaklaşımı ile salt yeniden inşa maliyeti ve ikame maliyet yaklaşımının konut projesinin değerlemesinde yetersiz kalacağı da bize göre açıktır. Bu halde gelir indirgeme yaklaşımı ile taşınmazın değerlemesinin sağlıklı bir şekilde yapılacağı ön görülmektedir.

Taşınmazın doğal olarak belirlenen kullanım alternatiflerinin irdelemesi, tasarlanan proje tarzına göre taşınmazın değerinin tahmin edilmesi ve potansiyel kullanım alternatiflerinin sonuçlarına göre uygun kullanım veya yatırım kararlarının verilmesi tercih ve ödemeler bakımından zorunlu olarak kabul edilmelidir.

#### IV. SONUÇ

Artan konut ihtiyacının karşılanmasının önemli araçlarından biri haline gelen ön ödemeli konut satışları, hukukumuzda ilk olarak 2014 yılında 6502 sayılı TKHK ile doğrudan düzenlenmiştir. Kanunda ön



ödemeli konut satışı sözleşmesinin her ne kadar hem taşınmaz satış sözleşmesi hem de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde düzenlenebileceği öngörülse de taşınmaz satış sözleşmesinin ön ödemeli satış yönteminde kullanılması eşya hukuku mantığı ile bağdaşmamaktadır. TKHK ile ifade edilen “tescil” kavramının bu Kanun’da kullanıldığı hali ile tam olarak anlamının gerek öğretisi gerek uygulamada anlaşılabilmesi, sözleşmenin daha ziyade taşınmaz satış vaadi olarak akdedilmesine yol açmıştır.

Hangi şekilde akdedilirse akdedilsin ön ödemeli konut satışları tam iki tarafa borç yükleyen rızai sözleşmeler niteliğinde olup, bir tüketici işlemi olarak değerlendirilmektedir. Bu sözleşmelerde henüz yapımı tamamlanmamış bir konutun tüketici tarafından bedeli kısmen veya tamamen ödenmektedir. Uygulamada “maketten satış” olarak da adlandırılan ön ödemeli konut satışları, gerçekten de tüketicinin adeta bir “hayali” almasıdır. Satıcı da henüz inşa edeceği bir yeri satmakta ve önemli bir yükümlülük altına girmektedir. Henüz var olmamakla birlikte her iki taraf bakımından da taşınmazın değerinin belirlenmesi çok önemlidir. Zira ne tüketici konut bittiğinde ortaya çıkacak gerçek ederdinden fazla ödeme yapmak ne de satıcı maliyet ve kâr dengesini bozmak istemektedir. Bu nedenle taşınmazın değerinin önceden, gerçekçi ve her iki tarafın da menfaatini koruyacak şekilde adil olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme de ancak “taşınmaz değerlendirme” faaliyeti ile yapılabilir.

Taşınmaz değerlendirme, günümüz şartları altında giderek daha da önem kazanan bir disiplin haline gelmektedir. Taşınmazların değerlendirilmesinde bilimsel yaklaşımların ve hesaplamaların dikkate alındığı durumlarda ekonomik alanda sağlıklı bir zemin oluşturmak mümkün olacaktır. Ön ödemeli konut satışları özelinde ise taşınmaz değerlendirme gayretlerinden yaygın olarak yararlanılması, öncelikle tüketicilerin korunması bakımından, ardından inşaat sektörü ile finans sektörünün yaklaşımlarının şekillenmesi açısından önem arz etmektedir. Unutulmamalıdır ki inşaat sektörü yapısı itibarıyla birçok sektöre yön vermekte, onlar açısından bir kaynak oluşturmaktadır.

Ön ödemeli konut satışlarında değerlendirme yöntemi olarak gelir indirgeme yaklaşımının kullanılması gerektiği düşünülmektedir. Böylelikle belki aylar, hatta yıllar sonra yapılacak taşınmazın değerinin, en sağlıklı şekilde belirlenmesi sağlanmış olacaktır.

## Kaynakça

- Açlar Ahmet/Çağdaş, Volkan, Taşınmaz Değerlemesi, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara 2002.
- Akipek Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk açısından Tüketici Kredisi, Yetkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Akipek Öcal Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununa Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Alp Ali/Yılmaz Ufuk, Gayrimenkul Finansmanı ve Değerlemesi, İMKB Yayınları, İstanbul 2004.
- Ayan Ebubekir, Gayrimenkul Değerlemesinde Gelir İndirgeme Yaklaşımı ve Yaklaşımın Türkiye Koşullarında Uygulanabilirliği (Kocaeli Uygulaması), Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 2010.
- Aydoğdu Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Baysal Başak, "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2017, C. LXXV, S.1, s. 273-292.
- Doğar Mehmet, "Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2017, C. V, S. 2, s. 101-115.
- Elmas Bekir/Yılmaz Hakan/Yalçın Selçuk, "Firma Değerlemesinde İndirgenmiş Nakit Akımları Yönteminin Kullanımı: Bist Bilişim Endeksinde Yer Alan Firmalar Üzerinde Bir Uygulama", *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 5, Erzurum 2017, s.1221-1238.
- Gümüş Mustafa Alper, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Vedat Kitapçılık, C.I, İstanbul 2014.
- Havutçu Ayşe, "Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1995.
- Karaca Haydar, Taşınmaz Mal Değerlemesi Yöntemleri ve Karşılaştırılması, İTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Haziran 2008.
- Makaracı Aslı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2015.
- Oğuzman M.Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- Oğuzman M.Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Sirmen A.Lâle, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Öz Turgut, "Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık", *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Bilgi Yayınevi, Ankara 2015, s. 138-160.
- Özel Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1999.

Özmen Etem Saba/Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2016.

Tanrıvermiş Harun, *Gayrimenkul Değerleme Esasları*, SPL Sermaye Piyasası Lisanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu, Lisanslama Sınavları Çalışma Kitapları, Ankara 2017.

Tekelioğlu Numan, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 67, S. 1, s. 81-104.

Yomralıoğlu Tahsin/Nişancı Recep/Çete Mehmet/Candaş Ezgi, *Dünya'da ve Türkiye'de Taşınmaz Değerlemesi*, Türkiye'de Taşınmaz Değerlemesi: II. Arazi Yönetimi Çalıştayı, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul 21-22 Mayıs 2012.

# TÜRK PATENT KURUMU NEZDİNDE PATENT EDİNME SÜRECİNİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

## LEGAL ASSESSMENT OF OBTAINING PATENT PROCESS THROUGH THE TURKISH PATENT AND TRADEMARK OFFICE

Onur SARI\*

**Özet:** Patentin, teknolojinin ilerlemesinde önemli bir mihenk taşı olan buluşların korunmasında, önemli bir rolü bulunmaktadır. Ancak patent korumasını elde etmek oldukça meşakkatli bir süreç sonucunda mümkün olacaktır. Bu süreç temel olarak ön araştırma süreci, şekli, inceleme, araştırma raporu, patent başvurusunun yayımlanması, inceleme ve itiraz olmak üzere altı aşamadan oluşur. Başvuranın bu aşamaları başarıyla atlatması gerekir. Bununla birlikte başvuru konusu olan buluşunda patent verilebilirlik koşullarını taşıması gerekir. Başvuran buluşun patent verilebilirlik koşullarını taşıdığını patent başvurusuyla ileri sürecektir. Bu süreçte patent başvurusunun bir parçası olan istem ve tarifnamelerin ise önemli bir rolü bulunmaktadır. Nitekim buluş, istemler ve tarifname kapsamında korunacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Buluş, İstemler, Patent Değerlendirmesi, Patent, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ticaret Hukuku, Medeni Hukuk

**Abstract:** Patent has an important role in the preservation of inventions, which is an important milestone in the advancement of technology. However, it would be possible to achieve patent protection as a result of a very difficult process. This process consists mainly of six stages: preliminary research process, formalities examination, search report, publication of patent application, patent examination and objection. The applicant should successfully complete these stages. Moreover the invention must bear the requirements of the patentability. The applicant will propose with patent application that the invention has the requirements of patentability. In this process, claims and descriptions which are part of the patent application have an important role. Because the invention will be protected in the context of the claims and description.

**Keywords:** Invention, Claims, Patent Examination, Patent, Intellectual Property Law, Commercial Law, Civil Law

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Gelişim Üniversitesi İktisadi İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi İşletme Anabilim Dalı Hukuk Bölümü, sari.onurrr@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9026-7600, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.01.2019, Kabul Tarihi: 16.01.2019

## I. Giriş

Teknolojinin hızla gelişmesi karşısında buluşların korunmasının önemi artmıştır. Mucitler, yıllarca süren araştırma geliştirme sürecinden sonra, elde etikleri buluşları korumak amacıyla, patent başvurusunda bulunmaktadır. Ancak buluşun korunması oldukça meşakkatli bir süreç sonucunda gerçekleşecektir. Bu süreçte yasal prosedürlerin dikkatli bir şekilde takip edilmesi gerekir. Aksi halde hak kayıpları olabilecek veya istenilen koruma elde edilemeyebilecektir.

Başvuru sürecinde genel olarak buluşun patent verilebilir bir buluş olup olmadığı, tarifname ve istemlerin usule uygun hazırlanıp hazırlanmadığı değerlendirilmektedir. Bu süreçte başvuru, ne kadar özenli ve doğru bir şekilde hazırlanırsa o kadar beklentiyi karşılayan bir patent hakkı elde edilecektir. Başvuruya şekil veren ise tarifname, istemler ve resimler bölümleridir. Hazırlanan bu belgelerle Türk Patent ve Marka Kurumu'na (TÜRKPATENT) başvurulması gerekir. Nitekim buluş üzerinde hak, buluşun meydana gelmesiyle birlikte doğarken, patent belgesi ancak hukuki bir işlemle yani başvuruyla elde edilmektedir. Kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme sürecinden sonra buluşun patentle korunup korunamayacağı ortaya çıkacaktır.

Tüm bu süreç dikkate alındığında bir buluşun TÜRKPATENT nezdinde patent koruması elde etmesi uzun ve meşakkatli bir süreç sonucunda mümkün olacaktır. Bu süreçte özellikle buluşun patent verilebilirlik koşullarını sağlaması, kanuna uygun bir tarifname, istem, ve patent başvurusu hazırlanması oldukça önemlidir. Başvurudan sonra kanundaki prosedürlerin itinalı bir şekilde takip edilmesi gerekir. Bu süreci başarıya götüren ise buluşun patent hakkı elde edebilecek bir nitelikte tekniğe katkı sağlamasıdır.

## II. Patent Hakkı

Patent, buluşları hukuken korumaya yönelik tanınan bir haktır. Patent hakkı temel olarak iki avantaj sağlamaktadır. Bunlardan ilki sahibine im personam değil, im rem bir malvarlığı hakkı tanır; ikincisiyse piyasada kullanım neticesinde gizliliği kalkan buluşun korunmasını sağlar.<sup>1</sup> Uzun uğraşlar neticesinde buluşu meydana getiren mucit; pa-

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tanya Aplin, Jennifer Davis, Intellectual Property Law:

tent hakkıyla buluşunu koruyabilecek, üzerinde tasarruflarda bulunabilecek ve yetkisiz kullananları engelleyebilecektir.

Patent hakkının elde edilmesi için öncelikle bir buluşun varlığı gerekir. Nitekim patentin koruma konusu buluştur. Buluş kavramıysa kanunda açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Kanımızca teknolojinin gelişmesiyle birlikte buluşların özellikleri de değişeceği için, buluş kavramının tanımının yapılarak belirli kriterlere bağlanması, uygulamada sorunlara neden olacaktır. Bu nedenle buluşun kanunda tanımlanmaması yerinde bir yaklaşımdır. Doktrin deyse bizimde katıldığımız görüşe göre TEKİNALP "*Buluş bir sorunu çözen bir kural, bir formül, bir teori yani genel anlamda öğretilerdir.*"<sup>2</sup> şeklinde tanımlamıştır. Patentle korunan buluşun teknik bir alana ilişkin olması gerekir. Buluşun teknik niteliğe sahip olması için buluşun tabiat güçlerinden yararlanılarak, bu güçlerin kullanılması ile meydana getirilmesi, çözümün uygulanabilir, somut sonuç meydana getirebilir olması ve tekrarlanabilir olması gerekir.<sup>3</sup>

Buluş, düşünsel ve yaratıcı bir faaliyet sonucu meydana gelmektedir.<sup>4</sup> Her buluş ise patentle korunamayacaktır. Ayrıca patent koruması bir hukuki işlemle sağlanır.<sup>5</sup> Patent verilebilirlik şartlarını taşımayan veya usulüne uygun başvuru yapılmayan buluşların patentle korunması mümkün değildir. Patentle korunmayan buluşlar şartlarını taşıyorsa faydalı model, tasarım, know how gibi başka sınai haklarla korunabilir. Yine bilgisayar programları gibi eser niteliğindeyse eser korumasından faydalanılabilir. Bununla birlikte bilgisayar programları teknik niteliğe sahipse buluşla korunabilir. TÜRK PATENT Kılavuzu'nda teknik nitelik; bilgisayar programının teknolojinin herhangi bir alanına dâhil olması, teknik bir problemi çözmesi ve istemlerde en az bir tane teknik

Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, 1.st Edition, Oxford, U.K, s.469

<sup>2</sup> Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.530

<sup>3</sup> Engin Erdil, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2016, s.175

<sup>4</sup> Serap Keskin, Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2003, s.40

<sup>5</sup> Buluşun korunması için herhangi bir yere başvuru yapılması veya bildirimde bulunulması gerekmez. Buluş üzerindeki hak, mucit tarafından buluşun meydana getirilmesiyle birlikte doğar. Patent korumasıysa ancak başvuru neticesinde talep edilebilir.



karacterin bulunması (bilgisayar, bilgisayar ağları gibi herkes tarafından bilinen unsurlardan herhangi birinin bulunması) şeklinde olabileceği belirtilmiştir.<sup>6</sup> Tescilli olmayan buluşlar, TTK.m.56 bağlamında haksız rekabet hükümlerine göre de korunabilir.<sup>7</sup>

Patent hakkının bir takım nitelikleri bulunmaktadır. Bu nitelikleri incelersek patent hakkı ülkesel bir haktır. Bu nedenle genellikle sadece koruma talep edilen ülkede korunmaktadır.<sup>8</sup> Yine patent ve-

<sup>6</sup> Türk Patent Enstitüsü, Patent İnceleme Kılavuzu 2016/2, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/EDAD1D29-D2CB-4F2E-BE4C-F1AD15F8E44C.pdf> (E.T.16.12.2018), s.48

<sup>7</sup> Yargıtay bir kararında Türkiye’de tescilli olmayan buluş ve küçük buluşların korunmasının TTK. m.56 bağlamında mümkün olabileceğine karar vermiştir. İlgili kararda; “Davacı taraf, davalı şirketin ABD’de tescilli, patent hakları kendine ait olan 4400/4500 model etiketleyicileri kendilerinin rızası olmadan aynen taklit ederek, Türkiye ve Ortadoğu’ya sattığını, davalının üretim ve satışını yaptığı makinenin tasarım olarak davacı makinasının aynısı olduğunu, kendilerine ait patente konu olan buluş hakkında faydalı model başvurusunda bulunduğunu ileri sürerek, davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespit ve önlenmesine, haksız rekabetin neticesi olan durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabet ve yanlış beyanların düzeltilmesine, davalının ürettiği makinelerin üretim ve satışının durdurulmasına, hükümün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK’da Türkiye’de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. TTK’nın haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddeleri de dikkate alındığında, tarafların iddia ve savunmaları üzerinde durularak, davalı taraf adına tescil edildiği anlaşılan faydalı modelin hükümsüzlüğü istemi ile açılan dava sonucu da gerektiğinde beklenilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hüküm bu nedenle davacı yararına bozulmuştur. (Yargıtay 11. H.D., 04.03.2008 Tarihli, E. 2006/11131 K. 2008/2607 aktaran Ayşegül Aksakal, Başak Aydın, Özge Öztürk, Eyyüp Yıldırım, “Yargıtay Kararları”, *FMR Dergisi*, C:9, S:2, Y.2009, (s.117 - 136), s.120 Ayrıca bakınız; İlhami Güneş, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayınevi, 4.Baskı, Ankara, 2017. (Haksız Rekabet Davaları), s.69

<sup>8</sup> Kural olarak patent hakkı, her ülkenin kendi mevzuatına göre tanınan bir haktır. Ancak buluşların evrensel etkisi karşısında salt ülkesel bir hak tanıyan patent hakkı işlevsiz kalacaktır. Bu nedenle patent hakkını tanıma sürecine ilişkin bir takım uluslararası anlaşmalar yapılarak yeknesak düzenlemeler yapılmıştır. Bu anlaşmalardan Türkiye’nin de taraf olduğu Patent İşbirliği Anlaşması’nın (PCT) önemli bir rolü bulunmaktadır. PCT’yle başvuran tek bir başvuruyla aynı anda birden fazla ülkede patent başvurusunda bulunmaktadır. Böylelikle PCT’yle taraf ülkelerde tek başvuruyla patent alınması mümkün hale gelmiştir.(Ayrıntılı bilgi için bakınız Ali Necip Ortan, Avrupa Patent Sistemi C.2, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi, 1.Baskı, Ankara, 1991, s.204) Ancak PCT, patent veren bir sistem değildir. Başvuru sürecini yeknesaklaştıran bir sistemdir. Netice itibarıyla patent hakkı yine ülkesel bir incelemeden sonra tanınacaktır. Bölgesel olarak patent korumasını sağlayan EPC’de bir diğer uluslararası anlaşmadır. PCT’den farklı olarak EPC’de başvuruya birlikte taraf Avrupa devletlerinde

rilebilirlik şartları ülke mevzuatına göre değerlendirilecektir.<sup>9</sup> Patent hakkı, fikri ve sınai bir hak olması nedeniyle sahibine mutlak bir hak sağlamaktadır. Yine hak sahibinin patent hakkı üzerinde inhisari bir hakkı olup bir tek kendisi patent hakkını kullanabilecek, yetkisiz kullananları men edebilecektir. Patent koruması süreye tabii bir haktır. Koruma süresi en fazla 20 yıl olmaktadır. Koruma süresi sona erdikten sonra buluşun kullanımını halka açılacaktır. Herkes tarafından patent konusu buluş kullanılabilir.<sup>10</sup> Hak sahibi patent hakkı üzerinde çeşitli tasarruflarda bulunabilir. Lisans sözleşmesiyle üçüncü kişilerin kullanımına sunabilir, devredebilir, miras bırakabilir. Patent hakkı tescile de tabii bir haktır. Ancak tescil, hakkın doğumu için kurucu değil, açıklayıcı bir işlemdir.<sup>11</sup>

Patent alındıktan sonra patent hakkı<sup>12</sup> olumlu haklar ve olumsuz haklar olmak üzere iki tip hak kazandırmaktadır. Patent hakkı sahibi olumlu hakkı gereği; patentten ekonomik olarak yararlanabilir, lisans verebilir, bizzat kullanılabilir, sair tasarruflarda bulunabilir; olumsuz hakları gereği ise patent hakkını izinsiz kullananları bu fiillerinden men edebilir.<sup>13</sup>

## 1. Patent Türleri

Patent sahibine buluş üzerinde en fazla 20 yıl olmak koşuluyla inhisari olarak ticari kullanım hakkı sağlayan bir hak olarak tanım-

---

patent koruması sağlanmaktadır. Bu uluslararası anlaşmalarda kendilerine ait başvuru usulleri, araştırma ve inceleme usulleri bulunmaktadır. Bununla birlikte hiçbir uluslararası sisteme dâhil olmayan bir ülkeyle de mütakabiliyet esasına dayanarak patent koruması sağlanabilir. Türkiye ile Tayvan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti gibi devletlerarasında mütakabiliyet esasına dayanan patent koruması sağlanmaktadır.

<sup>9</sup> Örneğin ABD Hukuku'nda bilgisayar programları genellikle patentle korunabilirken, Türk Hukuku'nda istisnai haller dışında patentle korunamamaktadır.

<sup>10</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.57 Kanımızca istisnai hallerde koruma süresi sona eren patent özellikle açık bir haksız iltibas varsa haksız rekabet hükümleriyle korunabilir.

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Deniz Topçu, Patent Lisans Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2016, s.18,19

<sup>12</sup> Doktrinde Ortan; patent hakkı denilince patent hukuku alanında bir hakkın akla geldiğini, diğer taraftan da buluş sahiplerinin patentte yönelik haklarını, patent üzerindeki haklarını ve patentten doğan haklarını içerdiğini belirtmiştir. Ali Necip Ortan, Patent Lisans Sözleşmesi, Doğan Basımevi, 1.Baskı, Ankara, 1979, s.15

<sup>13</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.59

lanmaktadır.<sup>14</sup> Patent çeşitli türlere ayrılabilir. Günümüzde patent türleri, ürün patenti – usul patenti, asıl patent - ek patent gibi bir takım ayrımlara tabi tutulmuştur. Patentleme sürecinde bu patent türlerinin önemli etkileri bulunmaktadır.

### 1.1. Ürün Patenti – Usul Patenti

Patent hakkı kendi içinde ürün patenti ve usul patenti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ürün patentinde buluş bir ürün olarak ortaya çıkmaktadır. Usul patentleriyse bir ürünü oluşturan veya atomun parçalanması gibi ürün niteliği taşımayan sonuçlar ortaya çıkaran, teknik düzeni ve bu düzende kullanılan maddeleri belirleyip içeren, bir çözümdür.<sup>15</sup> Usul patentlerinde asıl unsur, ürün patentlerinden farklı olarak maddi bir varlık olmayıp bir ürünün veya bir durumun, neticenin meydana getirilmesine, devamına, yönetilmesine, ortaya çıkmasına engel olunmasına dayanak teşkil eden bilgilerdir.<sup>16</sup> Usul patentleri, üretim usulü ve üretimle ilgili olmayan usul olarak ikiye ayrılmaktadır. Üretim usulü, üretim faaliyetleri sırasında, metal, kimyasal veya ilaç ürünleri gibi ürünleri üretmek konusunda kullanılan metottur.<sup>17</sup> Üretimle ilgili olmayan ikinci grup usullerde ise, tatbik edilen madde de esaslı bir değişiklik olmamakla birlikte usulün tatbik edildiği objede arzu edilen bir durum meydana getirilir.<sup>18</sup>

### 1.2. Asıl Patent - Ek patent

Patent hakkı buluş bütünlüğü ilkesi gereği tek bir buluşa koruma sağlamaktadır. Bazen asıl patenti mükemmelleştiren veya geliştiren buluşlarda ortaya çıkabilir. Bu tür buluşların korunması ek patentle mümkündür.

Ek patent, patent konusu buluşu mükemmelleştiren veya geliştiren, asıl patentin konusuyla bütünlük içinde bulunan buluşların koru-

<sup>14</sup> Aplin/Davis, s.442

<sup>15</sup> Keskin, s.39

<sup>16</sup> Erdil, s.176

<sup>17</sup> Ömer Camcı, Endüstriyel Tasarım Davaları, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, 1.Baskı, İstanbul, 2000.s.31

<sup>18</sup> Kaya Arslan . "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", *İÜHFİM*, C.55, S.4, Y.2011, (s.173-200), s.188

ması için verilen bir patenttir.<sup>19</sup> Örneğin, elektrikle ısınan battaniyenin pille çalışır ve yağmurdan ıslanmaz duruma getirilmesi halinde ek patente başvurulabilir.<sup>20</sup> Ek patentin koruma süresi, ek patentin başvuru tarihinden başlar, asıl patentin koruma süresinin sona ermesiyle biter. (SMK.<sup>21</sup> m.123/5)

Ek patentin alınması için asıl patent başvurularında olduğu gibi başvuruda bulunulması gerekir. Ek patent başvurusunun başvuru tarihi, Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK.) m.90 uyarınca ek patent başvurusunun TÜRK PATENT'e verildiği tarihtir.(SMK. m.123/2) Bununla birlikte ek patent başvurusu, asıl patent başvurusuna belge verilmesi kararının yayımına kadar yapılabilir.(SMK. m.123/2) Asıl patent başvurusuna patent verilmesi kararından önceyse ek patente patent verilmez. (SMK. m.123/4) Ek patent başvuruları için araştırma raporu da düzenlenir. Araştırma raporu, asıl patent başvurusuyla birlikte veya daha sonra da düzenlenebilir.(SMK. m.123/3) Ayrıca ek patent başvurusu değerlendirilmesi sürecinde, SMK.m.83/4'deki tekniğin bilinen durumu değerlendirmesi yapılırken, asıl patent başvurusundaki tekniğin bilinen durumu dikkate alınmaz.(SMK. m.123/3) Ek patent başvuruları ve ek patent için yıllık ücretse ödenmeyecektir.(SMK. m.123/6)

Ek patent başvuruları veya ek patentler kanundaki koşulların gerçekleşmesi halinde bağımsız patente dönüşebilir. Bu haller, patent başvurusu işlemleri sırasında, başvuru sahibinin talebi üzerine veya kurum tarafından asıl patent başvurusuyla gerekli bağının olmadığı tespit edilmesi halinden kaynaklanabilir. Yine patent başvurusu sırasında; asıl patent başvurusunun reddi, yıllık ücretlerin ödenmemesi, geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılması halinde ek patent başvurusu, bağımsız patent başvurusuna dönüştürülebilir. Patent hakkının tanınması halindeyse bu patent hakkının hükümsüz kılınması, yıllık ücretlerinin ödenmemesi, hak sahibinin patent hakkından vazgeçmesi halinde ek patent, asıl patente dönüştürülebilir.

<sup>19</sup> Ek patent başvuruları sadece patent hakkı için tanınmıştır. Faydalı model başvuruları için ek başvuru yapılamayacaktır. (SMK. m.123/14)

<sup>20</sup> Tekinalp, s.597

<sup>21</sup> Araştırmamızda Sınai Mülkiyet Kanunu'nun kısaltması olarak "SMK" kısaltması kullanılmıştır.

Ek patent başvurularının veya ek patentlerin bağımsız patente dönüştürülmesi için SMK. m.123'de ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik(SMKY.) m.86'da düzenlenen koşulların oluşması gerekir. Ek patentken, asıl patente dönüşen patentler, dönüşüm tarihinden itibaren patent masraflarının ödenmesine tabi olup, koruma süreleri asıl patentin koruma süresiyle aynıdır.<sup>22</sup>

## 2. Patent Verilebilirlik Koşulları

Patent koruması buluşlara tanınan bir korumadır. Ancak her buluşa patent koruması sağlanamayacaktır. Buluşun patentle korunabilmesi için SMK. m.82 ve SMK. m.83'deki koşulları içermesi gerekir. Bu koşullar olumlu koşullar ve olumsuz koşullar olarak ikiye ayrılabilir. Buna göre bir buluşun tüm olumlu koşulları içermesi ve olumsuz hiçbir koşulu içermemesi gerekir. Olumlu olumsuz koşulların yanı sıra patent hakkının elde edilmesi için usulüne uygun bir başvurunun da yapılması gerekir. Usulüne uygun başvurunun TÜRKPATENT tarafından incelenmesi neticesinde buluşa patent koruması sağlanabilecektir.

Patent verilebilirlik koşullarını taşımayan buluşlara ise patent koruması sağlanamayacaktır. Ancak kanundaki şartları varsa başka bir fikri ve sınai hak olarak korunabilir. Özellikle de basit çözümler içeren buluşların faydalı modellerle korunması mümkündür. Nitekim faydalı modellerde buluş basamağı kriteri aranmamaktadır.<sup>23</sup> Yeni olması ve sanayiye uygulanabilir olması buluşun korunması için yeterlidir. Faydalı model başvurusuna konu buluşlar daha çok mevcut bir ürünü fonksiyonel hale getirmek için yapılmaktadır.<sup>24</sup> Bununla birlikte başvuran, buluşunun önemli bir teknik yenilik getirdiğini düşünerek,

<sup>22</sup> Erdal Noyan, Patent ve Faydalı Model Belgesi Verilmesi, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2011.s.250

<sup>23</sup> SMK. m.142/1'de 83 üncü maddenin birinci fıkrası hükmüne göre yeni olan ve 83 üncü maddenin altıncı fıkrası kapsamında sanayiye uygulanabilen buluşlar, faydalı model verilerek korunabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle buluşun faydalı modellerle korunması için yeni ve sanayiye uygulanabilir olması yeterli sayılmalıdır. Bununla birlikte her yeni ve sanayiye uygulanabilir buluş, faydalı modellerle korunamayacaktır. Buluşun ayrıca SMK. m.142'de düzenlenen faydalı model verilme koşullarını taşıması gerekir. Yine mevzuata uygun bir başvuru neticesinde faydalı model koruması sağlanabilecektir.

<sup>24</sup> Zekariya Baştürk, Markadan Patente, Elma Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2010, s.45

patent başvurusunda bulunduysa SMK. m.104 bağlamında işlemleri devam eden patent başvurusunun faydalı model başvurusuna dönüştürülmesini talep edebilir.<sup>25</sup>

Başvurunun faydalı model başvurusuna dönüştürülmesi talep üzerine yapılmaktadır. Talep olmaması halinde TÜRK PATENT resen bir dönüştürme yapamayacaktır. Patent başvurusuna konu buluşun faydalı model başvurusuna dönüştürülmesi usulü SMK. m.104'de ve SMKY. m.112'de düzenlenmiştir. Ayrıca faydalı model başvuruları da araştırma raporunun bildirim tarihini takip eden üç aylık sürenin sonuna kadar patent başvurusuna dönüştürülebilir. (SMK. m.104/2)

## 2.1. Olumlu Koşullar

Buluşun patentle korunabilmesi için buluşun yeni olması, buluş basamağı niteliğini ihtiva etmesi ve sanayiye uygulanabilir olması gerekir.<sup>26</sup>

Olumlu koşullardan ilki yenilik koşuludur. Patentlenmek istenen buluşun yeni sayılması için bu buluşun, topluma açık olan önceki gelişmelerden, ayırt edici bir takım özelliklerinin bulunması gerekir.<sup>27</sup> Aksi halde buluş yeni kabul edilmeyecektir. Önceki gelişmeler belirlenirken tekniğin bilinen durumu incelenmelidir.

SMK. m.83/1'de tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluşun yeni olduğunun kabul edileceği düzenlenmiştir. SMK. m.83/2'deyse tekniğin bilinen durumu tanımlanmıştır. İlgili düzenlemeye göre *"teknik bilinen durumu, başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şeyi kapsar."*

SMK m.83/2'deki *"dünyanın herhangi bir yerinde"* ifadesi nedeniyle Türk Hukuku'nda mutlak yenilik ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeye

<sup>25</sup> Bununla birlikte mülga PAT KHK'dan farklı olarak SMK'da faydalı model incelemesi yapılırken araştırma raporu düzenleneceği belirtilmiştir. Böylelikle buluşa, faydalı model koruması araştırma raporuna göre tanınacaktır.

<sup>26</sup> Buluş sahibinin özellikle de uzman kişiye buluşun yeni olduğu ve buluş basamağı kriterini içerdiğini ispat etmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; David Pressman, Patent It Yourself, Nolo Press, 3rd Edition, Berkeley, California, 1991, s.1/4

<sup>27</sup> Pressman, s.5/8



göre patent başvurusunun yapıldığı tarihten önce, buluş konusunda Dünya'nın herhangi bir yerinde toplumca erişebilir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya başka yolla açıklanan bilgiler, tekniğin bilinen durumuna dâhildir.<sup>28</sup> Yine uluslararası anlaşmalar gereği yapılan patent başvuruları veya rüçhan hakkına konu patent başvuruları ile ulusal sınırlar içerisindeki patent başvuruları yenilik değerlendirmesinde dikkate alınacaktır. Bu nedenle yenilik incelemesi yapılırken sadece ulusal sınırlar içinde değil, uluslararası alandaki bilgi esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Buluşun yeni olması için alanında devrim yaratan bir gelişme yaratmasınaysa gerek yoktur. Basit ancak yeni ve kullanılabilir buluşlarda yeni sayılacaktır.<sup>29</sup>

Bir diğer koşul buluş basamağı kriteridir. Buluş basamağı, buluşun tekniğin bilinen durumunu aştığını ortaya koyan teknik üstünlük ve nitelik olarak ifade edilebilir.<sup>30</sup> Bir buluşun bilinen teknikten basitçe çıkarılmaması gerekir. Tekniğe kayda değer bir katkı yapan ve belirli niteliklere sahip olan buluşlar patentle korunabilir.<sup>31</sup> Buluşun belirli niteliklere sahip olup olmadığını ise SMK. m.83/4 gereği ilgili teknik alandaki uzman değerlendirecektir. Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilecektir.

Buluş basamağı değerlendirmesini yapan uzmanın nitelikleri de önem arz etmektedir. Öncelikle uzmanın alanında makul bir birikimi olması gerekir. Daha önce o alanda çalışmayan veya yeterli bilgi birikimi olmayan uzmanların yapmış oldukları değerlendirmeler nazara alınmamalıdır.<sup>32</sup> Uzman incelemeyi yaparken buluşçunun yapmış olduğu çalışmaları dikkate almalıdır.

<sup>28</sup> M. Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara, 2013.s.8

<sup>29</sup> World Intellectual Property Organization (WIPO), Patent Drafting Manuals, IP Assets Management Series, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo\\_pub\\_867.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo_pub_867.pdf), (E.T.16.11.2018), s.20

<sup>30</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.63

<sup>31</sup> Doktrinde de Öztürk; bilinen şeyler üzerinde yapılacak küçük değişikliklerin patente konu edilmesinin ticari hayata ve ekonomiye zarar vereceğini, yine toplumun bildiği bir şeyin, patent neticesinde kullanımının alıkonulmasının hakkaniyete aykırı olacağını belirtmiştir. Özgür Öztürk, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan Yayınevi, 1.Cilt, Ankara, 2008, s.249

<sup>32</sup> Yargıtay'ın birçok emsal kararında uzmanın nitelikleri üzerinde durulmuştur. Bak; Yargıtay, 11. H.D. 26.01.2009 T. E.2007/11433, K.2009/657 sayılı Kararı ve Yargıtay 11. H.D. E.1998/5842, K.1999/173 aktaran Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.64 vd.

Buluş basamağını değerlendiren uzman EPO tarafından da kullanılan problem - çözüm yöntemini genellikle uygulamaktadır. Problem - çözüm yaklaşımında ilk önce buluşa yakın önceki teknik belirlenir. Buluşa yakın önceki teknik, genellikle buluşla fonksiyonel veya yapısal olarak benzer bir şekilde kullanılan teknikle karşılaştırması neticesinde belirlenir.<sup>33</sup> Arkasından en yakın teknik ile buluş arasındaki farklar belirlenmelidir. Belirlenen farkların yarattığı teknik etkinin buluş basamağı içermesi için tekniğe bir katkı yapması gerekir. Daha sonra buluşun çözdüğü teknik problem tespit edilir ve son olarak uzman kişinin mevcut teknikle bu sorunu çözüp çözemediği değerlendirilir.<sup>34</sup> Mevcut teknikle çözülmüyorsa buluş basamağı kriterine sahiptir.

Patent konusu buluşun aynı zamanda sanayiye uygulanabilir bir buluş olması gerekir. Sanayiye uygulanabilirlikten kasıt buluşun endüstriye uygulanabilir olması, endüstride üretilebilmesi veya üretim usulü olarak kullanılabilmesidir.<sup>35</sup> Bununla birlikte tarım sektöründeki buluşlarda sanayiye uygulanabiliyorsa patentle korunabilir. Sanayiye uygulanabilir buluşun ekonomik olarak getiri sağlayıp sağlamaması önem arz etmemektedir. Maliyeti yüksek ancak getirisi az olan buluşlarda, sanayiye uygulanabilirse ve diğer koşulları sağlıyorsa patentlenebilir.<sup>36</sup>

## 2.2. Olumsuz Koşullar

Patent konusu buluşun olumsuz patent verilebilirlik koşullarını içermemesi gerekir. Aksi halde buluşa patent hakkı tanınmayacaktır. Kanunda buluş niteliğinde olmayan şeyler sayılmıştır. Bunun yanı sıra buluş niteliğinde olan ancak patent verilemeyecek buluşlarda sayılmıştır.

Patent başvurusu konusunun; keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler, zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara iliş-

<sup>33</sup> European Patent Office (EPO), T 606/89 Nolu Kararı, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t890606eu1.pdf>, (E.T.10.12.2018)

<sup>34</sup> European Patent Office (EPO), Guidelines for Examination, [https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g\\_vii\\_5.htm](https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_vii_5.htm), (E.T. 10.12.2018)

<sup>35</sup> Camcı, s.40

<sup>36</sup> World Intellectual Property Organization (WIPO), Patent Drafting Manuals, IP Assets Management Series, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo\\_pub\\_867.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo_pub_867.pdf), (E.T. 16.11.2018), s.21

kin plan, kural ve yöntemler, bilgisayar programları<sup>37</sup>, estetik niteliği bulunan mahsuller, edebiyat ve sanat eserleri ile bilim eserleri, bilginin sunumuna ilişkin olması halinde genellikle bu hususlarda patent koruması sağlanamayacaktır. (SMK. m.82/2) Ancak şartları varsa know how, eser, marka gibi korumalardan yararlanabilir.

Bazı buluşlara ise patent verilmemektedir. Bunlardan ilki kamu düzenine<sup>38</sup> ve genel ahlaka aykırı<sup>39</sup> olan buluşlardır. Kamu düzeni ve genel ahlak toplumdaki topluma değiştiği gibi, yaşanan dönemde şekil vermektedir. Önceleri ahlaka aykırı olmayan veya kamu düzenine aykırı sayılmayan bazı davranışlar zamanla kamu düzeni ve ahlaka aykırı kabul edilebilir. Bununla birlikte özü itibariyle genel ahlaka veya kamusal düzene aykırı olmayan bir buluşun sadece kamuya aykırı amaçlara hizmet ediyor diye patent talebi reddedilmemelidir.<sup>40</sup> Örneğin silah üretimi kanundaki koşulları sağlamak koşuluyla serbesttir. Ancak kanuna aykırı bir şekilde silah kullanımı var diye kamu düzenine aykırılık söz konusu olmayacak, silahlarla ilgili buluşlar patentlenebilecektir.

Ayrıca *“mikrobiyolojik işlemler veya bu işlemler sonucu elde edilen ürünler hariç olmak üzere, bitki çeşitleri veya hayvan ırkları ile bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik işlemler, insan veya hayvan vücuduna uygulanacak teşhis yöntemleri ile cerrahi yöntemler dâhil tüm tedavi yöntemleri, oluşumunun ve gelişiminin çeşitli aşamalarında insan bedeni ve bir gen dizisi veya kısmi gen dizisi de dâhil olmak üzere insan bedeninin öğelerinden birinin sadece keşfi, insan klonlama işlemleri, insan eşey hattının genetik kimliğini değiştirme işlemleri, insan embriyosunun sınai ya da ticari amaçlarla kullanılması, insan ya da hayvanlara önemli bir tıbbi fayda sağlamaksızın hayvanlara acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemleri ve bu işlemler sonucu elde edilen hayvanlar”*, buluş olarak kabul edilse dahi kural olarak patentle korunamayacaktır. (SMK. m.82/3)

<sup>37</sup> Kanımızca bilgisayar programları tekniğe ilişkin bir yenilik getirirse yani teknik unsur barındırırsa Türk Hukuku’nda da patentle korunabilir.

<sup>38</sup> Doktrinde Tekinalp; kamuya aykırılığın, kanuna aykırılıktan ayrı ve bağımsız olarak ele alınması gerektiğini ve kendi standartları içerisinde değerlendirilip karara bağlanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tekinalp, s.547

<sup>39</sup> Doktrinde Erdil; genel ahlaka aykırılığı, toplumun değer yargılarını yansıtan iyi ile kötüyü ayırmaya yarayan kurallar olarak tanımlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Erdil, s.180

<sup>40</sup> Tekinalp, s.547

Olumsuz koşulların varlığı halinde koruma konusu buluş, patentle korunamayacaktır. Ancak farklı kanuni düzenlemelerle korunması mümkünse (marka, tasarım, eser gibi...) yine hukuken korunan bir hak söz konusu olabilecektir.

### III. Patent Başvurusunun Hazırlanması

Patent başvurusu; başvuru formu, başvuru ücreti, tarifname, istemler, özet, varsa resimlerden oluşur. Başvuru sahibi TÜRKPATENT'e kanunda sayılan belgelerle birlikte başvurması gerekir.

Patent başvurusunun buluş üzerinde kanuni bir hakkı olan kişiler tarafından yapılması gerekir.<sup>41</sup> Buluş sahibi mucit, buluşu meydana getirdiği için hak sahibi olan kişidir. Ancak bazen buluş sahibi veya halefleri dışındaki kişilerde patent başvurusunda bulunup hak sahibi olabilir. Örneğin buluş bir hizmet buluşuysa işveren buluş sahibi olabilecektir. Yine müşterek bir buluş söz konusuysa diğer paydaşlarında kural olarak patent başvurusunda bulunması gerekir. Birden fazla mucit; aynı anda, aynı buluşu meydana getirirse buluş sahibi ilk başvuran veya rüçhan hakkı sahibidir.

Patent başvuruları yazılı bir şekilde yapılmaktadır. İnternet ortamından yapılan başvurularda kabul edilmektedir. Başvurunun usulü yönetmelik ve kanunlarda düzenlenmiştir. Bu nedenle başvuranın ilgili prosedürleri takip etmesi gerekir. Bununla birlikte noter onaylı belgelerle patent hakkı kazanılmamaktadır. Şartları varsa belge konusu buluş haksız rekabet hükümleri gereği korunabilir.

Patent başvurusu, hazırlanırken özenli davranılmalıdır. Nitekim hazırlanan bir patent başvurusunun sonradan değiştirilmesi oldukça güçtür. Bununla birlikte SMK. m.103/1 gereği başvuran, başvurunun ilk halinin kapsamını aşmamak şartıyla başvuruda bazı değişiklikler yapabilir. Yapılan değişikliklerin istem ve tarifnamelerle de uyumlu olması gerekir. Patent başvurusu sırasında kuruma verilen dokümanlarda çeviri hataları, yazım hataları, kopyalama hataları ve yanlışlıklar bulunabilir. Bu durumda patent başvurusu ve patent dokümanlarındaki imla hataları ve açık maddi hatalar talep üzerine düzeltilir. (SMK. m.103/3) Ancak tarifname, istemler ve resimlerde bir hata varsa

<sup>41</sup> Buluş sahibinin varsa halefi de patent başvurusunda bulunabilir.

sadece SMKY. m.109/1'deki sayılan haller için düzeltme talebi kabul edilebilir.

Başvuruda buluş, tekniğin bilinen durumu konusunda uzman bir kişinin anlayacağı şekilde açıklanmalı ve patent korumasını sağlayacak istemler de anlaşılır bir şekilde yazılmalıdır.<sup>42</sup> Başvuru konusu buluş eksik veya yanlış bir şekilde anlatılırsa patent koruması tesis edilmeyecek veya eksik bir patent başvurusu söz konusu olabilecektir. Ayrıca hatalı bir başvurunun kabulü sonucunda patent belgesi alınırsa bu patent başvurusu her zaman hükümsüzlük davasıyla hükümsüz kılınabilir. Bu süreçte özellikle buluşun dâhil olduğu teknik kategori ve getirdiği yenilik önem arz etmektedir. Eğer buluş karmaşık bir teknolojinin kullanımı neticesinde doğuyorsa uzman kişinin bu buluşu değerlendirmesi güç olacaktır. Ancak buluş basit bir teknik bilgiyle çözülebiliyorsa değerlendirme daha hızlı ve kolay yapılabilecektir. Yine alanında çığır açan bir buluşun varlığı halinde değerlendirme süreci daha kolay olacakken; bilinen ve kullanılan tekniğe, önemli bir katkı sağlayan buluşun değerlendirilmesi çetrefilli olacaktır. Nitekim bu tür buluşlar tekniğin bilinen durumu içerisinde değerlendirilip yarattığı katkı gözden kaçabilir.

Patent başvurusunun patent hukuku açısından önemli etkileri bulunmaktadır. Patent başvurusu; patent alma sürecini harekete geçirir, birbirinden bağımsız olarak gerçekleştirilen buluşlarda ilk başvurana öncelik ilkesi gereği patent hakkı kazandırır, yenilik incelemesinin esas alınacağı tarihi belirler, rüçhandan yararlanma olanağı sağlar.<sup>43</sup>

Patent başvurusuna konu buluşun buluş bütünlüğü içeren bir buluş olması gerekir. Aksi halde başvuruya konu buluşun tamamı ya da bir kısmı patent korumasından yararlanamaz. Yine başvuruya konu buluş üzerinde bir rüçhan hakkı varsa bu da patent başvurusunda belirtilmelidir.

<sup>42</sup> L. Alan Durham, Patent Law Essentials, Quorum Books, 1.st Edition, London, U.K., 1999, s.14

<sup>43</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tekinalp, s.574 Uzman, Dünya'nın herhangi bir yerinde yazılı, sözlü, kullanım yoluyla veya başka bir biçimde açıklanmış her türlü bilgi, belge ve veriyi esas alacaktır. Bakınız; İlhami Güneş, "Uluslararası Patent Hukuku Konferansından İzlenimler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:13, Sayı:148, Y.2018 (s.124 -126), (Patent Hukuku), s.84 Ayrıca bakınız; Camcı, s.33 vd.

## 1. Buluş Bütünlüğü

Patent başvuruları hazırlanırken buluş bütünlüğü ilkesinin dikkate alınması gerekir. Patent başvurusu, tek bir buluşu veya tek bir genel buluş fikrini oluşturacak şekilde bir araya gelmiş buluşlar grubu için yapılabilir. (SMK. m.91/1) Birbirinden bağımsız birden fazla buluş ise başvuru konusunu oluşturamayacaktır.<sup>44</sup> Örneğin yanmayan kumaş üretiminde kullanılan bir maddenin yanında kumaşa özel bir renk veren başka bir madde patentlenemeyecektir. Çünkü burada birbirinden bağımsız iki buluş söz konusudur.

Birden fazla buluşun aynı başvuruda talep edilmesi halinde buluş bütünlüğü ilkesi zedelenecektir.<sup>45</sup> Bu durumda patent başvurularının bölünmesi gerekecektir. Ayrıca buluş bütünlüğüne bakılmaksızın talep üzerine de her başvuru bölünebilir.<sup>46</sup> Uygun olmayan başvurular, başvuru sahibinin talebi veya kurumun bildirimine üzerine bölünmüş başvurulara ayrılır.(SMK. m.91/1) Bununla birlikte bölünmüş başvuru, işlemleri devam eden başvuru ile ilgili olarak bu başvuru konusunun kapsamını aşmayacak şekilde yapılır. (SMK. m.91/3) Dolayısıyla bölünmüş patent başvurusu daha önceden yapılmış bir patent başvurusundan kaynaklanmaktadır. Ayrıca bölünmüş patent başvurusu, önceki patent başvurusunun kapsamını aşmamalıdır.

Bölünmüş her başvuru için başvuru tarihyse ilk ana başvurunun tarihidir. İlk başvuruda rüçhan hakkı talep edilmişse bu hak bölünmüş her başvuruya da tanınır. (SMK. m.91/4)<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Tekinalp, s.577

<sup>45</sup> Lionel Bently, Brad Sherman, Intellectual Property, Oxford Press, 2.nd Edition, Hants, U.K., 2004, s.373

<sup>46</sup> Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.263

<sup>47</sup> Bölünmüş başvurunun yapılması halinde, başvurunun bölünen kısmına ilişkin araştırma ve inceleme talebi yapılmalı ve ilgili ücretler ödenmelidir. Bununla birlikte mülga PAT KHK'nın yürürlüğü döneminde araştırma ücreti ödenip araştırma talebi yapılmayan bir başvurunun ret kararına karşı açılan davada ilk derece mahkemesi, "... yönetmelik hükmünün 551 sayılı KHK'nın 45, 56 ve 54. maddeleriyle ana başvuru yönünden başvuru sahibine araştırma raporu talebi konusunda daha kısıtlayıcı ve hak kaybına neden olacak bir usule yer verdiği ve dayanak kanun veya KHK'lara aykırı olan yönetmelik hükümlerinin uygulanamayacağını, kaldı ki hem KHK hem de yönetmelik ile getirilen düzenlemede ücretin ödenmesinin, araştırma talebinin geçerli sayılması için zorunlu kabul edildiği, somut uyuşmazlıkta davacının anılan yönetmeliğin 16/2. maddesinde belirtilen 3 aylık süre içinde araştırma ücretini ödemediği ve salt bu nedenle dahi davalı TPE'nin uygulamasının anılan düzenlemeye aykırı olduğu gerekçesiyle davanın kabulü-



## 2. Rüşhan Hakkı

*Rüşhan; üstünlük, öncelik, üstünlüğe sebep olan şey demek olup rüşhan hakkı başkalarından üstün, önce olma hakkıdır.*<sup>48</sup> Rüşhan hakkı sahibi kişi, patent hakkı elde etme konusunda öncelik hakkı kazanmaktadır. Başvuru tarihine göre tekniğin bilinen durumunun belirlenmesinde ve aynı buluşun birden fazla kişi tarafından yapılması durumunda hakkın kime ait olacağına tespitinde rüşhan tarihi başvuru tarihi olarak kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

Rüşhan hakkı, Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kurulu Anlaşması gibi uluslararası anlaşmalardan doğan bir haktır. Bu hak, başka bir ülkedeki patent başvurusundan veya uluslararası anlaşmalardaki koşulları sağlayan bir sergide patent konusunun yer almasından kaynaklanabilir. Hangi patent başvurularının rüşhan hakkı doğuracağı SMK. m.93/2 ve SMK. m.93/5'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte rüşhan hakkından yararlanabilmek için usulüne uygun bir talepte bulunulması gerekir. Usulüne uygun talep, başvuru tarihi almaya yeterli bir başvuru olup bu başvurunun akıbeti önemlidir.<sup>50</sup> Rüşhan hakkı sergiden de doğabilir. Hangi sergilerden rüşhan hakkı doğabileceği SMK. m.93/6'da düzenlenmiştir

Rüşhan hakkı sahibi, Türkiye'de başvuru yapmak amacıyla, ilk başvurunun yapıldığı tarihten itibaren on iki aylık süre içinde, rüşhan hakkından yararlanabilir. Bununla birlikte sergilerdeyse rüşhan hakkı sahibi, patentli ürünü Türkiye'de açılan ulusal veya uluslararası sergiler ile Paris Sözleşmesine taraf ülkelerde açılan resmî veya resmî olarak tanınan uluslararası sergilerdeki teşhir tarihinden itibaren on iki ay içinde Türkiye'de patent almak için başvuru yapma konusunda rüşhan hakkından yararlanır. (SMK. m.93/6) Hakkın kullanımıysa süreye bağlı olup süresi içinde kullanılmazsa bu hak düşecektir.<sup>51</sup> Rüş-

---

ne, davalı TPE. YİDK'nın 27.07.2007 gün ve P-17 sayılı kararının iptaline karar vermiştir." Yargıtay'da ilgili kararı onamıştır. Bak; Yargıtay, 11. H.D.,12.4.2010 tarihli; E. 2008/12664, K. 2010/4027, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, (E.T.14.10.2018)

<sup>48</sup> İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Davaları, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2017. (Patent ve Faydalı Model), s.70

<sup>49</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu m.93/7 Gereğesi

<sup>50</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu m.93/3 Gereğesi

<sup>51</sup> Noyan, s.228

han hakkının süresi içinde kullanılmasıyla birlikte üçüncü kişilerin yaptıkları başvurular hükümsüz sayılır.

Başka bir ülkedeki rüçhan hakkından dolayı Türkiye’de başvuruda bulunuluyorsa yabancı dilde yazılmış olan istem, tarifname gibi belgelerin çevirisinde itinalı davranılması gerekir. Özellikle de tercümede yapılan hatalar veya Türkçede tam karşılığı olmayan kelimeler nedeniyle istemlerin sınırlanması söz konusu olabileceği için patentin orijinal dili ve kullanılan özel terimler dikkate alınmalıdır.<sup>52</sup>

Rüçhan hakkı talebi, ücreti ödenerek başvuruyuyla birlikte veya başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde yapılır ve bu talebe ilişkin belgeler, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde kuruma sunulur. (SMK. m.94/1) Rüçhan hakkının kullanımındaki süre, hak düşürücü süredir.<sup>53</sup> SMK. m.94/2 gereği *“başvuruda, farklı ülkelerden kaynaklanmış olmasına bakılmaksızın birden çok rüçhan hakkı talep edilebilir. Uygun durumda, her bir istem için birden çok rüçhan hakkı talep edilebilir. Birden çok rüçhan hakkı talep edildiği durumda, rüçhan tarihinden itibaren işleyen süreler, rüçhanın en erken tarihli olanından başlar.”* İlgili düzenlemeyle birlikte hem bir başvuruda birden çok rüçhan hakkının talep edilebileceği düzenlenmiş hem de bir istem için birden fazla rüçhan hakkı istenebileceği düzenlenmiştir.<sup>54</sup> Birden çok rüçhan hakkının talep edilmesi halinde rüçhan tarihinden itibaren işleyen süreler en önceki tarihli olanından başlayacaktır.(SMK. m.94/2)

Rüçhan hakkı talep edilen buluşun belirli unsurları, rüçhan hakkının doğduğu patent başvurusunun istemlerinde yer almamış olabilir. Bu unsurlar patent başvurusu istemlerinde yer almamış olsa dahi, rüçhan hakkının doğduğu patent başvurusunun bir bütün olarak bu unsurları açıkça belirtmesi koşuluyla, rüçhan hakkı bu unsurlar için de kabul edilir. (SMK. m.94/4)

Rüçhan hakkının üç temel niteliği bulunmaktadır. Bunlar rüçhan hakkının hak sahibi kişiye öncelik sağlaması, süreye bağlı bir hak olması ve kullanılması halinde üçüncü kişilerin yaptıkları başvuruları hükümsüz saydırmasıdır.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Murat Yıldırım, “İlaç Patentlerinde İstemlerin Yorumlanması”, *FMR Dergisi*, C:6, S:2006/2, Y.2006, Ankara, (s.105-140), s.112,113

<sup>53</sup> Noyan, s.229

<sup>54</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu m.94/2 Gereğesi

<sup>55</sup> Noyan, s.228

#### IV. Patent Başvurusunun Bölümleri

Patent başvurusu; başvuru formunu, tarifnameyi, istemleri, resimleri, özeti ve başvuru ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi içerir. (SMK. m.90/1)

Başvuru formunda, buluş başlığı<sup>56</sup>, başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri, başvurunun vekil aracılığıyla yapılması halinde vekilin kimlik ve iletişim bilgileri, varsa rüçhan hakkı talebine ilişkin bilgiler, buluşu yapan veya yapanlar ile ilgili kimlik ve iletişim bilgileri, buluşu yapan kişi isminin gizli tutulmasını istemesi halinde talebe ilişkin beyan, başvuru sahibinin buluşçu olmaması veya buluşçulardan sadece biri veya birkaçı olması halinde, başvuru sahibinin buluşçu veya buluşçulardan patent başvurusu yapma hakkını ne şekilde elde ettiğine ilişkin beyan, erken yayım talebine ilişkin beyan, tarifnamenin hangi dilde sunulduğuna ilişkin bilgi, başvuru ücretinin ödenip ödenmediğine dair bilgi, başvuru ile birlikte araştırma talebinde bulunulması halinde buna ilişkin beyan ve ücretin ödendiğine ilişkin bilgi, başvuru sahibinin veya varsa vekilin imzası<sup>57</sup> ve tarih genellikle yer alır.<sup>58</sup> (SMKY. m.74/1)

Başvuru formu dışında özet, tarifname, istemler, resimlerde patent başvurusuyla birlikte kuruma sunulmalıdır. Bunlardan özellikle

<sup>56</sup> Buluş başlığı konusunda, ürün modeli veya marka gibi terimler yer almamalıdır. Bakınız; Baştürk, s.29

<sup>57</sup> Eğer başvuruda birden çok başvuru sahibi varsa başvuru sahipleri tarafından atanmış ortak temsilcinin veya ortak temsilci atanmaması durumunda başvuru formunda belirtilen ilk başvuru sahibinin ya da başvuru vekil vasıtasıyla yapılmışsa patent vekilinin imzalandığı patent verilmesi talebi başvuruda yer almalıdır. (SMKY. m.74/1-i)

<sup>58</sup> Bununla birlikte çeşitli sebeplerden dolayı başvuru bölünmüş başvuruysa önceki başvurunun numarası, başvuru ek patent başvurusuysa asıl patent başvurusunun numarası, patent başvurusunun gaspı davası neticesinde gerçek hak sahibi başvuruda bulunuyorsa (SMK. m.110/3-b) ilk başvurunun numarası, buluş genetik kaynağa dayanıyorsa bu kaynağın coğrafi kökenine, coğrafi kökeni bilinmiyorsa genetik kaynağın nereden alındığına ilişkin beyan, buluş, genetik kaynakla bağlantılı geleneksel bilgiye dayanıyorsa bu bilginin kaynağının coğrafi kökenine, coğrafi kökeni bilinmiyorsa bilginin nereden alındığına ilişkin beyanlarda yer alır. Ayrıca başvurunun, SMK. m.122 kapsamında kamu kurum veya kuruluşları tarafından desteklenen projelerde ortaya çıkan buluşlara ilişkin olması halinde, destek sağlayan kamu kurum veya kuruluşunun adı yer alır. Uluslararası veya bölgesel anlaşmalar yoluyla ulusal aşamaya giren başvurulardaysa uluslararası veya bölgesel başvuru numarası, yayım numarası ve patent verilmişse patentin verildiğine ilişkin bülten tarihi yer almalıdır. (SMKY. m.74/1)

tarifname ve istemlerin önemli bir rolü bulunmaktadır. Nitekim tarifname ve istemler, hem buluşu ifşa etmeleri hem de patent hakkının sağladığı inhisari hakkın kapsamını çizdikleri için önemli bir işlevi bulunmaktadır.<sup>59</sup> Bu bölümler ne kadar kapsamlı ve uyumlu yazılırsa elde edilen hak o kadar korunaklı olacaktır. Özet bölümüyse uzmanların önceki tekniği araştırmasında ve literatür taraması yapmasında önem arz edeceği için dikkatli bir şekilde yazılmalıdır.

### 1. Özet

Özet bölümü, buluş hakkında bilgi verilmesi amacına hizmet eder. Buluşun özü bu bölümde anlatılmaktadır.<sup>60</sup> Bu bölümde kısaca buluşun konusu, buluşun bağlı olduğu teknik alan ve buluş hakkında öz bir bilgi yer alır.<sup>61</sup>

Özet bölümünde tarifname, istemler ve varsa resimlerin temel özellikleri belirtilip buluşun ilişkili olduğu teknik saha anlatılır.<sup>62</sup> Bu bölümde kısaca buluşun nasıl çalıştığı açıklanabilir.<sup>63</sup> Özet kısmında patent başvurusuyla ilgili genel özelliklerin eksiksiz aktarılmasıysa önem arz etmektedir. Nitekim gerek yeni patent başvurularında gerekse lisans sözleşmelerinde araştırmacılar, özet bölümünü inceleyerek, patent hakkında detaylı bilgi almaktadır.

Patenti inceleyenler özet bölümünü, başvuru konusu buluşa ilişkin diğer patent başvurularını bulmakta kullanmaktadır.<sup>64</sup> Bununla birlikte özet sadece buluş konusunda teknik açıklama amacına yönelik olduğundan, istenilen korumanın kapsamının yorumu ve tekniğinin bilinen durumunun tespiti için kullanılmayacaktır.<sup>65</sup> İstenilen korumanın kapsamı, tarifname ve istemler esas alınarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla özette yazılı olmayan hususlar istemlerle talep edilebilir. Yeter ki istemlerle tarifname arasında uyum olsun.

---

<sup>59</sup> Bently/Sherman, s.352

<sup>60</sup> Durham, s.17

<sup>61</sup> Bently/Sherman, s.353

<sup>62</sup> Öztürk, s.21

<sup>63</sup> Durham, s.17

<sup>64</sup> Bently/Sherman, s.353

<sup>65</sup> Camcı, s.54, Tekinalp, s.577

## 2. Tarifname

Tarifname; patentlenebilir olduğu iddia edilen, patent koruması kapsamına alınması istenen buluşun tarif ve tasvirini içeren, bu buluşun uygulanmasını sağlayacak şekilde açık ve ayrıntılı olarak hazırlanan bir belgedir.<sup>66</sup> Bu bölümde, buluşun; çözdüğü problemi, teknikte neyi yarattığı, diğer buluşlardan farkı ve teknik içerisindeki önemi açıklanır.<sup>67</sup>

Buluşun patentlenmesi için tarifnamede kapsamlı ve yeterli bir şekilde açıklanması gerekir.<sup>68</sup> Bunun için de başvuranın, buluşu uygun bir üslupla, konusunda uzman bir kişinin uygulayabileceği şekilde anlatması ve açıklaması gerekir.<sup>69</sup> Tarifnamede yazılı olmayan veya yeterince açıklanmayan hususlar üzerinde hak talep edilemeyecektir.<sup>70</sup> Açıklamaların yeterli olup olmadığı tarifname, istemler ve varsa çizimler dikkate alınarak değerlendirilir.<sup>71</sup>

Tarifnameyle istemler ise farklı bölümlerdir. Tarifname, buluşu öğreten teknik bir metinken, istem veya istemler ise koruma kapsamını belirlemektedir.<sup>72</sup> Bununla birlikte istemlerin dayanağı tarifname olmaktadır. Bu nedenle istemlerde bahsedilen ancak tarifnamede yer almayan koruma talepleri kabul edilmeyecektir.(SMKY. m.76/8) İstemlerin tarifnameyle desteklenip desteklenmediğini tekniğin bilinen durumu konusunda uzman kişi belirleyecektir. Bu uzman kişi tarifnamede yer alan bilgilerden yola çıkarak rutin metodlarla, deney ve analizlerle istemlerde çizilen koruma sahasının tamamına erişilemeyeceğine kanaat getirirse istemlerin, tarifnamenin kapsamını aştığı kabul edilir.<sup>73</sup> Aksi taktirde istemlerin, tarifname tarafından desteklendiği

<sup>66</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız Onur Ünal, "Patent Hukukunda İstemler", İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.25

<sup>67</sup> Bently/Sherman, s.354

<sup>68</sup> Buluşun tarifnamede yeterli bir şekilde açıklanması değerlendirilirken başvuranın konusunda uzman kişiye buluşu uygulayabilecek derecede açık ve yeterli bilgiyi tarifnamede verip vermediği değerlendirilir. Bak; Bently/Sherman, s.489

<sup>69</sup> Durham, s.19

<sup>70</sup> Baştürk, s.28

<sup>71</sup> Guidelines for Examination in the European Patent Office, November, 2018, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm>, (E.T. 23.12.2018), s.605

<sup>72</sup> Ünal, s.25

<sup>73</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ahmet Kayakökü, Patent Başvurusu, Seçkin Yayınevi,

kabul edilecektir. Burada bir nevi tarifnamenin istemi kapsamadığı yönündeki ispat yükünün uzmanın üstüne bırakıldığı söylenebilir.

Tarifnameyle buluşun teknik yönü anlatılmaktadır. Bu anlatım makul bir kişinin anlayacağı şekilde hazırlanmasına gerek yoktur. Uzman bir kişinin anlaması yeterlidir. Ancak anlatımın açık ve ayrıntılı olması elzemdir.

### 2.1. Tarifname Yazım Tekniği

Tarifname, buluş konusunun ilgili olduğu teknik alanda uzman bir kişi tarafından buluşun uygulanabilmesini sağlayacak nitelikte, açık ve ayrıntılı olarak yazılmalıdır. (SMKY. m.75/1) Buluş hakkında bilgi veren bir metin olduğu için tarifname teknik bir dille yazılabilir.

Tarifname hazırlanırken içeriğe dikkat edilmelidir. Tarifnamenin içeriği çok dar hazırlırsa, patentle korunmak istenen buluş korunamayacaktır. Tarifnamenin kapsamı geniş hazırlırsa bu seferde patentle korunmak istenen buluşa patent verilemeyecektir. Ayrıca hatalı tarifnelere dayanılarak tanınan patentler hükümsüz kılınabilecektir. Bununla birlikte buluşun parçalarında ufuk değişiklikler yapılması halinde de buluş taklit edilebiliyorsa bu olasılıklarda dikkate alınarak tarifname kapsamlı bir şekilde yazılmalıdır. Örneğin 3/8" dişliyle 5/8" dişli kullanımı arasında fark yoksa tarifname, her iki tip dişliyi de koruma altına alacak bir üslupla yazılmalıdır. Böylelikle buluş kolaylıkla taklit edilemeyecektir.

Tarifnamenin yazımı genellikle buluşun arka planı açıklanarak başlamaktadır. Arka plan açıklanırken tekniğin bilinen durumu, patent veya diğer basılı kaynaklara atıflar yapılarak, açıklanabilir.<sup>74</sup> Burada yapılan açıklamalar özellikle araştırma raporu ve inceleme sürecinde önem arz edecektir. Daha sonra ise buluş açıklanır. Buluş açıklanırken teknikteki sorunlar ve buluşun teknikteki sorunları nasıl çözdüğü açıklanmalıdır.<sup>75</sup>

Tarifname hazırlanırken buluşun özellikleri gizlenmemeli, ayrıntılı ve açık bir dille hazırlanmalıdır.<sup>76</sup> Nitekim buluşun özelliklerinin

1.Baskı, Ankara, 2017, s.140

<sup>74</sup> Bently/Sherman, s.354

<sup>75</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bently/Sherman, s.354

<sup>76</sup> Baştürk, s.28



gizlenmesi halinde buluş patentlenemeyebilir. Yine muğlak ve yüzeysel ifadelerden dolayı patent başvurusu talebi reddedilebilir. Bu süreçte başvuranın, tarifnameyi hazırlarken önemli bilgileri gizlememesi ve iyi niyetli, dürüst bir şekilde buluşu açıklaması beklenir.<sup>77</sup> Bununla birlikte tarifnameyi konusunda uzman kişi değerlendireceği için genel olarak bilinen özelliklerin detaylı bir şekilde açıklanmasına gerek yoktur. Ancak uzman kişinin buluşu uygulayabilmesi için gerekli bir bilgi varsa bunun açıklanması gerekir.<sup>78</sup>

Tarifnamenin, istemler bölümüne dolayısıyla patentin korunmasına da önemli etkileri bulunmaktadır. Tarifname istemlerin dış sınırlarını belirlemektedir. Bu nedenle istemden daha geniş bir alanı kapsayabilir ancak istemlerden daha dar bir alanı ifade etmemelidir.<sup>79</sup> Aksi halde istemlerin dayanağı tarifname olduğu için dayanaksız istem korunmayacaktır.

Tarifnameyi değerlendiren uzmanın nitelikleri de önem arz etmektedir. Uzmanın algılama ve kavrama yeteneğinin tarifnamenin incelenmesinde önemli bir rolü bulunmaktadır.<sup>80</sup> Konusuna vakıf olan bir uzman tarifnameyi başarılı bir şekilde değerlendirebilecektir.

## 2.2. Tarifnamenin Bölümleri

Tarifnamenin anlaşılır olması için tarifnamede; buluş başlığı, teknik alan, tekniğin bilinen durumu, buluşun çözümünü amaçladığı teknik problemler, resimlerin açıklanması, buluşun açıklanması, buluşun sanayiye uygulanma biçiminin açıklanması gerekir.<sup>81</sup> (SMKY. m.75/1)

<sup>77</sup> Camcı, s. 53

<sup>78</sup> Guidelines for Examination in the European Patent Office, November, 2018, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm>, (E.T.23.12.2018), s.621

<sup>79</sup> Ünal, s.26

<sup>80</sup> Doktrinde istemin yorumu konusunda ihtilaf halinde, mahkemelerin, tarifnameyi yorumlayan uzmanın algılama ve kavrama yeteneğini de değerlendirdiği belirtilmiştir. Mahkemeler uzmanın yeteneklerini dikkate alarak uzmanın tutum ve kararlarını değerlendirir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Camcı, s.52,53 Kanımızca tarifnameyi değerlendiren uzman tekniğin bilinen durumuna vakıf olmadan patent verilebileceğini belirtirse mahkeme ihtilaf konusu patentin hükümsüzlüğüne karar verebilir.

<sup>81</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; TÜRKPATENT, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T.10.11.2018), s.7 vd.

Bu bölümlere değinirsek; tarifnamenin başlangıcında buluşu tanımlayan buluş başlığı yer alır. Buluş başlığının patent başvurusuyla uyumlu olması gerekir. Diğer bir bölüm olan teknik alan bölümünde buluşun hangi alanla ilgili olduğu kısaca açıklanır.

Tekniğin bilinen durumu alanı ise patent başvurusuna konu buluşun patentlenebilirliği açısından önem arz eden bir diğer başlıktır. Tekniğin bilinen durumu başlığı altında mevcut teknik hakkında bilgi verilir. Ayrıca bilinen tekniğin karşı karşıya kaldığı sorunlar, yetersizlikler, dezavantajlar istenmeyen durumlar anlatılabilir.<sup>82</sup> Tekniğin bilinen durumu alanında yurt içi ve yurt dışındaki patent/patent başvurusu koruması bulunan veya herhangi bir koruma kapsamında olmayan benzer buluş, teknoloji ya da ürünler anlatılabilir.<sup>83</sup> Kanımızca özellikle yurtdışında faydalı modelle korunan benzer buluşlarında açıklanmasında fayda vardır.

Patent başvurusu sahibi sadece kendi bildiği tekniği açıklamalıdır. Patent başvurusundan önce detaylı bir araştırma yaparak Dünya’da bilinen tekniği tespit etmelidir. Nitekim TÜRKPATENT sadece başvuranın bildirdiği teknik açıklamalara bağlı değildir. Kendisi de araştırma yapacaktır. Bu nedenle sadece başvuranın teknik açıklamalarına göre değil, topluma yapılan açıklamalara göre değerlendirme yapılacaktır.<sup>84</sup> Kanımızca patent başvurusunda bulunanın kapsamlı bir araştırma yapıp bilinen tekniği ayrıntılı bir şekilde açıklaması, buluşun patentlenmesi açısından önem arz etmektedir. Böylelikle başlangıçta buluş sahibi açısından yeni olan bir buluşun gerçekten yeni olup olmadığı belirlenebilecektir. Ayrıca inceleme sırasında yenilik ve buluş basamağı değerlendirmesi daha kolay bir şekilde yapılacak, mevcut teknikle başvuru konusu arasındaki farklar anlaşılacaktır. Bilinen teknik anlatılırken mevcut patent başvuruları veya patentlere atıflar yapılarak açıklamalarda bulunulabilir.<sup>85</sup> Yine buluşun alanında yayımlanmış olan makale, kitap, tez, inceleme gibi çalışmalar varsa bunlara da yer verilmelidir. Nitekim TÜRKPATENT değerlendirmeyi yaparken yayımlanmış eser ve incelemeleri de dikkate almaktadır.

<sup>82</sup> Baştürk, s.29

<sup>83</sup> TÜRKPATENT, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T. 10.11.2018), s.7

<sup>84</sup> Öztürk, s.22

<sup>85</sup> Öztürk, s.22

Buluşun çözümünü amaçladığı teknik problemler bölümündeysen buluşun, tekniğin bilinen durumundaki teknoloji ya da ürünlere kıyasla getirdiği yenilikler, sağladığı avantajlar, ortadan kaldırdığı dezavantajlar veya çözdüğü problemler anlatılmalıdır.<sup>86</sup> Bu bölüm patent korumasının kapsamını belirlemede çok önemlidir. Açıklama teknik problemi ve bunun çözümünü belirtir şekilde kaleme alınmalıdır.<sup>87</sup> Yapılan açıklamalar istemlerle de uyumlu olmalıdır

Resimlerin açıklanması bölümündeysen resimlerin her birinin kısa tanımı yapılır, resimlerde yer alan parçaların numaraları ve tanımları açıklanır. (SMKY. m.75/1-d) Bu bölümde başvuruda şekiller varsa bu şekiller ve şekillerdeki referansların açıklanması gerekir. Buluşun açıklanması bölümündeysen buluş ayrıntılı bir şekilde açıklanmalıdır. Patentle korunması istenen buluş, hiçbir şüpheye ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde, örnekler verilerek, varsa resimlere atıfta bulunularak ayrıntılı olarak açıklanabilir.(SMKY. m.75/1-e)

Buluşun sanayiye uygulanma biçimindeysen buluşun sanayide ne şekilde kullanılacağı açıklanmalıdır. Bu bölümde buluşun sanayide kullanımı, uygulanması veya yararlanılması anlatılabilir.(SMKY. m.75/1-f) Buluşun sanayiye uygulanması anlatılırken abartılı ifadelerden ve sübjektif görüşlerden kaçınılmalıdır.<sup>88</sup>

### 3. İstemler

İstem, buluş sahibinin SMK ile koruma altına alınmasını istediği, bir ihtiyaca cevap veren, sanayide uygulanabilir çözümün veya ana(bağımsız) çözüm yanında yan ve bağlı çözümlerin açıklanması, tanımlanmasıdır.<sup>89</sup> Buluşun teknik özellikleri istemlerle tanımlanmaktadır.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> TÜRKPATENT, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, [http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications\(E.T.10.11.2018\), s.7 vd.](http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications(E.T.10.11.2018), s.7 vd.)

<sup>87</sup> Öztürk, s.23

<sup>88</sup> Noyan, s.219

<sup>89</sup> Tekinalp, s.576

<sup>90</sup> Guidelines for Examination in the European Patent Office, November, 2018, [https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm, \(E.T. 23.12.2018\), s. 633](https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm, (E.T. 23.12.2018), s. 633)

İstemler, koruma çevresinin tayininde esas alınan, normatif nitelik taşıyan açıklayıcı bir unsurdur.<sup>91</sup> Geleneksel olarak merkezi istem tipi ve çevresel istem oluşturma sistemi olmak üzere iki tip istem tipi bulunmaktadır. Merkezi istem oluşturma sisteminde, istemlerle patentli buluşun özü tanımlanmakta olup korumanın kapsamıysa buluş sahibinin tekniğin ilgili olduğu alana yaptığı katkının gerçek etkisine bağlıdır.<sup>92</sup> Çevresel istem sistemindeyse istem, merkeze değil, koruma kapsamı sınırlarını çizecek şekilde etrafına yani çevresine yerleştirilmektedir.<sup>93</sup> Bu sistemde koruma kapsamını ve sınırlarını istem çizdiği için itinalı bir şekilde hazırlanmalıdır. Günümüzdeyse bu sistemlerin hangisinin uygulandığı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte herhangi bir sistemin tek başına kullanıldığı da pek görülmemektedir.<sup>94</sup>

Patentle korunmak istenen buluşun yapısı, istemlerde açık, öz ve mantıklı bir dille anlatılmalıdır.<sup>95</sup> İstemlerde belirtilmeyen hususlar koruma kapsamı dışında kalacaktır. Dolayısıyla bir patentin tecavüzü vuku bulduğunda eksik bildirilen istemler nedeniyle yeterli savunma yapılamayacaktır. Bu nedenle istemler hazırlanırken dar kapsamlı yazılmamalıdır. İstemlerin çok geniş ifadelerle yazılması da buluşun korunmasına yardımcı olmayacaktır. Nitekim geniş kapsamlı istemlerde, gerek istemin açıklık ve belirlilik unsurunu yerine getirilmesinin güç olması gerekse de tekniğin bilinen durumunun daha geniş bir ölçekte değerlendirilmesi nedeniyle, patent verilmesi güçleşecektir.<sup>96</sup> Kanımızca istemler ne çok geniş kapsamlı ne de çok dar kapsamlı yazılmalıdır. Buluşla korunmak istenen özellikler dikkate alınarak itinalı bir şekilde hazırlanmalıdır.

Patent istemlerinin hükümsüzlük davalarına önemli etkileri bulunmaktadır. Nitekim yerel mahkeme, bir çay setine ilişkin faydalı modelin hükümsüzlüğüne ilişkin davada, dava konusu faydalı model belgesinin (2-6 no.lu) bağıl istemlerinin Patent Haklarının Korunma-

<sup>91</sup> Ali, Necip Ortan, Avrupa Patent Sistemi C.1, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi, 1.Baskı, Ankara, 1991, s.190

<sup>92</sup> Kamer Aydınalp, "Patent İstemlerinin Eşdeğerler Doktrini Kapsamında Değerlendirilmesi", Türk Patent ve Marka Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011, s.14

<sup>93</sup> Kayakökü, s.118

<sup>94</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aydınalp, s.14, Kayakökü, s.118,119

<sup>95</sup> Pressman, s.9/2

<sup>96</sup> Dargaye Churnet, "Patent Claims Revisited", 11 Nw. J. Tech. & Intell. Prop, Volume: 11, Issue: 6, Y.2013, (s.501 - 540), s.504

sı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PAT. KHK.) uygulama şeklinin gösterir yönetmeliğin 9. Maddesine ve PAT. KHK. m.155 uygun olmadığı gerekçesiyle faydalı modelin hükümsüzlüğüne, sicilden terkinine, ilan talebinin reddine karar vermiştir. Yargıtay'da bu kararı onamıştır.<sup>97</sup> Patent istemleri patent hakkına tecavüz davaları açısından da önem arz etmektedir. İstemler koruma alanını belirlediğinden, istemler kapsamındaki bilginin aynen veya eşdeğeriyle kullanımı, patentin tecavüzü sonucunu doğuracaktır.<sup>98</sup> Mahkemeler de patentin tecavüzü değerlendirilmesini yaparken istemlerle belirlenen sınırlamaları esas almaktadır. Eğer istemlerin kapsamı dışında bir kullanım varsa patentin tecavüzü söz konusu olmayacaktır.<sup>99</sup> İstemlerin kapsamı içerisinde bir kullanım varsa patentin tecavüzü söz konusu olabilir. Bu nedenle yargılama sırasında istemlerin kapsamının dikkatli bir şekilde yorumlanması gerekir.

İstemlerin kapsamının tespiti, patent sahibi için buluşunun korunması bakımından diğer kişiler içinse haksız tekele yol açılmaması bakımından gereklidir.<sup>100</sup> İstemlerle buluş sahibinin patentten beklediği hak koruma altına alınacaktır. Üçüncü kişilerse hangi hususların koruma altında olduğunu bilecektir. İstemler mevcut teknolojik bilginin aktarılmasında da önemli bir işlevi vardır. Teknoloji üzerinde çalışanlar hangi konularda çalışıldığını istemler aracılığıyla öğrenecektir.

İstemler hazırlanırken buluşun özü göz önünde tutulmalı, makul sayıda ve buluş özellikleri ayrıntılı şekilde belirtilecek sayıda yazılmalıdır.(SMKY. m.76/6) Birden çok istem varsa bu istemler sırayla numaralandırılır.

### 3.1. İstem Yazım Teknikleri

İstem veya istemler, patentle korunması istenilen buluşun unsurlarının tanımlandığı bölümdür.<sup>101</sup> Buluşla elde edilmek istenen inhisari hak istemler yoluyla talep edilmektedir.<sup>102</sup> Başvuru sahibi patentle ko-

<sup>97</sup> Yargıtay 11.H.D. 27.09.2010 Tarihli E.2009/2892, K. 2010/9275 sayılı kararı aktaran Güneş, Patent ve Faydalı Model, s.56

<sup>98</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.75

<sup>99</sup> Yıldırım, s.108

<sup>100</sup> Noyan, s.221

<sup>101</sup> Baştürk, s.29

<sup>102</sup> Öztürk, s.23

rumak istediği noktaları tek tek istemlerde belirtmelidir. Bu konularda ayrıntılara girmesinde de fayda vardır. Örneğin bir tür dişli, patentle korunmak isteniyorsa çapı, boyutları gibi teknik özellikleri anlatılmalıdır.

İstemlerde korunması istenilen buluş konusunun teknik özellikleri tanımlanır.(SMKY. m.76/1) Başvuruda tek bir istem olabileceği gibi birden fazla istemde olabilir. Burada önemli olan istemlerle buluşun açıklanmasıdır. İstemler yazılırken genellikle ilk önce geniş kapsamlı bir istemle, buluşun teknik olarak ayırt edici özellikleri belirtilir. Bu genel istemden sonra ise daha dar kapsamlı bağımlı istemler yazılır.<sup>103</sup>

Bir istemin nasıl yazılması gerektiği de yönetmelikte düzenlenmiştir. (SMKY. m.76/2) Düzenlemeye göre her istem tek cümle halinde yazılır. Bu istemler genellikle iki bölümlü olarak yazılmaktadır. Bu bölümler korunması istenen konuyu oluşturan hususların tanımlanması için gerekli olan, fakat bir araya geldiklerinde tekniğin bilinen durumunun bir kısmını oluşturan bölüm ve bu bölüm ile bir araya geldiğinde korunması istenen teknik özellikleri özlü bir şekilde belirten karakterize edici bir bölümden oluşmaktadır.<sup>104</sup> (SMKY. m.76/2) Doktrinde ise ilk bölüme giriş bölümü, sonraki bölüme ise gövde bölümü denilmektedir.

Buluşun tanımlandığı ve tekniğin bilinen durumuyla ilgili bilgi verildiği giriş kısmında; buluşun cinsi (ürün, usul aparat cihaz gibi...), buluşun amacı, tekniğin bilinen durumunda mevcut olan ve buluşu tanımlamak için gereken teknik özellikler ve buluşun harici maddeler üzerinde nasıl faaliyet gösterdiği belirtilmelidir.<sup>105</sup> Giriş kısmında buluşun sınıfı ve isteğe bağlı olarak buluşun önceki özellikleri, amacı veya alanı anlatılabilir.<sup>106</sup> Doktrinde giriş kısmının bazen istemin kapsamını sınırlandıran bir nitelikte yazılabileceği, bazense herhangi bir yasal etki doğurmayan sadece basit bir giriş şeklinde yazılabilece-

<sup>103</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Bently/Sherman, s.356

<sup>104</sup> Doktrinde bu yöntem Jepson Tipi İstemler olarak anılmaktadır. Uzmanlar istemleri Jepson Tipiyle rahatlıkla okuyup anlayabilecektir. Pressman, s.9/4 Diğer istem yazım formatları için bakınız Durham, s.56 vd.

<sup>105</sup> Kayakökü, s.148

<sup>106</sup> Aydınalp, s.18 Yazar giriş kısmına örnek olarak; "Bir cihaz olup, özelliği", "Bir usul olup, özelliği...", "X proteinini içeren bir karışım olup, özelliği..." şeklinde örnekler vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aydınalp, s.18



ği belirtilmiştir.<sup>107</sup> Gövde kısmındaysa buluşun koruma talep edilen teknik unsurları yazılmakta ve buluşu meydana getiren bileşenler ve bu bileşenlerin birbiri ile yapısal, fonksiyonel ya da fiziksel etkileşimleri açıklanmaktadır.<sup>108</sup> Özellikle buluşun tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan ve buluşun yeni olan özellikleri gövde kısmında yazılmalıdır.<sup>109</sup> Bu bölüm yazılırken buluşu meydana getiren bileşenlerin nasıl bir araya getirileceği de anlatılmalıdır.

Bu iki kısmı birbirine bağlayan geçiş ifadeleri de yer alabilir. Bu durumda, bölümleri birbirinden ayırmak amacıyla “içeren, karakterize edilen, içeriği, -den oluşan, -den ibaret olan, olup özelliği, ayırt edici özelliği” ifadeleri ya da aynı anlama gelecek herhangi başka bir ifade kullanılabilir. (SMKY. m.76/2)<sup>110</sup>

İstemler yazılırken açık ve öz ifadelerin<sup>111</sup> kullanılması gerekir. Açıklıktan kasıt istemin anlaşılabilir olmasıdır.<sup>112</sup> Karmaşık, çelişkili, belirsiz ifadeler kullanılmamalıdır. Özellikle mükemmel, kusursuz gibi göreceli ifadeler her kişinin bakış açısına göre değişeceğinden istemler yazılırken kullanılmamalıdır.<sup>113</sup> Nitekim bu ifadeler objektif değil subjektif yaklaşımların sonucu doğmaktadır.

Başvuranlar çok fazla istem yazarak patentlerini daha iyi korunabileceğini de düşünmektedirler. Oysa istem sayısının fazla olmasından ziyade itinalı bir dille yazılmış tek bir istem daha geniş bir alanda koruma sağlayabilecektir.<sup>114</sup> Yine uzun cümleler yerine kısa ifadeler

<sup>107</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız Durham, s.20

<sup>108</sup> Kayakökü, s.149

<sup>109</sup> Aydınalp, s.19

<sup>110</sup> Doktrinde bu ifadeler “içermesidir”, “içeren” gibi açık uçlu kalıp veya “-den oluşan” gibi kapalı uçlu kalıplar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Açık uçlu kalıplarla istemde belirtilen özelliklere ilave olarak belirtilmemiş ifadeler de korunabilmekteyken, kapalı uçlu kalıplarda istemde ilave olarak açıkça belirtilmemiş özellikler bu istemin kapsamında korunamamaktadır. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bakınız; Aydınalp, s.18,19

<sup>111</sup> Doktrinde istemlerin öz ve açık olmasının özellikle patent hakkına tecavüz davalarında önemli bir işlevi olacağı belirtilmiştir. Nitekim öz ve açık olmayan istemlerin varlığı halinde patent hakkının sınırları belirlenemeyecektir. Bu durumda üçüncü kişinin fiilleriyle patent hakkına tecavüz edip etmediği tartışmalarına sebebiyet verecektir. Bently/Sherman, s.495

<sup>112</sup> Doktrinde birçok istemin kabul edilmemesinin nedeni olarak kelimelerin yanlış kullanılması gösterilmiştir. Pressman, s.9/11

<sup>113</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kayakökü, s.133

<sup>114</sup> Pressman, s.9/6

kullanılmasında fayda vardır. Uzun ifadeler istemin anlaşılmasını güçleştirecektir.<sup>115</sup> Ayrıca istemler yazılırken bir istemde yazılan hususların diğerlerinde de tekrar edilmesinden kaçınılması gerekir.<sup>116</sup> Makul sayının üzerinde de istem yazılmaması gerekir. Aksi halde istemler anlaşılmaz bir hal alabilir.<sup>117</sup>

Öz ifadeden kasıt ise korunmak istenen hususun detaylara boğulmadan net bir şekilde açıklanmasıdır. Dolayısıyla istemlerin koruma kapsamının belirlenmesini gereksiz yere zorlaştırmayacak şekilde ifade edilmesi gerekir.<sup>118</sup> İstemlerin öz olması için muğlak ifadeler ile tekrar eden ifadeler de kullanılmamalıdır.<sup>119</sup>

İstemlerdeki ifadelerin açık ve öz olması konusunda kesin kriterler kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle somut olayda değerlendirme yapmak gerekir. Bununla birlikte değerlendirmeyi yapacak kişiler, konusunda uzman kişiler olacağından, onlar için istemlerin açık ve öz olması yeterlidir.<sup>120</sup> Sıradan bir kişinin anlayamayacağı istemdeki ifadelerin uzman kişi tarafından anlaşılması mümkündür.

İstemler hazırlanırken patent koruması alınacak buluşa yönelik bilgiler, açıklamalarla desteklenmeli ve buluşla bağlantısı belirtilmelidir.<sup>121</sup> Net bir dille buluşun korunacak unsurları ifade edilmeli<sup>122</sup> ve koruma talep edilen özellikler açıklanmalıdır. Bununla birlikte istemlerde buluşu tanımlayan asli unsurlara ilişkin bilgi verilmesi yeterli olacaktır. Bisikletin tekerlekleri olması gibi herkesçe bilinen unsurların açıklanmasına gerek yoktur.<sup>123</sup> İstemler hazırlanırken buluşun sağladığı fayda veya buluşun kullanımının sonuçları ise açıklanmamalıdır. Örneğin "buluş bir kilit olup özelliği kırılmamasıdır." şeklinde bir istem yazılmamalıdır. Bunun yerine bu kilidin teknik tasviri yapılmalı ve teknik özellikleri anlatılmalıdır.

<sup>115</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kayakökü, s.132

<sup>116</sup> Barış Atalay, Patent Hukukunda İstem Yazım Teknikleri, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2017, s.127

<sup>117</sup> Guidelines for Examination in the European Patent Office, November, 2018, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm>, (E.T. 22.12.2018), s.664

<sup>118</sup> Kayakökü, s.136,137

<sup>119</sup> Kayakökü, s.137

<sup>120</sup> Bently/Sherman, s.495

<sup>121</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Camcı, s.53

<sup>122</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.75

<sup>123</sup> Öztürk, s.26

İstemlerin dayanağıysa tarifnamedir.<sup>124</sup> Tarifnamede açıklanmayan bir husus istemlerde talep edilemeyecektir. Tarifnameyle istem arasında mutlak bir uyumun olması gerekir. Mutlak uyumdan kasıt tarifnamedeki cümlelerin aynısının istemlerde de yazılması değildir. Tarifnameyle istemlerin örtüşmesi için istemde koruma talep edilen sahanın, tarifnameye göre buluşun tekniğın bilinen durumuna sağlamış olduğu katkıyla örtüşmesi gerekir.<sup>125</sup> Bu konu patent başvurularında oldukça karıştırılmaktadır. Karışıklıkların önlenmesi amacıyla patent başvurularında tarifnameyle istemler arasındaki uyum tekrar tekrar kontrol edilmelidir.

İstemler teknik bilgileri içermektedir. Bu nedenle ilgili teknik alanda uzman bir kişinin anlayacağı şekilde teknik bir dille düzenlenmesi yerinde olacaktır. Özellikle buluşu oluşturan parçaların nasıl bir araya getirileceği teknik bir dille anlatılmalıdır. Patent başvurusunun ticari başarısı, ekonomik getirileri veya varsa markasına ilişkin açıklamalar ise yapılmamalıdır. Nitekim bu açıklamalar patent başvurusunda dikkate alınmayacaktır. Önemli olan istemle talep edilen korumanın teknik sınırınıdır. Bununla birlikte başvuran istemi yazarken herkesçe ortak kullanılan terimlere başka anlamlar da yüklemiş olabilir. Bu nedenle istemler yorumlanırken terimlerin özel anlamları dikkate alınarak yorumlanmalıdır.<sup>126</sup>

İstem, başvurunun kapsamını aşmaması gerekir. İstemler, koruma sınırını belirlediği için hazırlanırken itinalı davranılmalıdır. Aksi halde patent hükümsüz davalarına konu edilebilir.

### 3.2. Bağımsız İstem - Bağımlı İstem - Çoklu Bağımlı İstemler

İstemler; bağımsız istem, bağımlı istem ve çoklu bağımlı istem olmak üzere üç şekilde düzenlenebilir.

Bağımsız istem, başka isteme atıfta bulunmayan ve buluşu bütünüyle işlevsel olarak tanımlayan istemdir.<sup>127</sup> Bu istemlerde buluşun

<sup>124</sup> İstemlerin mutlaka tarifnameyle desteklenmesi gerekir. Doktrinde tarifnameyle istemler arasındaki uyum sayesinde neyin icat edildiği ile neyin korunmasının talep edildiği arasında bağlantı kurulacağı belirtilmiştir. Bently/Sherman, s.496 Kayakökü, s.141

<sup>126</sup> Karauz Ağah Kürşat, Cenkeci Esra, İlaç Patentinin Sağladığı Hukuki Koruma, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:2, Y.2014, (s.109-139), s.125

<sup>127</sup> Güneş, Patent ve Faydalı Model, s.57

tüm esaslı özellikleri yer almalıdır.(SMKY. m.76/3) Bağımsız istemler tek başlarına buluşu tanımlar ve başka bir isteme atıfta bulunamaz.<sup>128</sup> Bağımsız bir istemi bağımlı istemler takip edebilir. Bağımsız isteme bağlı tek bir istem veya birden fazla bağımlı istemde yazılabilir. Bununla birlikte tek bir bağımsız istem yazılabileceği gibi birden fazla bağımsız istemde yazılabilir. Buluş bütünlüğüne ilişkin SMK. m.91/1 ve 2 hükümleri saklı kalmak kaydıyla SMKY. m.76/5'deki koşulların gerçekleşmesi halinde ürün, yöntem, aparat veya kullanım kategorilerinde aynı kategoriye ait birden fazla bağımsız istem yer alabilir. Bu hususta SMKY. m.76/5'de "a) birden çok birbiriyle ilişkili ürünün bulunması. b) bir ürünün ya da aparatın farklı kullanımlarının bulunması, c) belirli bir probleme alternatif çözümler üretilirken bu alternatiflerin tek bir istemde korunmasının uygunsuz olması" şeklinde üç koşul sayılmıştır. Bu koşullardan birinin gerçekleşmesi yeterlidir.

Bağımlı istemlerse bağımsız istemlere atıfta bulunan ve onun özelliklerini benimseyen istemlerdir.<sup>129</sup> Genellikle bağımsız istemleri açıklamakta kullanılmaktadır.<sup>130</sup> Bağımlı istemlerle bağımsız istemde talep edilen özellikler daha açık ve net bir biçimde belirtilmiş olur.<sup>131</sup> Bağımlı istemlerin bağımsız isteme bağlı bulunduğu tüm özellikleri içermesi gerekir. Bu nedenle bağımlı istemlerin başlangıcında bağımsız isteme atıfta bulunulması ve sonra da korunması istenilen ilave teknik özelliklerin belirtilmesi gerekir. Birde çoklu bağımlı istemler bulunmaktadır.

Çoklu bağımlı istemler, bağımlı istemlerin özelleştirilmiş bir alt kümesi olup, bir istemin tek bir isteme değil, birden çok isteme bağlı olması durumudur.<sup>132</sup> SMKY. m.76/4'de çoklu bağımlı istemlere ilişkin düzenleme yapılmıştır. İlgili düzenlemeye göre "bir bağımlı istemde birden fazla isteme "veya" ifadesi kullanılarak ayrı ayrı atıfta bulunulabilir." Bağımlı istemler gibi, çoklu bağımlı istemlerde kendisine bağlı istemin kapsamını daraltmaktadır.<sup>133</sup>

<sup>128</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.77

<sup>129</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.77

<sup>130</sup> Doktrinde bağımlı istemin, bağlı bulunduğu istemin unsurlarını taşıdığı ve bağlı bulunduğu isteme ya bir veya daha fazla unsurla geliştirdiği ya da daralttığı belirtilmiştir. Bak; Pressman, s.9/21

<sup>131</sup> Öztürk, s.27

<sup>132</sup> Kayakökü, s.153

<sup>133</sup> WIPO, Patent Drafting Manuals, IP Assets Management Series, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo\\_pub\\_867.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo_pub_867.pdf), (E.T.16.11.2018), s.82

### 3.3. İstemlerin Yorumlanması

İstemlerin yorumlanması patentin koruma sınırlarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.<sup>134</sup> Nitekim patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın kapsamı istemlerle belirlenecektir. (SMK. m.89/1)

İstemlerin yorumlanması konusunda kanunda belirli bir ölçüt belirlenmiştir. SMK. m.89/3 gereği istemler, başvuru veya patent sahibine hakkı olan korumayı sağlayacak ve üçüncü kişilere de korumanın kapsamını makul bir düzeyde belirleyecek şekilde yorumlanır. İlgili düzenlemeye göre istemler yorumlanırken patent sahibi ve üçüncü kişiler göz önüne alınarak yorumlanmalıdır.<sup>135</sup> Yorumla hem patent sahibinin patent hakkından beklediği menfaat korunmalı hem de üçüncü kişiler açısından patent hakkının sınırları belirlenmelidir. Bununla birlikte patent istemlerinin yorumlanmasının; kullanılmış teknik kavramları açıklama, buluşun önemi ve tesir alanı, eşdeğer uygulama şekillerinin saptanması amaçlarına da hizmet edeceği doktrinde belirtilmiştir.<sup>136</sup>

İstemler yorumlanırken tarifname, çizim ve resimlerden de faydalanılabilir. Ancak burada esas dikkate alınması gereken istemdir. İstem ile tarifname, çizimler ve resimler arasında fark varsa istem esas alınmalıdır.<sup>137</sup> Bununla birlikte bazı istemler tarifnamede yer alabilir, ancak istemler bölümünde bahsedilmemiş olabilir. Bu durumda bahsedilmeyen istem, tarifnamede yer alsa bile korunmayacaktır.<sup>138</sup> Hatta buluşu yapan tarafından düşünülüp istemlerde belirtilmeyen bu unsurlar, uzman bir kişinin tarifname ve resimleri değerlendirmesi neticesinde ortaya çıksa da, SMK. m.89/2 gereği istemlerde talep edilmediği için yine korunmayacaktır.

İstemler yorumlanırken başvuru sahibinin açıklamalarına bağlı kalmak kaydıyla patentle korunmak istenen buluşun sınırları belir-

<sup>134</sup> Doktrinde de patentlenen buluşun tanımının istemler tarafından yapıldığı, bu yüzden bir patentin geçerli olup olmadığı veya patent hakkına tecavüzün söz konusu olup olmadığı incelenirken istemlerin yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Durham, s.49

<sup>135</sup> Karauz/Cenkci, s.125

<sup>136</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ortan, Avrupa C.1, s.190

<sup>137</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tekinalp, s.605

<sup>138</sup> Suluk/Karasu/Nal, s.262

lenmelidir. Bu belirlenen sınırların üçüncü kişilerce anlaşılır da olması gerekir. Yorum yapılırken belirsizlik yaratılmamalıdır. Yine çok geniş yorumlarda da bulunulmaması gerekir. İstem yorumunda esas alınan ölçüt başvuranın ifadeleridir.

İstemler, Türkçe olarak yazılmakla birlikte teknik bir dil içerdiği için anlaşılması güçtür. Bu nedenle istemlerde teknik dil kullanılması muğlak ve belirsiz ifadelerle sebebiyet verebilir. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere istemlerde teknik bir dil kullanılmasının temelinde iki sebep bulunmaktadır. Bunlardan ilki patentle teknik alanda teknolojik ilerleme gerçekleştiği için mecburen teknik bir dil kullanılmasıdır.<sup>139</sup> İkincisiyse istemlerde basit ifadeler kullanılması halinde buluşla korunmak istenen husus değil, daha kapsamlı veya daha dar bir koruma sağlanacak olmasıdır.<sup>140</sup> Nitekim teknik kavramlarla korunmak istenen hususlar spesifik olarak belirlenebilir. Oysa günlük hayattaki ifadelerle böyle bir açıklama yapılması güçtür. Bu nedenle patentle korunmak istenen alan muğlak kalabilir.

İstem yorumlanması uzmanlar tarafından yapılmaktadır. Uzman istemi yorumlarken sözel anlama bağlı kalmayacak yerine teknik probleme çözüm öneren ve buluşun altında yatan amacı değerlendirecektir.<sup>141</sup> İstemler, uzman tarafından yorumlanırken istemin objektif anlamı dikkate alınacak, başvuranın sübjektif yaklaşımı dikkate alınmayacaktır.<sup>142</sup> Bu nedenle başvuranın anlaşılır ve ihtilafa yer vermeyecek ifadeler kullanması önem arz etmektedir.

### 3.4. Eşdeğerlik Doktrini

Patent korumasının sınırlarını kural olarak istemler belirlemektedir. Ancak istemlerle her hususun detaylı bir şekilde korunması oldukça güçtür. Patentli taklit isteyenler, istemlerdeki korumaları dolanıp patenti taklit edebilir. İşte bu nokta da eşdeğer unsur doktrini devreye girmektedir.

<sup>139</sup> Durham, s.49

<sup>140</sup> Örneğin yüze de kullanılabilecek olan bir kremin varlığı halinde kozmetik emülsiyon yerine el losyonu ifadesi kullanılırsa, sadece el için kullanılacağı anlaşıldığı için, dar bir koruma sağlanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Durham, s.50

<sup>141</sup> Güneş, Patent ve Faydalı Model, s.54

<sup>142</sup> Kaya, s.180 Doktrinde uzman kişinin istemleri yorumlarken hataları ve sorunları tespit etmeye çalışarak değil, yapıcı biçimde tarifnameye bağlı kalarak istemi teknik açıdan yorumlaması gerektiği belirtilmiştir. Atalay, s.53

Eşdeğerlik doktrini, rakiplerin patentteki belirli özelliklerde önemsiz bir takım değişiklikler yaparak patent hakkına tecavüz yükümlülüğünden kurtulmalarını önlemek amacıyla ortaya çıkmıştır.<sup>143</sup> Buluşların, hangi şartlar altında yeni bir buluş olarak değerlendirileceği ve buluş sayılabileceği hangi durumlarda eskisinin devamı olarak kabul edileceği, eşdeğerlik incelemesi sonucu ortaya çıkacaktır.<sup>144</sup>

*"Eşdeğerler, istem veya istemlerle aynı işlevi gören, bu işlevi aynı şekilde gerçekleştiren ve neticede istem ve istemlerde talep edilen unsur ile aynı sonucu çıkartan araç veya unsurlardır."* Eğer istemlerde belirtilmiş olan unsurlar başka bir patentin eşdeğeriye bu buluşa patent hakkı tanınmamalıdır. Zira bir buluşun özüne dokunmaksızın onda önemsiz farklılıklar yaratılması halinde buluşun bir nevi taklitti söz konusudur.

Patentin veya buluşun eşdeğer unsura sahip olup olmadığına uzmanlar aracılığıyla tespit edilecektir. Bu durumda patent istemleri esas alınarak ve buluşun tarifnamesi ile resimleri de göz önünde tutularak temel, pratik ve teorik bilgilere göre bir muadil çözüme kolayca ulaşılabilir olup olmadığı tespit edilmelidir.<sup>145</sup> Temel, pratik ve teorik bilgiler neticesinde muadil çözüme kolayca ulaşılabiliriyorsa buluş eşdeğer unsura sahiptir. Örneğin bir taşıyıcıda halat yerine, zincir kullanılması halinde bu zincirin kullanımı eşdeğer unsur göstergesidir.

Eşdeğerler doğrudan eşdeğer ve dolaylı eşdeğer olarak ikiye ayrılmaktadır. Dolaylı eşdeğerlerde buluşçu kullanılan unsurların yerine kullanılabilir unsurlar için uzman bir kişinin anlayacağı nitelikte ek bir düşünsel faaliyet yürütmektedir.<sup>146</sup> Ancak bu düşünsel faaliyet neticesinde ortaya çıkan buluş değil, bir muadil unsurdur. Bununla birlikte doğrudan eşdeğerler ise patent konusu buluştaki unsurlardan biri yerine kullanılabileceği bilinen unsurları ifade eder.<sup>147</sup> Doğrudan eşdeğerler kendi içinde, teknik eşdeğer ve patent eşdeğeri şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Teknik eşdeğerde, buluşlardaki iki unsurdan biri diğerinin yerine herhangi bir ek araştırmaya gerek kalmaksızın kolay bir şekilde kullanılabilir.<sup>148</sup> Bu nedenle teknik eşdeğerin tespiti

<sup>143</sup> Yıldırım, s.109

<sup>144</sup> Tekinalp, s.536

<sup>145</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Orta, Avrupa C.1, s.191

<sup>146</sup> Ayrıca bakınız; Erdil, s.174

<sup>147</sup> Erdil, s.173

<sup>148</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.75



kolaydır. Patent eşdeğerleriye uzman bir kişi tarafından ek araştırma yapılmaksızın kendi bilgi ve deneyimiyle buluştan doğrudan çıkarılabilen unsurlardır.<sup>149</sup> Patent eşdeğerinin teknik eşdeğerden temel farkı ancak uzman tarafından tespit edilebilmesidir.

Eşdeğerlik değerlendirmesinin nasıl yapılacağı kanunda düzenlenmiştir. *Bir unsur, esas itibarıyla istemlerde talep edilen unsur ile aynı işlevi görüyor, bu işlevi aynı şekilde gerçekleştiriyor ve aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa, genel olarak istemlerde talep edilen unsurun eşdeğeri olarak kabul edilir.*(SMK. m.89/5) Eşdeğerlik unsuru somut olaya göre değerlendirilecektir. Bununla birlikte eşdeğer unsurun varlığı için iki hususa dikkat edilmesi gerektiği doktrinde belirtilmiştir. Bunlardan ilki eşdeğer unsurun kullanımının tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte olması, ikincisiyse patent unsurları ile aynı işlevi gören ve aynı sonucu veren değişik araçların tekniğin bilinen durumuna göre buluş sayılmamasıdır.<sup>150</sup>

Patent istemlerinde belirtilmeyen hususlar eşdeğerlik unsuruyla koruma altına alınabilecektir.<sup>151</sup> Eşdeğer unsurlar, patentten doğan hakkın kapsamını belirlemede ve yapılan tecavüzün tespitinde önemli bir rol oynar.<sup>152</sup> Eşdeğerlik doktrini sayesinde buluşlarda küçük değişiklikler yapılarak patent hakkı ihlal edilmeyecektir. Böyle bir ihlal varsa patentin tecavüzü söz konusu olabilecek veya ilgili başvuruya patent verilmeyecektir.<sup>153</sup>

#### 4. Resimler

Patent başvurusunda resimlerde kullanılabilir. Resimlerde buluş açıklanmaktadır. Resimlerle buluşun özellikleri çeşitli açılardan net bir

<sup>149</sup> Güneş, Haksız Rekabet Davaları, s.75

<sup>150</sup> Kaya, s.182

<sup>151</sup> Doktrinde de Ortan; eşdeğerlik doktriniyle, patent korumasının, patent istemlerinde belirtilmemiş olmakla birlikte bazı fiilleri de içerecek şekilde genişletilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak bunu yaparken buluşun anlam ve amacından hareket edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ortan, Avrupa C.1, s.191

<sup>152</sup> Erdil, s.173

<sup>153</sup> Patent hakkına tecavüzün bulunup bulunmadığı konusunda, eşdeğerlik teşhisi için ihlalde bulunan tarafın davranış ve amacı ile patent sahibinin başvuru aşamasındaki beyanları nazara alınmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; İlhami Güneş, "Uluslararası Patent Hukuku Konferansından İzlenimler", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:148, Y.2018 (s.124 -126), (Patent Hukuku), s.125

şekilde gösterilebilmekte ve patentle korunmak istenen hususlar anlatılabilmektedir.<sup>154</sup> Her açıdan buluş gösterildiği için buluşun detayları da görülebilmektedir.<sup>155</sup> Kanımızca resimler tarifnamelerle birlikte istemlerin yorumlanmasında kullanılacağı için itinalı bir şekilde hazırlanması gerekmektedir. Patent başvurularında resimlerin nasıl düzenlenmesi gerektiği SMKY m.77' de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

## V. Patent Başvurusunun Değerlendirilmesi Süreci

Patentlenme süreci SMK'da yeniden ele alınmış ve önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi incelemesiz patent sisteminin kaldırılmasıdır. Böylelikle araştırma raporundan sonra talep üzerine tanınan ve en fazla 7 yıllık koruma sağlayan incelemesiz patent sistemi terk edilmiştir.<sup>156</sup> Ayrıca patentleme süreci sadeleştirilmiş ve değerlendirme ile itiraz süreleri kısaltılmıştır.<sup>157</sup> Üçüncü kişilerin itiraz hakları konusunda da düzenlemeler yapılmıştır. SMK'yla birlikte üçüncü kişiler SMK. m.99/1 gereği patent belgesinin verilmesinden itibaren 6 ay içinde kısıtlı konularda itiraz edebilecektir.

Mülga PAT. KHK.'sı döneminde başlayıp, SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte devam eden patent başvuruları için SMK. Geçici Madde 1/2'de özel bir düzenleme yapılmıştır. İlgili düzenlemeye göre bu kanunun yayımı tarihinden önce yapılmış ulusal patent başvuruları yine başvuru tarihinde yürürlükte olan mevzuata göre sonuçlandırılacaktır. Ek patent başvuruları da özel olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede *'bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan ek patent başvurularının sonuçlandırılmasında, ek patent başvurusu veya ek*

<sup>154</sup> Churnet, s.503

<sup>155</sup> Durham, s.18

<sup>156</sup> Doktrinde de Tekinalp/Çamoğlu; her ne kadar incelemesiz patent sistemiyle buluşların ve bilimsel araştırmanın teşvik edileceği amaçlansa da uygulamada beklentinin gerçekleşmediğini belirterek incelemesiz patent sisteminin kaldırılmasını yerinde bir düzenleme olarak görmüşlerdir. Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Sınai Mülkiyet Kanunu, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2017, s.XXXVII. Bize göre de incelemesiz patentın kaldırılması yerinde bir yaklaşım olmuştur. Böylelikle kanunda belirtilen koşulları eksik taşıyan buluşlar, kısa süre içinde olsa, patent korumasından yararlanamayacaktır. Bu durumda buluş sahipleri itinalı bir şekilde patent başvurularını hazırlayıp 20 yıllık patent koruması elde etmeye çalışacaktır. Küçük ve basit buluşlar içinse patent yerine faydalı model başvurusu yoluna başvurulabilecektir.

<sup>157</sup> Doktrinde Tekinalp/Çamoğlu; patent tescil süresinin 17 ile 42 aydan, 7 ile 27 aya ineceğini belirtmiştir. Tekinalp/Çamoğlu, s.XXXVII.

*patentin bağımsız patent başvurusu ya da patente dönüştürülmesinde, asıl patent başvurusunun başvuru tarihinde yürürlükte olan mevzuat hükümleri uygulanır*” denilmiştir. Ayrıca kanun koyucu; incelemesiz patent başvuruları, faydalı modelin patente, patentin faydalı modele dönüşümü ile ulusal aşamaya giren patent başvurularının akıbetini de düzenlemiştir. SMK. Geçici Madde 1/2’ye göre “İncelemesiz verilen patentin incelemeli patent başvurusuna dönüştürülmesinde, patent başvurusunun faydalı model başvurusuna ya da faydalı model başvurusunun patent başvurusuna değiştirilmesinde, patent ve faydalı modellerin hükümsüz kılınmasında, başvuru tarihinde yürürlükte olan mevzuat hükümleri uygulanır. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce ulusal aşamaya giren uluslararası veya bölgesel anlaşmalar yoluyla yapılmış patent başvuruları ve faydalı model başvuruları, başvurunun ulusal aşamaya girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır.” denilmiştir. İlgili düzenleme yerinde olmuştur. Mülga PAT. KHK dönemindeki başvuruların akıbeti düzenlenerek olası ihtilafların önüne geçilmiştir.

Buluşun patentlenmesi sürecindeki en önemli sorunlardan biri de patent başvurusu sahibinin süreleri kaçırmasıdır. SMK’da kaçırılan sürelerin telafisi ve işlemlerin devam ettirilmesi için genel bir düzenleme yapılmıştır. SMK. m.107/1’e göre “*patent başvurusuna ilişkin işlemlere dair sürelere uyulmaması halinde, süreye uymama sonucunun bildirilmesi tarihinden itibaren iki ay içinde ücretini ödenerek işlemlere devam edilmesi talep edilebilir. Başvuranın talebinin kabul edilmesi halinde süreye uyulmamış olmanın getirdiği hukuki sonuçlar doğmamış sayılır.*” Bununla birlikte SMK. m.107/4 ve SMKY.m.114’de düzenlenen hallerde işlemlerin devam ettirilmesi talebi kabul edilmeyecektir. Bunlardan ilki, SMKY. m.114/2’deki sayılan sürele uyulmama hallerinden biri varsa işlemlerin devam edilmesi talep edilmeyecektir.<sup>158</sup> İkinci olarak SMKY. m.103/2 gereği yapılan bildirimlere süresinde cevap verilmezse işlemlere devam edilmesi talebi üç bildirimden sadece biri için ve bu madde

<sup>158</sup> SMKY. m.114/2’de “a) Kanun’un 93 üncü maddesinin birinci fıkrası, b) Kanun’un 101. maddesinin dördüncü fıkrası, c) Kanun’un 110. maddesinin üçüncü fıkrası, ç) 72. madde, d) 81. madde, e) 84. maddenin birinci fıkrası, f) 96. ve 119. maddelerin ikinci fıkraları, g) 99. maddenin birinci fıkrası ve 120. maddenin on dördüncü fıkrası” sayılmıştır. Bu hallerde işlemlerin devam edilmesi talep edilmeyecektir.

uyarınca sadece bir kez yapılabilir.<sup>159</sup> Son olarak SMK. m.114'de düzenlenmemiş olmakla birlikte somut işlemlere devam ettirilmesi talebi, mevzuat hükümlerine uygun değilse, kurum talebi işleme almaya caktır.

Patent başvurusu veya patent hakkı sürecinde, kanundaki süreye uymamanın sonuçlarını kaldıran bir diğer düzenlemeysen SMK. m.107/2'de hakların yeniden tesisi başlığında yapılmıştır. SMK. m.107/2'ye göre "patent başvurusu veya patent sahibi tarafından, patent başvurusu veya patentle ilgili işlemlerde şartların gerektirdiği özen gösterilmesine rağmen, uyulması gereken bir süreye uyulamamasının patent başvurusunun reddine, geri çekilmiş sayılmasına, 99 uncu madde uyarınca patentin hükümsüz kılınmasına veya diğer herhangi bir hakkın kaybına yol açması hâlinde, hakların yeniden tesisi talep edilebilir." İlgili düzenlemeye göre talebin, uyulamamış olan sürenin bitiminden itibaren bir yılı geçmemek üzere, süreye uyulmama nedeninin ortadan kalkmasından itibaren iki ay içinde, ücreti ödenerek yapılması gerekir. (SMK. m.107/2)<sup>160</sup> Taleple birlikte hakların yeniden tesisi talebine dayanak olan gerekçeler ve bunları kanıtlayıcı bilgi ve belgeler sunulur. (SMKY. m.115/3)

Kurum, talebe ilişkin yaptığı değerlendirme sonucunu başvuru sahibi ya da patent sahibine bildirecektir. (SMKY. m.115/4) Talebin kabulü halinde başvuru yayımlanmışsa bu durum bültende yayımlanır.<sup>161</sup> Bir yıllık süre sona erdikten sonra yapılan talepler, ücreti ödenmemiş olan talepler veya kanundaki koşullara aykırı olan talepler reddedilir.<sup>162</sup> Talepte bulunanın, patent başvurusu veya patentle ilgi-

<sup>159</sup> İnceleme aşamasında patent başvurusunun SMKY. m.103/2 gereği kanun hükümlerine uygun olmadığı tespit edilebilir. Bu durumda başvurana bildirim yapılacak, bildirim alan başvurandan üç ay içinde bildirim karşı görüşlerini sunması veya başvurunun kapsamını aşmaması şartıyla tarifname, istemler veya resimlerde değişiklikler yapması istenecektir. Kurumun yapacağı bildirimlerin sayısı üçten fazla olamayacaktır. SMKY. m.114/4'de ise bu bildirimlerden sadece birinin cevap süresi kaçırıldıysa bir defalık ek süre tanınabileceği düzenlenmiştir.

<sup>160</sup> Ancak, SMK. m.93/1'de belirtilen on iki aylık rüçhan süresine uyulmama durumunda, bu sürenin bitiminden itibaren iki ay içinde hakların yeniden tesisi talebinde bulunulabilir. (SMKY. m.115/2)

<sup>161</sup> Hakların kaybindan başlamak üzere bu hakların yeniden tesisine ilişkin kararın yayımına kadar geçen sürede, patent konusu buluşu iyiniyetli olarak Türkiye'de kullanan veya kullanım için ciddi ve gerçek tedbirler alan kişiler, sahip oldukları işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde buluşu ücretsiz olarak kullanmaya devam edebilir. (SMK. m.107/3)

<sup>162</sup> Ayrıca SMKY. m.115/5 gereği "103. maddenin ikinci fıkrası uyarınca yapılan bil-

li işlemlerde şartların gerektirdiği tüm özeni göstermiş olduğunu da kanıtlaması gerekir. Doktrinde talepte bulunanın mücbir sebep hallerinde bu hükme dayanabileceği belirtilmiştir.<sup>163</sup> Ancak kanımızca tüm özenin gösterilmesine rağmen beklenmedik hallerin varlığı halinde, üçüncü kişilerden kaynaklar haller gibi sair durumlarda da bu hükme dayanabilmelidir. Talebin kabul edilmesi hâlinde, süreye uyulmamış olmanın getirdiği hukuki sonuçlar doğmamış sayılacaktır.

Patentlenme sürecinde bir takım hatalı işlemlerin yapılması da olasıdır. Patent başvurusu ya da belgesinin kanunda belirtilen koşulları taşıyamamasına rağmen hatalı olarak işlemlere devam edilmesi halinde, hatalı işlem ve devamındaki işlemler iptal edilir. (SMK. 108/1) Hatanın yapıldığı aşamadan itibaren sürece devam edilir.<sup>164</sup> Bununla birlikte hata resen tespit edilebileceği gibi itiraz üzerine de tespit edilebilir.

Buluşun patentlenmesi sürecinde üçüncü kişilerin inceleme hakkı da önem arz etmektedir. Üçüncü kişilerin inceleme hakkı genellikle yayımlanmış başvurular için mümkündür. Ayrıca SMK. m.91'e göre bölünmüş bir başvuru veya SMK. m.110/3-b bağlamında gasp halinde bu başvuruların dayandığı önceki başvurular, başvuru sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişilerce incelenebilecektir. Yayımlanmamış başvurular başvuru sahibinin iznini almak koşuluyla incelenebilir. (SMK. m.102/1) Ancak patent başvurusundan doğan hak, başvuru sahibi tarafından üçüncü kişiye karşı ileri sürülürse üçüncü kişi henüz yayımlanmamış patent başvurusunu inceleyebilir. (SMK. m.102/2)<sup>165</sup> Yayımlanmadan önce ret edilen veya geri çekilen patent başvuru dosya-

dirimlerde verilen üç aylık süreye uyulmadığı için yapılamamış olan işlemin geçmesini yaparak işlemlere devam edilmesi talebi, bu madde uyarınca yapılamaz".

<sup>163</sup> Cahit Suluk, "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.4, S.1 Y.2018, (s.91-109), s.101

<sup>164</sup> Doktrinde Tüzüner, inceleme yapılmış ve eksiklik sonradan fark edilirse yapılmış olan incelemeler yapılmamış sayılacağını ve eksikliğin giderilmesine odaklanılacağını belirtmiştir. Özlem Tüzüner, Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2011, s.153

<sup>165</sup> Kanunun gerekçesinde, patent başvurusu sahibinin, ihtarla veya sair şekillerde, üçüncü kişinin patent hakkının ihlal ettiğini ileri sürmesi halinde üçüncü kişinin başvuruyu inceleyebileceği belirtilmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu, m.102 Gerekçesi,

larının ise üçüncü kişilerce incelenmemesi gerekir.<sup>166</sup> Nitekim başvuru konusu buluş henüz patent almadığı bir süreçte şartları varsa know how olarak değerlendirilebilir. Bu know how'ın gizli kalması gerekir.

Bir buluşun patentlenmesi sürecinde ilk önce başvuranın ön araştırma yapması gerekir. Araştırma yaparken kendi buluşuyla aynı alandaki veya bağlantılı alandaki buluşları, patentleri, faydalı modelleri ve güncel gelişmeleri incelemesi gerekir. Arkasından başvuran, gerekli evraklarla birlikte TÜRKPATENT'e başvurmalı ve yasal prosedürleri takip etmelidir.

### 1. Ön Araştırma Süreci

Her buluş patentle korunamamaktadır. Bu nedenle buluş sahibinin, patent sürecini başlatmadan önce bir ön araştırma yapması gerekir. Böylelikle buluşun patentle korunup korunamayacağı ortaya çıkacaktır.

Ön araştırma sürecinde buluş sahibi, mevcut tekniği tespit etmeli ve bu mevcut teknik içerisinde buluşunu değerlendirmelidir. Bu süreç ise oldukça zahmetlidir. Başvuran, o alanda mevcut patent belgelerini ve teknik dokümanları incelemeli, buluş basamağı kriterini saptamalı, mevcut teknik bağlamında henüz çözümü bulunmayan sorunlar veya istenmeyen durumları tespit etmeli ve bunların çözümlerini açıklamalıdır.<sup>167</sup> Bu süreçte başvuran bir nevi patent başvurusu hazırlamakta ve bu başvuruyu kendisi değerlendirmektedir.

Başvuran araştırmayı yaparken, patent başvurularını, patentleri, her türlü bilimsel yazıları, makaleleri, konferans çıktılarını, kamuya açıklanmış bilgileri, sergilerde teşhir edilen ürünleri itinalı bir şekilde incelemelidir. Özellikle patent arama motorları başvurana yardımcı olacaktır. Doktrinde de belirtildiği üzere; Espacenet, Google Patents, PatentScope, Türk Patent ve Marka Kurumu arama motoru gibi birçok arama motoru bulunmaktadır.<sup>168</sup> Bu arama motorlarından faydalanılarak mevcut bilinen teknik araştırılabilecektir.

<sup>166</sup> Noyan, s.236

<sup>167</sup> Baştürk, s.25

<sup>168</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Kayakökü, s.44 vd. Ayrıca, birçok ulusal ve bölgesel patent ofisinin internet siteleri için bakınız: World Intellectual Property Organization (WIPO), <http://www.wipo.int/directory/en/urls.jsp>, (E.T.19.11.2018)



Ön araştırma süreci buluşun patentlenmesi sürecindeki en önemli dönemdir. Bu dönemde ne kadar detaylı bir araştırma yapılırsa buluşun patentlenmesi de o kadar mümkün olacaktır. Yine buluşun noksan kısımları belirlenip, bu kısımlar telafi edilebilecektir. Ön araştırma süreci sayesinde AR-GE çalışmaları da daha verimli bir şekilde yapılabilecektir.<sup>169</sup> Yapılan araştırma neticesinde buluşun patentlenebileceğine kanaat getirilirse resmi olarak TÜRKPATENT'e başvurulabilir.

## 2. Şekli İnceleme

Patent başvurularında ilk inceleme şekle ilişkin olmaktadır. Şekli inceleme sürecinde patent başvurusunun kanundaki ve yönetmelikteki şekle uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığı değerlendirilir. Bu süreçte patent başvurularının kanundaki şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi, gerekli ücretlerin yatırılıp yatırılmadığı, yabancı dilde kaleme alınan istem, tarifname gibi belgelerin Türkçeye çevrilip dosyaya konulması, rüçhan hakkı varsa bu rüçhan hakkını ispat eden belgelerin konulup konulmadığı incelenecektir.<sup>170</sup>

Süreci değerlendirirsek buluş sahibi patent elde etmek için öncelikle patent başvurusunda bulunması gerekir.<sup>171</sup> Patent başvurusu; başvuru formunu, tarifnameyi, istemleri, özeti, resimleri ve başvuru

<sup>169</sup> TÜRKPATENT Kılavuzu'nda da "birçok başvuru, yeni olmadığından patent sürecinde belge alamamakta ya da mahkemelerde dava konusu haline gelmektedir. Başvuru öncesinde gerçekleşen Ar-Ge masrafları, patent sürecindeki maliyetler ve zaman kaybı gibi kaynak israfları da düşünüldüğünde, ön araştırma yaparak buluşun yeni olup olmadığı konusunda genel bir fikre sahip olmanın önemi daha iyi anlaşılacaktır." denilerek ön araştırmanın önemi vurgulanmıştır. TÜRKPATENT, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T. 10.11.2018), s.4 vd.

<sup>170</sup> Tüzüner, s.147, Doktrinde bu aşamada, patent başvurusunun kanundaki formatta uygun olarak yapılıp yapılmadığının değerlendirildiği belirtilmiştir. Bently/Sherman, s.372

<sup>171</sup> PCT bağlamında da değerlendiren bir patent başvurusu da ulusal aşamaya sokulabilir. SMKY. m.73/1 gereği, Patent İşbirliği Antlaşmasının 22. ve 39. maddeleri uyarınca ulusal aşamaya girecek olan patent başvurusu, uluslararası başvurunun rüçhan tarihinden itibaren, rüçhan yoksa uluslararası başvuru tarihinden itibaren otuz aylık sürede, SMKY. m.71/1'de sayılan unsurlar ve Tebliğde belirtilen ücretin ödendiğine ilişkin bilgi ile birlikte kuruma sunulması gerekir. Otuz aylık sürede patent başvurusu TÜRKPATENT'e sunulmazsa Tebliğ'de belirtilen ek ücretin ödenmesi koşuluyla ek olarak üç aylık süre tanınır. Ek olarak tanınan üç aylık süreye de uyulmazsa SMKY. m.73/1-a,b,c'deki şartların varlığı halinde yine ulusal aşamaya geçilebilir.



ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi kapsamalıdır. (SMK. m.90/1) Bununla birlikte tarifname, istemler, özet ve varsa resimler başvuru sırasında Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf veya karşılıklılık ilkesini uygulayan devletlerin resmî dillerinden birinde verilebilir. (SMK. m.90/2)

Başvuran, SMK. m.90/3 gereği; patent verilmesi talebi, başvuru sahibinin kimlik ve iletişim bilgileri ve Türkçe veya ikinci fıkrada belirtilen yabancı dillerden biri ile yazılmış tarifname veya önceki bir başvuruya yapılan atıfları içeren dokümanları TÜRKPATENT'e sunar. SMK. m.90/3'de belirtilen unsurlardan herhangi biri eksikse başvuru işleme alınmayacaktır. TÜRKPATENT'de aldığı evrakları tarih, saat, dakikayı belirleyip kayda alır. Bu kayıt patent başvurusu anını kesinleştirir. Başvurunun kesinleştiği tarih koruma süresi ve rüçhan hakkının kullanımı açısından önemlidir.<sup>172</sup> Patent başvuru tarihi buluşun patent verilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde de esas alınacak tarih olması nedeniyle önem arz etmektedir.<sup>173</sup>

Buluşu yapan kişinin isminin SMK. m.90/5 gereği patent başvurusunda belirtilmesi de gerekir. Ancak buluşu yapan, isminin gizli kalmasını istiyorsa ismi gizli tutularak patent başvurusunda bulunabilir. (SMK. m.90/5) Ayrıca patent başvurusunda bulunan buluşu yapan değilse veya birden fazla buluşu yapan olmakla birlikte sadece biri veya birkaçı başvuruda bulunuyorsa bu kişilerin patent hakkını nasıl elde ettiğini açıklaması gerekir.(SMK. m.90/5)

İşleme alınan başvuruda 90/1'de belirtilen unsurlardan en az birinin eksik olması veya 90/2 gereğince unsurların yabancı dilde verilmesi hâlinde, bildirim gereksiz başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde eksiklikler giderilir veya Türkçe çeviriler verilir. (SMK. m.95/2) Bu eksiklikler iki ay içinde giderilmezse başvuru geri çekilmiş sayılır. Türkçeye çevrilen belgelerde çeviri hatalarının bulunmaması gerekir. Aksi halde buluş, patentle korunmak istenenden çok daha az korunabileceği gibi, yanlış çeviriler nedeniyle patent elde de edemeyebilir.<sup>174</sup>

<sup>172</sup> Suluk/Karasu/Nal, s.263

<sup>173</sup> Aplin/Davis, s.471, Bently/Sherman, s.372

<sup>174</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Yıldırım, s.112,113

TÜRKPATENT; SMK. m.90/1 fıkrasında belirtilen unsurları tam ve eksiksiz bir şekilde içeren patent başvurusunu veya SMK. m.90/2 uygun olarak tamamlanan başvuruyu, SMK.m.90/4<sup>175</sup> ve SMK. m.90/5 ile yönetmelikte belirtilen diğer şekli şartlara uygunluk bakımından inceler.(SMK.m.95/3) Bu incelemenin sonucunda iki olasılık söz konusudur.

Birinci olasılıkta TÜRKPATENT, başvuruda bir eksiklik olmadığına kanaat getirirse SMK. m.96'ya göre ücreti ödenmek koşuluyla araştırma raporu düzenlenir. İkinci olasılıkta TÜRKPATENT, başvurunun şekli şartlara uygun olmadığına kanaat getirirse başvurudan iki ay içinde eksikliğin giderilmesini ister. Başvuru sahibinden eksikliklerin giderilmesi talep edilirse başvuru sahibine eksik hususlar ve aykırılıklar gerekçeli bir şekilde açıklanmalıdır.<sup>176</sup> Böylelikle başvuran gerekli düzenlemeleri yapabilecek veya eksik olan konularda kendisini savunabilecektir.

Eksikliğin varlığı halinde iki aylık süre boyunca TÜRKPATENT başvuru işlemlerini durduracaktır. Eksiklik giderilmezse başvuru reddedilir. İki aylık süre içinde eksiklik giderilirse ve ücreti ödenirse SMK. m.96 uyarınca araştırma raporu düzenlenebilir.

### 3. Araştırma Raporu

Şekli inceleme safhasından sonraki safha, araştırma raporu safhasıdır. Araştırma raporuyla tekniğin bilinen durumu saptanır.<sup>177</sup> Araştırma raporu talep üzerine düzenlenmektedir. Başvuru sahibi, başvurusuyla birlikte araştırma talebinde bulunabileceği gibi, başvuru tarihinden itibaren on iki ay içinde ücretini ödemek kaydıyla araştırma talebinde de bulunabilir. Bu süre içerisinde araştırma talebinde bulunmazsa veya araştırma ücretini ödemezse başvuru geri çekilmiş sayılacaktır. (SMK. m.96/1)

Araştırma talebi üzerine TÜRKPATENT tarafından başvurunun şekli şartlara uygun olduğuna karar verilirse veya şekli şartlara iliş-

<sup>175</sup> Buluş, genetik kaynağa veya genetik kaynakla bağlantılı geleneksel bilgiye dayanırsa bu kaynağın nereden alındığına ilişkin açıklamaya, patent başvurusunda yer verilir. (SMK. m.90/4)

<sup>176</sup> Tüzüner, s.152

<sup>177</sup> Aplin/Davis, s.471

kin noksanlıklar giderilirse araştırma raporu safhasına geçilir. Başvuru konusu buluşun, buluş faaliyetine dayanıp dayanmadığı, buluş basamağı ile yenilik unsurunu içerip içermediği araştırma raporunun sonuçlarına göre değerlendirilecektir.<sup>178</sup>

Araştırma raporu hazırlanırken başvuru tarihinden önceki açıklanmış bilgilerin tespiti gerekir. Uzman raporu düzenlerken patent başvurusundan önceki yayımları, patenleri veya buluşun genel kullanıma açılmış olduğunu gösterir bilgi ve delilleri inceler.<sup>179</sup> Bu bilgiler patent başvurusunun yapılmasından önce Dünya'nın herhangi bir yerinde yazılı veya sözlü, tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her türlü bilgi, belge ve veriden oluşabilir.<sup>180</sup>

Araştırma raporu düzenlenirken tarifname dikkate alınarak istemler itibariyle düzenlenir.(SMKY. m.97/3) Bununla birlikte özeti veya buluş başlığının konusu buluşla ilgili teknik bilgi verme amacına hizmet etmiyorsa özet ve buluş başlığı kurum tarafından yeniden düzenlenir ve araştırma raporuna eklenip başvuru sahibine bildirilir. (SMKY. m.97/8)

Araştırma raporunun düzenlenmesinden sonra başvuru sahibine rapor bildirilir ve bültende yayımlanır.<sup>181</sup> Patent başvurusu SMK. m.97 uyarınca bültende yayımlanmışsa araştırma raporu ayrı olarak ancak patent başvurusu yayımlanmamış olması halinde başvuru ile birlikte bültende yayımlanabilir. (SMK. m.96/2) Araştırma raporunun yayımlanmasıyla buluş hakkında üçüncü kişiler bilgi sahibi olabilecek ve itiraz ile dava açma konusunda hazırlık yapabilecektir.

SMK. m.96/3'deki hallerin varlığı halinde araştırma raporu düzenlenmez. Bunlardan ilki patent başvurusu konusuna ilişkindir. Patent başvurusu konusu SMK. m.82/2 gereği buluş niteliğinde sayılmazsa veya SMK. m.82/3 gereği patent verilemeyecek bir buluşsa araştırma raporu düzenlenmeyecektir. İkincisi ise tarifname ve istem-

<sup>178</sup> Guidelines for Examination in the European Patent Office, November, 2018, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm>, (E.T. 08.11.2018), s.203

<sup>179</sup> Churnet, s.505

<sup>180</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Sınai Mülkiyet Kanunu m.96 Gereğesi

<sup>181</sup> Araştırma raporunun bültende yayımlanmasıyla birlikte kamuoyu buluş hakkında detaylı bilgi sahibi olabilecektir.

lere ilişkindir. Tarifnamenin ya da tüm istemlerin yeterince açık olmaması araştırma raporunun düzenlenmesini engelliyorsa araştırma raporu düzenlenmez. Bu durumda araştırma raporu düzenlenmeyeceği başvuru sahibine bildirilir. Araştırma raporu düzenlenmemesi halinde başvuru sahibi, bu konudaki itirazlarını veya başvurudaki değişikliklerini, bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde sunması gerekir. Başvuru sahibinin üç ay içinde itirazda bulunmaması veya yapılan değişikliklerin TÜRK PATENT tarafından kabul edilmemesi halinde başvuru reddedilir. İtirazın ve varsa yapılan değişikliklerin kabul edilmesi hâlindeyse araştırma raporu düzenlenir, başvuru sahibine bildirilir ve bültende yayımlanır.

Araştırma raporunun hazırlanması sonucunda buluşun patentlenebilir bir buluş olup olmadığı ortaya çıkacaktır. Raporda buluşla ilgili olan tekniğin bilinen durumundaki en yakın dokümanlar listelenir. Ayrıca raporda, ilgili dokümanların özellikle hangi kısımlarının araştırması yapılan buluşla ilgili olduğu da belirtilmelidir.<sup>182</sup> Buluşla dokümanların ilişkisi, uluslararası kabul edilmiş kodlarla (X, Y, A vb.) ifade edilir.<sup>183</sup> Araştırma raporu düzenlenirken faydalanılan dokümanlarda kategori edilerek araştırma raporuyla birlikte patent sahibine bildirilir. Nitekim bu dokümanların incelenmesi neticesinde buluşun patent korumasından faydalanıp faydalanmayacağı anlaşılacaktır.

<sup>182</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T.12.11.2018), s.21 vd.

<sup>183</sup> Bu sınıflar aşağıdaki gibidir;

X - Buluşun yeni olmadığını veya buluş basamağı içermediğini tek başına gösteren doküman

Y - Buluşun buluş basamağı içermediğini başka bir dokümanla bir araya getirildiğinde gösteren doküman

A - Tekniğin bilinen durumunu belirten ama buluşla tam olarak ilgili olmayan doküman

O - Sözlü teşhir, kullanım, başka bir çeşit teşhirin sergilenmesine atıfta bulunan, yazılı olmayan açıklama

P - Başvuru tarihi ile rüçhan tarihi arasında yayımlanan doküman

T - Buluşun altında yatan ilke veya teoriyi anlamak için belirtilen doküman

E - Başvuru tarihinde veya başvuru tarihinden sonra yayımlanan doküman

D - Patent başvurusunda atıfta bulunulan doküman

L - Başvurunun rüçhanıyla ilgili şüpheler uyandıran, ya da başka nedenlerle belirtilen doküman Ayrıntılı bilgi için bakınız; Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T.12.11.2018), s.21 vd.

Araştırma raporları bir nevi buluşun karnesi olup bu karnede geçer notların bulunması halinde başvuru sahibi inceleme raporu talep eder.<sup>184</sup> Ancak rapor olumsuzsa buluşun patentlenmesi güçtür. Bu durumda başvuranın sürece devam etme ve etmeme şeklinde iki hakkı bulunmaktadır. Kanımızca buluş basamağı içermeyen ancak yeni ve sanayiye uygulanabilir bir buluşa ilişkin başvuru, kanundaki koşullara uygun olmak şartıyla, faydalı model başvurusuna dönüştürülebilir. Böylelikle buluş basamağı içermeyen ancak yeni ve sanayiye uygulanabilir buluş, en azından faydalı model olarak korunacaktır.

Bazı başvurularda buluş bütünlüğü de bulunmayabilir. Başvuru konusu buluş tek bir buluşu veya tek bir genel buluş fikrini oluşturacak şekilde bir araya gelmiş buluşlar grubunu içermiyorsa bu durum buluş sahibine bildirilir.<sup>185</sup> Başvuru konusu buluşun, buluş bütünlüğünün bulunmaması halinde istemlerde bahsedilen ilk buluşa ilişkin araştırma raporu düzenlenir. Buluşu bütünlüğü dışında kalan ve araştırması yapılmayan diğer istemler için başvuru sahibi bölünmüş başvuru yapabilir.(SMKY. m.100/1)

#### 4. Patent Başvurusunun Yayınlanması

Patent başvurusu, başvuru veya varsa rüçhan tarihinden itibaren on sekiz aylık süre içerisinde bültende yayımlanır.(SMK. m.97/1) Başvuru sahibi erken yayım talebinde bulunduysa patent başvurusu erkende yayımlanabilir. Patent başvurusunun yayımlandığı tarihten itibaren üçüncü kişiler patent başvurusuna konu buluşun patent verilebilirlik koşulları konusunda görüşlerini sunabilecektir. Fakat bu aşamada TÜRKPATENT nezdindeki işlemlere taraf olamayacaklardır. (SMK. m.97/2)

Patent başvurusunun yayımlanması halinde başvuru sahibi patentle sağlanan korumadan geçici olarak yararlanır.<sup>186</sup> Bu koruma süresi başvurunun bültende yayımlandığı tarihten itibaren başlayacaktır. (SMK. m.97/4) Patent başvurusu sahibinin izni olmadan bu-

<sup>184</sup> Suluk, s.98

<sup>185</sup> Guidelines for Examination in the European Patent Office, November, 2018, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm>, (E.T. 08.11.2018), s.212

<sup>186</sup> Patent başvurusuna konu olan buluş, mikroorganizmalara ilişkinse koruma mikroorganizmanın erişilebilir hale gelmesinden itibaren başlayacaktır.(SMK. m.97/6)

luşu kullanan kişilere patent başvurusu ve kapsamı konusunda bilgi verilirse yayımdan önce de başvuru sahiplerinin hakkı korunacaktır. (SMK. m.97/5)<sup>187</sup>

Patent başvurusunun yayımlanmasının önemli sonuçları bulunmaktadır. Patent başvurusunun yayımlanmasıyla birlikte patent sisteminin amaçlarından biri olan bilginin yaygınlaştırılması amacı gerçekleşmektedir.<sup>188</sup> Başvurunun yayımlanmasıyla birlikte buluşun gizliliği de ortadan kalkacak ve toplum buluş hakkında bilgi sahibi olabilecektir.<sup>189</sup> Dolayısıyla yayımla birlikte buluş sahibi istemiş olduğu koruma hakkına bir adım daha yaklaşmakta, kamuoyu ile rakipler ise yeni teknik kazanımlar ile gelecekte muhtemel doğacak patent hakkından haberdar olmaktadır.<sup>190</sup>

Patent başvurusunun geri çekilmesi, geri çekilmiş sayılması veya reddedilmesi halinde geçici patent koruması sonuç doğurmamış sayılacaktır. (SMK. m.97/7)

## 5. İnceleme

Patent başvurusu sahibi, araştırma raporunun bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde ücretini ödeyerek inceleme talep etmelidir.<sup>191</sup> Aksi halde başvuru geri çekilmiş sayılacaktır.(SMK. m.98/1) Bununla birlikte 02.01.2019 tarihli yapılan düzenlemeyle birlikte önceleri ayrı ayrı verilen araştırma ve inceleme taleplerinin artık birlikte verilmesi mümkün kılınmıştır.<sup>192</sup>

<sup>187</sup> Mülga PAT KHK'sı döneminde de emsal bir kararda, "551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 166. maddesi yollaması ile aynı KHK'nın 136. maddesinin son fıkrasında aynen "patent başvurusu bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 55. maddesine göre yayınlandığı takdirde, başvuru sahibi, buluşa vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkilidir, denilmiştir". Arkasından; "Tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise, başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötü niyetli olduğuna mahkeme tarafından hükümlenirse, yayımdan önce de tecavüzün varlığı kabul edilir" denilmiştir". Bak; Yargıtay, 11. H.D., 24.2.2000 tarihli, E. 2000/922 K. 2000/1475 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, (E.T. 08.12.2018)

<sup>188</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu, Gereçesi, m.97

<sup>189</sup> Aplin/Davis, s.472

<sup>190</sup> Ortan, Avrupa C.1, s.126

<sup>191</sup> Doktrinde bu sürenin bir düşünme süresi olduğu ve başvurana zaman ile mali harcamalardan tasarruf etme imkânı yarattığı belirtilmiştir. Ortan, Avrupa C.1, s.133

<sup>192</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/>

İnceleme talebi üzerine TÜRKPATENT, başvurunun ve buna ilişkin buluşun kanuna uygun olup olmadığını inceleyecektir.(SMK. m.98/2) Kanımızca başvuru hem maddi hem de şekli yönden incelenmelidir.<sup>193</sup> Her ne kadar şekli yönden inceleme patent başvurusu aşamasında yapılsa da inceleme sürecinde de değerlendirmelidir. Şekli eksiklik gözden kaçtıysa ve inceleme raporu sırasında ortaya çıktıysa eksiklik giderilmelidir. Bununla birlikte inceleme aşamasında asıl olan maddi inceleme yani buluşun patente bağlanabilir niteliğe sahip olup olmadığıdır.<sup>194</sup> Bu süreçte TÜRKPATENT, başvurunun patent verilebilirlik şartlarını içerip içermediğini, buluş bütünlüğünün bulunup bulunmadığını dikkatli bir şekilde değerlendirmelidir. TÜRKPATENT incelemeyi uzmanları aracılığıyla yapmaktadır. Uzman; buluşun patent verilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığını, istemlerin açık ve öz olması ile istemlerin tarifnameyle desteklenmiş olup olmadığını ve buluşun uzman bir kişinin anlayacağı şekilde anlatılmış olup olmadığını incelemektedir.<sup>195</sup>

İnceleme yapılırken sadece patent başvurusunda bulunanın vermiş olduğu bilgiler değil, Dünya’da açıklanan, kullanılan veya sınai mülkiyet hukukunca kayıt altına alınan bilgiler nazara alınır. Yine incelemeyi yapan kişilerin teknoloji konusunda bilgi sahibi olması gerekir.<sup>196</sup> İnceleme raporu, tamamen olumlu(patentlenebilir), kısmen olumlu (bazı istemler patentlenebilir) veya tamamen olumsuz(hiçbir istem patentlenemez) şekilde olabilir.<sup>197</sup> Rapordaki kanaatin gerekçeli de olması gerekir.

İnceleme sonucu olumsuz ise; yani istemler kısmen veya tamamen patent verilebilirlik şartlarını sağlamıyorsa veya herhangi bir eksiklik içeriyorsa başvuru sahibine bu konuda da bildirim yapılır.<sup>198</sup> Başvuru sahibinden, başvurunun veya buluşun kanun hükümlerine aykırı ol-

---

allAnouncement/anouncementDetail?newsId=1045 (E.T. 04.01.2019)

<sup>193</sup> Benzer yönde Ortan, Avrupa C.1, s.135,139

<sup>194</sup> Ortan, Avrupa C.1, s.135

<sup>195</sup> Aplin/Davis, s.472, Bently/Sherman, s.375

<sup>196</sup> Nitekim alelade bir kimse için bilinenin dışında kalan bir bilgi, teknolojiden alan bir kişi için tekniğin bilinen durumu içerisinde değerlendirilebilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Camcı, s.55

<sup>197</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Suluk/Karasu/Nal, s.265

<sup>198</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T.12.11.2018), s.23



ması halinde, başvurunun kapsamını aşmamak şartıyla değişiklik yapması veya görüşlerini sunması istenir. Bu bildirimde araştırma raporunda belirtilen dokümanlar, varsa inceleme aşamasında tespit edilen dokümanlar, varsa başvuru sahibinin görüşleri ve başvuruda yaptığı değişiklikler dikkate alınarak patentin verilememe nedenleri gerekçeleriyle açıklanır ve bunların dayanakları belirtilir.(SMKY. m.103/2).

Bildirim üzerine başvuru sahibi en fazla üç ay içinde görüşlerini<sup>199</sup> bildirir veya tarifname, istemler ve resimlerde değişiklik yapar. Tarifname, resimler ve istemelerde yapılan değişikliğin patent başvurusu kapsamını aşmaması gerekir. Üç aylık süre zarfında başvuru sahibi değişiklik yapmazsa veya görüş bildirmezse başvuru geri çekilmiş sayılır.(SMK. m.98/4) Tüm bu süreçte TÜRKPATENT'in yapacağı bildirim sayısı üçü geçemez.<sup>200</sup>

TÜRKPATENT tarafından düzenlenen inceleme raporunda başvuru ve buna ilişkin buluşun ilgili kanun hükümlerine uygun olduğunun belirtilmiş olması hâlinde patentin verilmesine karar verilir, başvuru sahibine bildirilir, bu karar ve patent bülteninde yayımlanır.(SMK. m.98/5) Patentin verilmesi için patent başvurusu ve başvuru konusu buluşun kanundaki tüm koşulları içermesi gerekir.<sup>201</sup>

İnceleme raporunda patentin verilebilmesi için patent başvurusunda değişiklik yapılması gerektiği de belirtilebilir. Bu durumda bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde değişikliklerin yapılması istenir. Yapılan değişikliklerin kabul edilmesi halinde patentin verilmesine karar verilir. Bu durum patent sahibine bildirilir, karar ve patent bülteninde yayımlanır. (SMK. m.98/6) Eğer ki yapılan değişiklikler TÜRK-PATENT tarafından kabul edilmezse veya başvuru sahibi değişiklik yapmazsa başvuru geri çekilmiş sayılacaktır. Bu kararda başvuru sahibine bildirilir ve bülteninde yayımlanır. (SMK. m.98/6)

<sup>199</sup> Başvuran bu süreçte istemlerin neden kabul edilebilir olduğunu teknik ve hukuki gerekçelerle açıklaması gerekir. Bak; Durham, s.32

<sup>200</sup> Sanayi, Ticaret, Enerji, Endüstri, Tabii Kaynaklar Bilgi ve Teknoloji Alt Komisyonu'nda inceleme sürecinde en fazla 3 olan bildirim sınırının kaldırılması gerektiği belirtilmişse de sektör temsilcileriyle yapılan istişare toplantılarında 3 olan bildirim sınırı konusunda uzlaşma sağlanması ve bildirim sayısının sınırlandırılması neticesinde incelemenin ne zaman sonuçlanacağına açıklık kazanması nedeniyle böyle bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Yasemin Şahinler Baykara, Levent Yavuz, Türkay Alica, Sınai Mülkiyet Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2018, s.209, dipnot 5.

<sup>201</sup> Aplin/Davis, s.473

TÜRKPATENT, inceleme raporunda, başvurunun ve buna ilişkin buluşun kanun hükümlerine uygun olmadığına da karar verebilir. Bu durumda ret kararı hazırlanır ve patent verilmeme nedenlerini gerekçeleriyle açıklayan bir inceleme raporu düzenlenir. Ret kararı gerekçeleriyle birlikte başvuru sahibine bildirilir ve bültende yayımlanır. (SMK. m.98/8)

Patent hakkı her ne kadar kamu kuruluşları tarafından tanınan bir hak olsa da patentin verilmiş olması kazanılmış bir hak sağlamayacaktır. Kurum patent belgesi vermekle bu patentin geçerli kalacağını da garanti etmiş sayılmayacaktır. Kanundaki süre içerisinde patentin hükümsüzlüğü davasıyla patent hakkı hükümsüz kılınabilir. Bu hükümsüzlükten dolayı kurumun sorumlu olmadığı kanunda açıkça düzenlenmiştir.(SMK. m.98/9)

## 6. İtiraz

Patent başvurusunun incelenmesi sırasında gerekli özen gösterilmekle birlikte bazen patent korumasına ilişkin önemli hususlar gözden kaçabilir. Bu nedenle kanun koyucu, üçüncü kişilere patent verilmesi kararına karşı itiraz hakkı tanımıştır.<sup>202</sup>

Patentin verilmesi kararına karşı üçüncü kişiler, patentin bülten-de yayımlanmasından itibaren altı ay içinde ücretini ödeyerek itirazda bulunabilir. (SMK. m.99/1) İlgili düzenlemeyle birlikte üçüncü kişiler tarafından yapılacak itirazlar artık patent verilmesinden sonraki bir sürece alınmıştır.<sup>203</sup> Dolayısıyla itiraz ancak şeklen geçerli bir patent hakkına karşı yapılabilir. Henüz patent alınmamış bir süreçte SMK. m.99 bağlamında itiraz yoluna başvurulamayacaktır.

Kanundaki düzenlemede kimlerin itiraz etme hakkına sahip olduğu da üçüncü kişiler ifadesiyle belirlenmiştir. Bu ifadeye göre her türlü gerçek veya tüzel kişinin itiraz hakkı bulunmaktadır.<sup>204</sup> Bununla

<sup>202</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ortan, Avrupa C.1, s.146

<sup>203</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu m.99 Gerekçesi, Doktrinde, patent işlemleri devam ederken üçüncü kişilerin başvuruya ilgili görüşlerini bildirmesinin mümkün olduğu, ancak patent verilme kararından sonra koruma kapsamını oluşturan patent hakkına itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Fatma Özer, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 128, 2017, ss. 131-167, s.154

<sup>204</sup> Ortan, Avrupa C.1, s.148 İngiliz Hukuku'ndaki düzenlemede de "any person"

birlikte YİDKY. m.4/1’de itiraz edebilecek üçüncü kişilerin işlemlerin tarafı olan ve karar nedeniyle menfaati etkilenen kişiler olduğu düzenlenmiştir. Kanımızca yönetmelikteki bu düzenlemeyle kanun arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır.

Üçüncü kişilerin kanundaki usule göre süresinde ve ücretini ödeyerek itiraz etmesi gerekir. Yapılan itirazların da gerekçeli olarak ve yazılı bir şekilde yapılması gerekir.<sup>205</sup> Gerekçenin ise ayrıntılı, açık ve öz bir şekilde yazılmasında fayda vardır. Böylelikle itirazın konusu ve haklılığı açıklanabilecektir. Üçüncü kişilerin süresi içinde itiraz etmemesi, itiraza ilişkin ücretleri ödememesi veya yönetmelikte belirlenen şartlara uygun bir şekilde itiraz etmemesi halinde itiraz yapılmamış sayılır. (SMK. m.99/2) İşleme alınmayan itirazlar, işleme alınmama kararıyla birlikte itiraz sahibine bildirilir.(SMKY. m.105/3) İtirazın yapılmamış sayılması durumunda veya hiçbir itirazın bulunmaması halinde, patentin verilmesi hakkındaki karar kesinleşir ve nihai karar bültende yayımlanır.(SMK. m.99/3)

Üçüncü kişiler tarafından itiraz edilmesi halinde TÜRK PATENT, bu itirazı patent sahibine bildirir. Patent sahibi itiraz üzerine üç ay içinde görüşlerini sunabilir veya gerektiğinde tarifname, istem veya resimlerde değişiklikler yapabilir.<sup>206</sup> İtiraz ise patent sahibinin görüşleri ve patent değişiklik talepleri dikkate alınarak tekrar incelenir. (SMK. m.99/4)

İtiraz edilecek haller kanunda özel olarak düzenlenmiştir. İtiraz eden, SMK. m.99/1 gereği; patentin koruma kriterlerini karşılamadığı,<sup>207</sup>

---

ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde “any person” ifadesi nedeniyle herhangi bir kişinin ticari menfaati olsun olmasın itiraz edebileceği belirtilmiştir. Bently/Sherman, s.377

<sup>205</sup> Tüzüner, s.156

<sup>206</sup> SMKY. m.105/5 gereği “Patent sahibinin, patentte değişiklik yapması durumunda değişen metin ile bu değişikliklerin metin içerisinde nerelerde yapıldığının açık ve anlaşılır bir şekilde gösterildiği sayfalar da Kuruma sunulur. Değişiklikler, içerik olarak açık ve anlaşılır nitelikte olmalıdır. İtiraz, patent sahibinin görüşleri ve varsa patentte değişiklik talepleri de dikkate alınarak, Kurul tarafından incelenir.”

<sup>207</sup> Nitekim bir buluşun patentle korunabilmesi için, buluş sayılması, korumadan istisna edilmemiş olması, yeni olması, önceki açıklamaların bu yeniliği ortadan kaldırmaması, buluş basamağı kriterini içermesi, sanayiye uygulanabilir olması, buluş faaliyetine dayanması gerekir. Aksi halde itiraz konu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ortan, Avrupa C.1, s.153

buluşun yeterince açıklanmadığı ve patent konusunun, başvurunun ilk halinin kapsamını aştığı gerekçesiyle itiraz edebilir.<sup>208</sup> Bu hallere değinirsek; ilk olarak itiraz eden, patent konusunun SMK. m.82 bağlamında buluş olmadığını veya patentlenebilir bir buluş olmadığını iddia edebilecektir. Yine aynı düzenlemeye göre itiraz eden buluşun SMK. m.83 bağlamında patent verilebilirlik koşullarını taşımadığını iddia edebilecektir. İkinci olarak itiraz eden buluşun, SMK. m.92/1 ile SMK. m.92/3 bağlamında yeterince açıklanmadığını iddia edebilecektir.<sup>209</sup> Bu nedenle patent başvurusunda, tarifname, istemler ve varsa resimlerle teknik bir alanda uzman bir kişi tarafından buluşun uygulanabileceği şekilde açık ve tam olarak açıklanması gerekir. Bu koşullara uyulmadan yapılan açıklamalar ve başvurular itiraz konusu olabilir. Son olarak itiraz eden, başvurunun ilk halinin kapsamını aştığını<sup>210</sup>, patentin SMK. m.91 bağlamında yapılan bölünmüş başvuruya dayanması halinde önceki başvurunun ilk halinin kapsamını aştığı veya SMK. m.110/3-b gereği yapılan başvurunun yine önceki başvurunun ilk halinin kapsamını aştığını iddia ederek itiraz edebilir.

İtiraz üzerine Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Kurulları Yönetmeliği(YİDKY) gereği Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu değerlendirme yapacaktır. YİDKY m.6/2'e göre *Kurul, itirazları incelerken taleple ve gerekçeyle bağlıdır. Ancak, önemli ve ağır usul hataları ile itiraza konu kararı veren dairenin resen incelemesi gereken hususları, taleple ve gerekçeyle bağlı olmaksızın, resen dikkate alabilir.* Ayrıca Kurul, karara etki edecek bir konu varsa bekletici sorun yapılması için ara karar verebilir.(YİDK. m.6/3) Kurul'un kararı ise iki yönde olabilir. YİDKY. m.6/4'e göre *Kurul, şekli yönden eksiklik içermeyen bir itirazla ilgili olarak uyuşmazlığı kendisi sonlandıracak şekilde nihai karar verebileceği gibi, esas hakkında sağlıklı ve eksiksiz bir inceleme ve değerlendirme yapılmasını engelleyen ya da nihai karar verilmesini ve uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını ciddi derecede etkileyen bir usul hatası veya eksiklik bulunması durumunda, gerekçelerini belirtmek suretiyle dosya-*

<sup>208</sup> Suluk, s.98

<sup>209</sup> Buluşun; istem, tarifname ve resimlerde uzman bir kişinin buluşu uygulayabileceği ve anlayacağı netlikte açıklanması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Ortan, Avrupa C.1, s.153,154

<sup>210</sup> Patent başvurusu sürecinde başvuran, patent başvurusu üzerinde bazı değişiklikler yapabilir. Ancak patent başvurusunu, ilk başvurudaki metnin içeriğini açacak şekilde değiştiremez.

*nın ilk kararı veren birime gönderilmesine de karar verebilir.* Kural kararları toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla alınmakla birlikte oyların eşit olması halinde başkanın oyunun kullandığı yönde karar tesis edilir. (YİDK. m.7/1) Kurul'un kararıysa nihai karar olup bu karara tekrar itiraz edilemeyecektir.

İtiraz neticesinde Kurul, patentin veya değiştirilmiş halinin bu kanuna uygun olduğu görüşündeyse patentin veya varsa değiştirilmiş halinin devamına karar verir. Ancak uygun olmadığı görüşündeyse patentin hükümsüzlüğüne karar verir. (SMK. m.99/5)<sup>211</sup> Hükümsüzlük kararı bültende yayımlanır. Kurul, SMK.m.99/6 gereği patentin veya değiştirilmiş halinin ilgili kanuna kısmen uygun olduğu görüşüne<sup>212</sup> de varabilir. Bu durumda patentin bu kısım itibarıyla devamına karar vererek patent sahibinden bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde gerekli değişiklikleri yapmasını ister. Değişikliklerin yapılmaması veya yapılan değişikliğin kabul edilmemesi halinde Kurul patentin hükümsüzlüğüne karar verecektir. Hükümsüzlük kararıysa bültende yayımlanır.

Kararlarda bazen maddi yazım hataları olabilir. Bu durumda da karara itiraz edilebilir. Yine Kurul herhangi bir talep olmaksızın maddi hatayı resen tespit edip düzeltebilir. (YİDKY. m.8/1) Bununla birlikte Kurul'un gerek nihai kararlarına karşı, gerek maddi hataların düzeltilmesine ilişkin kararına karşı bildirimden itibaren iki ay içinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde dava açılabilir. (YİDK. m.8/3)

İtiraz süresinde herhangi bir itiraz olmaması veya itiraz yapılmamış sayılması hallerinde patentin verilmesi hakkındaki karar kesinleşir ve nihai karar bültende yayımlanır.(SMK. m.99/3). Bununla birlikte itiraz olmamasına rağmen patent hakkına yönelik olarak kanundaki süre içerisinde her zaman hükümsüzlük davası veya patentin gaspı davası açılabilir.

SMK'da, PAT KHK'sından farklı olarak bir düzenleme daha yapılmıştır. SMK. m.100/1'de SMK. m.99 hükümleri saklı kalmak üzere

<sup>211</sup> Bu hükümsüzlük SMK. m.139'da belirtilen hükümsüzlük sonuçlarını doğurur.

<sup>212</sup> Patentin değiştirilmiş hâliyle devamına karar verilmesi durumunda, patentin değiştirilmiş hâli bültende yayımlanır.

TÜRKPATENT'in almış olduğu tüm kararlara karşı patent başvuru sahibi, patent sahibi veya ilgili üçüncü kişiler tarafından kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde itiraz edilebilecektir. Bu itirazlar Kurul tarafından incelenip karara bağlanacaktır. Kurul'un itirazları değerlendirmesiye YİDKY. m.6,7,8 bağlamında yapılacaktır.

## VI. Sonuç

Mucitler, fikri faaliyetler neticesinde elde ettikleri buluşları, patentle koruma altına alarak uzun süreli ve hukuken korunan bir hak elde etmek istemektedirler. Ancak patent koruması, özünde tekniğe ilişkin bir değerlendirme içermesi nedeniyle, uzun ve meşakkatli bir süreç sonunda elde edilmektedir.

Patentle korunan buluşların korunabilmesi için kanundaki koşulların yerine getirilmesi gerekir. Bu da kolay bir süreç değildir. Bu süreçte başvuranın birçok noktaya dikkat etmesi gerekir. Öncelikle buluşun patent verilebilirlik koşullarını taşıması gerekir. Başvuran, başvurmadan önce buluşunun kanundaki patent verilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığını ön bir çalışmayla araştırmalıdır. Ayrıca patent başvurusuna konu buluşu geliştiren mükemmelleştiren yenilikler varsa bunlar da ek patent konusu olabilir.

Buluşun patentlenmesindeki en önemli süreç ise patent başvurusunun hazırlanması sürecidir. Bu süreçte özellikle patent hakkının koruma kapsamını belirleyecek olan tarifname ve istemler, kanuna uygun bir şekilde hazırlanmalıdır. Aksi halde patent hakkı hükümsüz kılınabilir, yetersiz hazırlanan istem ve tarifnameler neticesinde patent hakkı tecavüz davalarında savunmasız kalabilir. Yine itinalı bir şekilde hazırlanmayan başvurulara konu buluşlar, her ne kadar alanında çığır açsa da, noksan başvuru nedeniyle yetersiz bir korumaya sahip olabilir.

Son olarak patent belgesinin elde edilmesi için usulüne uygun bir başvurunun yapılıp, bu başvurunun nihayete erdirilmesi gerekir. Patent başvuru süreci temel olarak şekli inceleme, araştırma raporu düzenlenmesi, patent başvurusunun yayımlanması, inceleme raporu düzenlenmesi, itirazlardan oluşmaktadır. Bu süreç başarıyla tamamlanırsa patent belgesi elde edilebilecektir.

## Kaynakça

- Aplin Tanya, Davis Jennifer, Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, 1.st Edition, Oxford, U.K., 2009.
- Aksakal Ayşegül, Aydın Başak, Öztürk Özge, Yıldırım Eyyüp, "Yargıtay Kararları", *FMR Dergisi*, C:9, S:2, Y.2009, (s.117 – 136).
- Atalay Barış, Patent Hukukunda İstem Yazım Teknikleri, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2017.
- Aydınalp Kamer, "Patent İstemlerinin Eşdeğerler Doktrini Kapsamında Değerlendirilmesi", Türk Patent ve Marka Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011.
- Baştürk Zekariya, Markadan Patente, Elma Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2010.
- Bently Lionel, Sherman Brad, Intellectual Property, Oxford Press, 2.nd Edition, Hants, U.K., 2004.
- Camcı Ömer, Endüstriyel Tasarım Davaları, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, 1.Baskı, İstanbul, 2000.
- Churnet Dargaye, "Patent Claims Revisited", 11 Nw. J. Tech. & Intell. Prop, Volume 11, Issue 6, Y.2013, (s.501 – 540).
- Durham L. Alan, Patent Law Essentials, Quorum Books, 1.st Edition, London, U.K., 1999.
- European Patent Office (EPO), Guidelines for Examination, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines2018/e/index.htm>, (E. T. 10.12.2018)
- European Patent Office (EPO), T 606/89 Nolu Kararı, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t890606eu1.pdf>, (E. T. 10.12.2018)
- Erdil Engin, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2016.
- Güneş İlhami, "Uluslararası Patent Hukuku Konferansından İzlenimler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:13, Sayı:148, Y.2018 (s.124 -126), (Patent Hukuku)
- Güneş İlhami, "Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulama", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:13, Sayı:137, Y.2018, (s. 80-87). (SMK)
- Güneş İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayınevi, 4.Baskı, Ankara, 2017. (Haksız Rekabet Davaları)
- Güneş İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu İşığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Davaları, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2017. (Patent ve Faydalı Model)
- Karauz Ağâh Kürşat, Cenkci Esra, İlaç Patentinin Sağladığı Hukuki Koruma, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:2, Y.2014, (s.109-139).
- Kaya Arslan, "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", *İÜHFİM*, C.55, S.4, Y.2011, (s.173-200).
- Kayakökü Ahmet, Patent Başvurusu, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2017.
- Kazancı İçtihat Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (E. T.14,10.2018)
- Keskin Serap, Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2003.
- Kılıçoğlu M. Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara, 2013.



- Noyan Erdal, Patent ve Faydalı Model Belgesi Verilmesi, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2011.
- Ortan Ali Necip, Avrupa Patent Sistemi C.1, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi, 1.Baskı, Ankara, 1991. (Avrupa C.1)
- Ortan Ali Necip, Avrupa Patent Sistemi C.2, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi, 1.Baskı, Ankara, 1991. (Avrupa C.2)
- Ortan Ali Necip, Patent Lisans Sözleşmesi, Doğan Basımevi, 1.Baskı, Ankara, 1979. (Patent Lisans)
- Özer Fatma, "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 128, Y.2017, (s. 131-167)
- Öztürk Özgür, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan Yayınevi, 1.Cilt, Ankara, 2008.
- Pressman David, Patent It Yourself, Nolo Press, 3rd Edition, Berkeley, California, 1991.
- Şahinler Baykara Yasemin, Yavuz Levent, Alıca Türkay, Sınai Mülkiyet Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2018
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5.Baskı, İstanbul, 2012.
- Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, Sınai Mülkiyet Kanunu, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2017.
- Topçu Deniz, Patent Lisans Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2016.
- Türk Patent Enstitüsü, Patent İnceleme Kılavuzu, 2016/2, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/EDAD1D29-D2CB-4F2E-BE4C-F1AD15F8E44C.pdf> (E.T. 16.12.2018)
- Türk Patent ve Marka Kurumu, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/allAnnouncement/announcementDetail?newsId=1045>, (E. T. 04.01.2019)
- Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent/Faydalı Model Kılavuzu, 2018/3, Ankara, <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/Publications> (E.T. 10.11.2018)
- Tüzüner Özlem, Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Vedat Kitapçılık, 1.Baskı, İstanbul, 2011.
- Yıldırım Murat, "İlaç Patentlerinde İstemlerin Yorumlanması", *FMR Dergisi*, C:6, S:2006/2, Y.2006, Ankara, (s.105-140).
- Ünal Onur, "Patent Hukukunda İstemler", İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Sınai Mülkiyet Kanunu Gereçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>, (E.T.01.12.2018)
- Suluk Cahit, "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C.4, S.1 Y.2018, (s.91-109).
- Suluk Cahit, Karasu Rauf, Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2017.
- World Intellectual Property Organization (WIPO), Patent Drafting Manuals, IP Assets Management Series, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo\\_pub\\_867.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/867/wipo_pub_867.pdf), (E.T. 16.11.2018)

# HEKİMİN KUSURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF PHYSICIAN'S DEFECT

Atiye B. UYGUR\*

**Özet:** Sorumluluk Hukukuna göre, hekim kusurlu bir davranışı ile hastasına zarar verdiği zaman, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluk hali olduğu için, hekimlik sözleşmesi açısından, hekimin kusuru sorumluluğunun kurucu unsurlarından biridir. Hekimin tıbbi faaliyetinin kusur açısından değerlendirilmesinde, hekimlik mesleğinin özel davranış standartlarının yani tıbbi standartların esas alınması söz konusudur. Ancak hekimler, tıbbi faaliyetleri sırasında sadece mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni de göstermek zorundadırlar. Hekim, somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbi standartların altında bir uygulama yapmış ise, tıbbi uygulama hatası (medical malpractice) yaptığı kabul edilmektedir. Bu anlamda hekimin mesleki kusuru aslında objektif özen yükümünün ihlali ile aynı anlama gelmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Meslek Kusuru, Tıbbi Uygulama Hatası, Malpraktis, Özen Yükümü

**Abstract:** Under the Liability Act, the physician must compensate the damage if he harms his patient with a defective behavior. Since the responsibility arising from the breach of the contract is a liability based on imperfection, it is one of the constituent elements of the physician's responsibility for the contract of the physician. The evaluation of the physician's medical activity in terms of defect is based on the medical standards of medical profession. However, physicians should pay attention and care during their medical activities, not only professionally but also due to general life experiences. If the physician made an application under the medical standards which should be applied according to the characteristics of the concrete event and the conditions to which it belongs, it is assumed that it has made a medical misapplication. In this sense, the physician's professional defect is actually the same as a violation of the objective maintenance obligation.

**Keywords:** Liability of Physician, Medical Activity, Malpractice, Medical Standarts, Physician's Professional Error

\* Dr. Öğr. Gör., Atılım Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu Adalet Bölümü, atiye.uygur@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2988-7357, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.04.2019, Kabul Tarihi: 05.04.2019

## GİRİŞ

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluk hali olduğu için, borçlunun kusuru sözleşme sorumluluğunun kurucu unsurlarından biridir.<sup>1</sup> Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur (akdi kusur), borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçiminin bir niteliğidir. Bu anlamda kusur, borçlunun, örnek borçlu tipi ile karşılaştırıldığı zaman özen konusunda göstermiş olduğu eksiklik olarak ifade edilebilir. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan sorumlulukta, borçlunun göstermesi gerekli özen derecesi, her şeyden önce yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, sonra da mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul ve dürüst, orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin bu tür ilişkilerde göstereceği özen derecesine göre belirlenir. Borçlu, sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülükleri ihlal etmiş olmalıdır. Bu durumda kusur genel bir davranış kuralına değil, tamamen özel bir yükümlülüğe ilişkindir. Borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlal etmesine kast; bunu önlemek için kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemesine ise ihmal denir.<sup>2</sup> Özel hukukta ihmal dikkatsizlik, tedbirsizlik ve özensizlik hallerini ifade eder. Bu anlamda ihmal, gösterilmesi gereken dikkat ve özen eksikliği anlamına gelmektedir. Ancak sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlu kural olarak her tür kusurundan (TBK. m.114/I) sorumlu olduğu için kusurun türü ve derecesi büyük önem taşımaz.<sup>3</sup> Bu değerlendirme sürecinde, hekimin kusuru kast olarak değil, daha çok ihmal olarak karşımıza çıkar.

<sup>1</sup> Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara1961, s.415.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22.Bası, Ankara 2018. s.815 vd.; Ayrıca bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, İstanbul 2015.

<sup>2</sup> Tandoğan, s.415.; Kılıçoğlu, s. 415 vd.

<sup>3</sup> TBK m.114 de "Sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı" başlığı altında: "Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine uygulanır" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm sayesinde, borçlunun somut olaydaki kusurunun türü ve derecesi sorumluluğun kapsamını belirlemek için kullanılabilir. Tazminat miktarının takdirinde, borçlunun kusurunun derecesi alacaklının borca aykırılığa razı olması, zararın doğumuna ya da artmasına sebebiyet vermesi şeklindeki ortak kusurlu davranışları gibi bazı unsurlar göz önünde tutulacaktır. Kılıçoğlu, s. 827 vd.

## I. TIBBİ KUSUR

Hekimlik Sözleşmesi, yaşam, sağlık ve kişilik hakları ile çok yakından ilgili olma özelliği ile iş görme sözleşmeleri arasında farklı bir yere sahiptir. Zira hekimlerin faaliyet konusu olan insan, anatomik, fizik ve ruhsal yapı açısından çok karmaşık bir varlıktır. Öyle ki, hekimlik mesleğinin icrası birçok bilinmeyen ve öngörülemeyen risk ile birlikte gerçekleşmektedir. Diğer yandan insanın yaşamı, sağlığı, sırları, özgürlükleri vb. maddi – manevi değerleri çağdaş hukuk sistemleri tarafından kişilik hakkı kapsamında koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla, devlet tarafından verilen bir izne dayalı olarak yapılan ve bu niteliği ile toplumda özel bir güven oluşturan hekimlik mesleğinin getirdiği sorumluluklar da, belirli ölçütlere göre özel olarak değerlendirilmelidir.<sup>4</sup> Hekimler, mesleklerini icra ederken<sup>5</sup> öncelikle hastalarının zarar görmemesini sağlamak durumundadırlar. Tıp etiği ve hukuk, bu konuda görüş birliği içindedirler.<sup>6</sup> Hekimin tıbbi faaliyetinin kusur açısından değerlendirilmesinde, hekimlik mesleğinin özel davranış standartlarının yani tıbbi standartların esas alınması söz konusudur.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Çetin Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorların, Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu, Ankara 1993 s. 76-77.; Kaneti, hekimin sorumluluğu alanında, hukukçunun bir denge sağlaması gerektiğini şu şekilde ifa etmektedir: "Bir yandan hastayı hekimin özen eksikliğine karşı korumak gereklidir. Diğer yandan hekime yazgının sorumluluğunu taşıtmamak, yeni çözümlerin araştırmasını, daha etkili ama rizikosu daha fazla olan tedavi yöntemlerinin geliştirilmesini engellemek gerekir". Ayrıntıları için bkz. Selim Kaneti, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüku", Sağlık Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 63 vd.

<sup>5</sup> Serbest Çalışan Hekim, Kamuda Çalışan Hekim, Özel Sektörde Çalışan Hekim ve Hasta Arasındaki Hukuksal İlişki konusu için bkz., Özge Yücel, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği" Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler : Yrd. Doç. Dr. Özge Yücel, Doç. Dr. Gürkan Sert, Ankara 2018, s. 235 vd.

<sup>6</sup> Tıbbi uygulamalar açısından hiç zarar vermeden mutlak yararlı olan bir uygulamanın pek mümkün olmaması nedeniyle yarar ve zararın dengelemesi ve hasta açısından yarar lehine ağırlıklı kararların alınması günümüzde daha çok savunulan bir görüştür. "Tıbbi Etik İlkeler" ve konunun ayrıntıları için bkz. Nesrin Çobanoğlu, Tıp Etiği, Ankara 2009, s.17 vd.; Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, s.39 vd.; Robert M. Veatch, The Patient –Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2, Indiana University Press 1991, s. 63 vd.; Ayrıca bkz. "Medical Ethics at The Dawn of The 21st Century" Annals of The New York Academy of Sciences, Volume 91, New York 2000, Editor: Cohen – Almagor Raphael, L.Tom Beauchamp/F. James Childress: Principles of Biomedical Ethics, Oxford University Press, 2001 .

<sup>7</sup> "Tıbbi standartlar hekimin özenli davranıp davranmadığını belirleyebilmek için

Tıp biliminin ulaştığı düzeye göre, her hekimin sahip olması gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hataları, kusur olarak değerlendirilmelidir.<sup>8</sup> Ancak hekimler sadece mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni de göstermek zorundadırlar. Yargıtay'ın hekimlerle ilgili pek çok kararında tekrar ettiği gibi, "hekimlerin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif bile olsalar sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmektedir".<sup>9</sup> Müdahalenin ve sözleşmenin konusunun insan sağlığı olması halinde, gösterilmesi gereken özen ile sorumluluğun ağır olması bu konuda azami dikkat ve özenin aranmasını gerektirmektedir.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan sorumluluğun tespitinde kural, borçlunun göstermesi gerekli özen derecesinin, yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriği ile ait olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin bu tür ilişkilerde göstereceği özen derecesi ile örtüşüyor olmasıdır. Hekimlik sözleşmesinde hekimin kusuru da, sorumluluk hukuku açısından objektifleştirilerek değerlendirilmektedir. Ancak, bu değerlendirmede, hekimin fiilen örnek hekim tipinin davranışına uygun

---

açılan davalarda hukukçular tarafından kullanılan ve hukuki nitelik taşıyan bir enstrüman haline gelmektedir". Zarife Şenocak "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat" Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.245.; Jenny Straeter.: Grober Behandlungsfehler und Kausalitaetsvermutung, 2006, s. 105 vd.

<sup>8</sup> Kaneti, s. 68.

<sup>9</sup> "Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur .... O sebeple, doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir..." Yargıtay 13.HD., E.2016/26894, K. 2018/8072, T. 18.9.2018; "Dava, davalı doktorun yanlış teşhis ile tedavi uygulaması ve ihmalkar davranılması sonucu çocuğun sağ testisinin kaybına neden olunmasından kaynaklı manevi tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir..." Yargıtay 13.HD., E.2016/200247, K.2018/3041, T.14.3.2018; "...o sebeple doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır..." Yargıtay 13.HD. E.2016/6074, K.2017/8426, T.21.9.2017 www.kazanci.com (erişim tarihi: 31.1.2019)

davranma imkânına sahip olup olmadığı önem arz etmiyorsa da, sözleşmeden doğan sorumluluk açısından kusurun mutlak olarak objektifleştirilmesi de mümkün değildir. Somut olaydaki hekimin durumu değerlendirilirken, ortalama bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikimi, mesleki yetenek, tecrübe, fizik ve fikri güç dikkate alınacak bir sapma varsa, bu kusur olarak nitelendirilecektir. Bu durumda hekimin kusurunun objektif yönü, zarar veren davranışının tıp alanında kabul görmüş kurallara aykırılık göstermesi; sübjektif yönü ise, hekimin somut olaydaki durum ve koşullar altında mensubu olduğu meslek grubundaki ortalama hekim tipinin göstereceği davranıştan kusurlu olarak sapmış olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>10</sup>

Hekimin özen gösterme yükümü<sup>11</sup> değerlendirilirken, örneğin bir hekimin bilgi ve yetenekleri, objektif tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu durumlarda, objektif borçlu tipinin bilgi ve yetenekleri değil, bizzat o hekimin bilgi ve yetenekleri dikkate alınacaktır. Hekimin üst ihtisasının olması ya da birkaç alanda birden uzmanlaşmış olması, bu gibi durumlara örnek olarak verilebilir. Uzman bir hekimden beklenen özenin, pratisyen bir hekimden beklenen özenden daha fazla olmasının nedeni de budur. Aynı şekilde, hekimin çalıştığı yer ve kurumun fiziki şartları ve sahip olunan tıbbi donanımlar da bu açıdan kendi içinde değerlendirilmelidir. Yargı kararlarında da, titiz bir ihtimam ve dikkat göstermek, hem mesleki hem de hayat tecrübelerine göre özenli davranmak ve gerekli tüm tedbirleri almak hekimin, özen gösterme yükümünün ölçüsü olarak kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, Cilt : 57, S.3, s. 247.

<sup>11</sup> Hekimlik Sözleşmesinin hukuki niteliği, hem öğretide (baskın görüş olarak) hem de Yargıtay kararlarında vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle hekimin özen gösterme borcu, TBK m.506/3 hükmü gereği "Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır". Yücel, s.241 vd.; Ayrıca bkz., Alper Gümüş: Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

<sup>12</sup> "...Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir..." Yargıtay 13.HD., E.2016/25663, K.2018/7615 T.4.7.2018.; "...Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonu-



Hekimden öncelikle beklenen tıp biliminin kabul görmüş olan, uygulanması olağan ilke ve kurallarını bilmek ve tıbbi faaliyetini gerekli her türlü önlem ve tedbirleri alarak yürütmektir. Biyotıp Sözleşmesi 4 üncü maddesinde yer alan "Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." ifadesi ile tıbbi uygulama hatalarının en aza indirilebilmesi için bir sınır çizilmiştir. Hekimlerin göstermeleri gereken dikkat ve özen konusunda, ayrıca tıbbi müdahalenin amacı ve tehlikelilik ölçüsü de göz önünde tutulmalıdır. Müdahalenin amacı ile ifade edilmek istenen, tıbbi müdahalenin zorunlu olup olmamasıdır. Örneğin estetik amaçlı tıbbi müdahaleler<sup>13</sup> her durumda zorunluluk içermediği için, bu tür tıbbi müdahalelerde hekimin göstermesi gereken dikkat ve özen daha ağır değerlendirilecektir.

Hekim tarafında gerçekleştirilen her türlü tıbbi faaliyetin, insan sağlığı açısından az ya da çok tehlike taşıdığı ve belli oranlarda risk içerdiği bir gerçektir. Hekimin yaptığı uygulananın ya da tedavinin tehlike ve risk oranı arttıkça, hekimin göstermesi gereken özen de artmaktadır. Hekimin gerçekleştirdiği en tehlikeli tıbbi faaliyetlerin başında, hiç kuşkusuz cerrahi müdahaleler gelir. Cerrahi müdahaleler, hastanın sağlığı için taşıdıkları büyük önem ve tehlikeleri nedeniyle, cerrahi olmayan müdahalelere oranla daha yüksek bir özeni gerekli

---

ca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekil, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumda bu tereddütünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınarak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil ( hasta ) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır..." Yargıtay 13.HD., E.2015/15331, K.2017/3251 T.15.3.2017 <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 31.1.2019)

<sup>13</sup> Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, kişinin doğuştan veya sonradan bir kaza sonucunda meydana gelmiş ve onun dış görünüşünü -çoğu zaman psikolojisini de bozan deformasyonların giderilmesine yönelik onarıcı/güzelleştirici tıbbi müdahalelerdir. Sadece güzelleşmek amacı ile yapıldığında bile kişinin ruhsal sağlığı açısından önemli olabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.23 vd.



kılar. Cerrahi müdahale yapan her hekim, çok ciddi ve önemli bir sorumluluk üstlenir zira müdahale için kullanılan kesici aletlerden herhangi birinin hekimin elinden hafif bir şekilde kayması bile, geri dönüşü olmayan çok ağır sonuçlar doğurabileceği gibi hastanın hayatını kaybetmesine bile neden olabilir.

## II. TIBBİ UYGULAMA HATALARI (Malpraktis)<sup>14</sup>

Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m.13 "Hekimliğin Kötü Uygulaması (Malpractice): Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir." ifadelerini içermektedir. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1992 yılında "Tıpta Yanlış Uygulama" konulu bildiride, tıbbi uygulama hataları "Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermesi ile oluşan zarar" şeklinde tanımlanmıştır.<sup>15</sup> Ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı kararları ise, hekimin tıbbi standartları takip etmek ve bunları uygulamak durumunda olduğuna özellikle dikkat çekmektedirler.<sup>16</sup> Bu durumda, öncelikle tıbbi standart kavramının ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

<sup>14</sup> Türkçeye malpraktis olarak çevrilen ve çoğunlukla bu şekilde kullanılan medical malpractice ifadesinin tam karşılığı olarak tıbbi uygulama hataları terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Aynı yönde bkz. Polat, s.31.; Aynur Yongalık, "Hekimlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası" Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler : Yrd. Doç. Dr. Özge Yücel, Doç. Dr. Gürkan Sert, Ankara 2018, s. 407.

<sup>15</sup> <http://www.wma.net>

<sup>16</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (12578 S. RG Tarihi : 19.02.1960) m.13/1: "Hekim... ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder.." TDN m.13/2: "...tababet prensip ve kaidelerine aykırı ...mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır"; Hasta Hakları Yönetmeliği m.11: "Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir". Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.5: "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak, insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikle ödevidir. Biyotıp Sözleşmesi m.4: "Araştırmalar dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."; Birçok yargı kararında da "Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan gecikmesizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır..." ifadeleri kullanılmıştır. Yargıtay 13.HD., E.2006/10068, K.2006/13288, T. 10.10.2006 (YKD. Cilt: 33, S: 9, Eylül 2007, s.1701-1704); Yargıtay 13.HD., E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006 (YKD. Cilt: 33, S:7, Temmuz 2007, s.1307-1310)

### A. Tıbbi Standart Kavramı

Tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları yani denenmiş ve bilinen meslek kuralları tıbbi standart olarak ifade edilmektedir. Dolayısı ile tıbbi uygulama hataları, bilinen ve kabul edilen tıp kurallarının yani tıbbi standartların ihlal edilmesi ile ortaya çıkmaktadır ki, bu da hekime mesleki kusur olarak yükletilebilmektedir.<sup>17</sup> Farklı bir ifade ile hekim somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbi standartların altında bir uygulama yapmış ise, tıbbi uygulama hatası yaptığı ve kusurlu olduğu kabul edilmektedir.<sup>18</sup>

Genel olarak, hekimden beklenen standart uygulamalar: anemnez alma, muayene yapma, tanı metotlarını kullanma, bilgilendirme, aydınlatılmış rıza alma, istenmeyen ve beklenmeyen komplikasyonları bilme, bakım yapma, takip/kontrol yapma şeklinde sıralanabilmektedir.<sup>19</sup> Tıp, her an gelişmekte olan bir bilim dalı olduğundan standartla-

<sup>17</sup> Doktrinde, tıbbi uygulama hataları farklı şekillerde de tanımlanmaktadır. Bunlardan bazıları: "Yanlış teşhis tedavi ve ameliyat sırasında veya sonrasında gereken özenin gösterilmemesi, yanlış iğne, hatalı tahlil, araç-gereç ve personel yetersizliği, hasta haklarının gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmemesi ve benzer durumlar nedeniyle ortaya çıkan bedensel ve manevi zararlar tedavi hatası olarak tanımlanır". bkz. Cengiz Hortoğlu, "Tedavi Hataları", Güncel Hukuk, Mart 2006, s.12-13.; "İhmal, bilgi ve beceri eksikliği vb. nedenlerle ortaya çıkan bakım standartlarından bir sapmayı da içeren ve hastada bir zararla sonuçlanan, hatalı olduğu kabul edilen tıbbi uygulamaları, tıbbi uygulama hatası olarak kabul etmek gerekir". bkz. Polat, s. 32.; Daha geniş bir tanım ise şu şekilde yapılmıştır: "Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak iyileşmesinin gecikmesinden, hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamı, tıbbi uygulama hatasıdır". bkz. Gürsel Çetin, "Tıbbi Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, (Editörler: Çetin/Yorulmaz) İstanbul 2006, s.31-42.

<sup>18</sup> Hestbeck v. Hennepin Country, 212 NW2d 361 (Minn 197) "enfekte olmuş bir apandistin sadece kompres yapılarak tedavi edilmeye çalışılması"; Cass civ Ire, 4 No 1964 Gaz Pal 1965.1.43 "kanser ya da frengiyi, sağlıklı insanlara etki edebilecek ilaçlarla iyileştirmeye çalışma"; Düsseldorf, 13 Apr 1978 VersR 1979 723 "hemeroid şikâyeti olan bir hastayı dört haftadan fazla bir süre fitil uygulaması ile tedavi etmeye çalışma ve bu süre içinde hiç rektal muayene yapmama"; Coughlin v. Kuntz (1987 17 BCLR2d 365 (Sc) "Boyun discectomy'si için çok eski ve hiçbir yerde uygulanmayan bir yöntem kullanma"...vb olaylarda hekimin tıbbi standartları yerine getiremediği kabul edilmiştir. Ayrıntıları ve daha fazla örnek için bkz. Giesen, s. 133 vd.

<sup>19</sup> Nezih Varol: "Sağlık Hukukunda Bilirkişilik" Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hu-

rı da aynı kalmamaktadır. Bu nedenle, acaba hekim ne zamanki tıbbi standartlara ya da kurallara uymakla yükümlüdür sorusuna cevap bulmak gerekmektedir.<sup>20</sup> Bu belirlemenin yapılması açısından kural, tıbbi müdahalenin yapıldığı zaman, yer ve hekimin bu standartlara ulaşabilme olanağıdır.<sup>21</sup> Hekimin uzmanlık alanı, görev yaptığı ülkenin, şehrin, hastane ya da sağlık ocağının olanakları tıbbi standartların belirlenmesi açısından dikkate alınacak olan faktörlerdir. Hekim, her durumda uzmanlık alanının gerektirdiği bilgi düzeyine göre gerekli özen ve dikkati göstermekle yükümlü olsa da, çalışma ortamının kendisine sağladığı olanaklar çerçevesinde görevini yapabileceği gerçeğinden uzaklaşmamak gerekir. Hekimin büyük bir şehir de ve tam donanımlı bir hastanede yapacağı müdahale ile neredeyse hiç bir tıbbi donanımın olmadığı, küçük bir köyün sağlık ocağında yapacağı müdahalenin aynı standartlarda değerlendirilemeyeceği açıktır. Tıbbi standartlara aykırı davranış ve objektif özen yükümlülüğünün ihlali çoğunlukla hekimin kusurlu olması anlamına gelse de, her somut olay kendi özellikleri içinde değerlendirilmelidir. Hekimin acil bir durumda, uygun bir hastaneye gönderilme imkânı mevcut olmayan hastaya, gerekli personel, tıbbi araç ve gereçlere sahip olmadığı şartlarda ve tıbbi standartlara uymayan –ama hayat kurtarıcı nitelikte - bir tıbbi müdahalede bulunması bu duruma örnek olarak verilebilir.

Hekimin bilgi düzeyi, öncelikle sahip olduğu uzmanlık alanı ve ülkemizde tıp biliminin eriştiği bilgi düzeyi olarak ifade edilmekte ve değerlendirilmektedir. Hekimlere verilen diploma ve izin, ülkemizde tıp biliminin eriştiği düzeyde bilgilere sahip olduğu kabul edilerek verilmektedir. Hekimin eğitimini tamamladığı tıp fakültesinin ya da uzmanlık aldığı kuruluşun olanakları ve düzeyi bu açıdan önem taşımaz.<sup>22</sup> Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, araştırma ve eğitim amaçlı faaliyet gösteren bir kuruluştaki, üst düzey akademik kariyer yapan hekimlerin, yabancı ülkelerde yapılan çalışma ve uygulamaları araştırmak ve bilmek sorumlulukları mevcuttur. Dolayısıyla, hekimin mesle-

kuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 379.

<sup>20</sup> Giesen, Determination of Standards § 10., s. 104 vd.

<sup>21</sup> Hancı, Hamit: "Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu" Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 305.

<sup>22</sup> Aşçıoğlu, s.78.

ki ve hukuki yükümlülüklerinden biri de uzmanlık alanındaki gelişme ve yenilikleri takip ederek kendisini geliştirmesidir.<sup>23</sup> Hekimin, standartlara uygun tıbbi müdahalede bulunabilmesi öncelikle, standartları tanıması, bilmesi ve onlara hâkim olması ile mümkün olabilir. Günümüzdeki tıbbi ve teknik gelişmelerin hızı karşısında, bu konu da gösterilmesi gereken özen daha da önemli hale gelmiştir.

Tıbbi standartların yerine getirilmesinin önemli bir boyutu da, hiç şüphesiz ekonomik olanaklardır ki, tıbben mümkün olan her zaman ekonomik olarak mümkün olmayabilir. Örneğin, hastanenin yatak kapasitesi, teşhis olanaklarının yeni standartlara uygun olmaması vb. kaynak eksiklikleri nedeniyle ancak standardın altında tıbbi müdahale yapılabilmesi mümkün olabiliyorsa, hekim de kendinden beklenen özen çerçevesinde ancak elindeki olanaklarla sınırlı olarak faaliyette bulunabilecektir. Bu tür durumlarda hekim, tıbbi standardın karşılanamamasından sorumlu tutulmamalıdır.

### B. Tıbbi Uygulama Hatası - Komplikasyon Ayırımı

Hekimlik uygulamasının doğasından kaynaklanan gerekli özen ve dikkat gösterilse bile, kaçınılmaz olan bir takım istenmeyen etkiler vardır ki, bunlar komplikasyon veya hukuki anlamda tıbben izin verilen risk olarak tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> Başka bir ifadeyle, tıbbi uygulamanın standartlara uygun olmasına rağmen, ortaya çıkabileceği ilgili çevrelerce kabul edilmiş olan veya her türlü tedbirin alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zararlara komplikasyon denir.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> HMEK m.5: "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak, insan yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirmek için gelişmeleri yakından izler". Önemli bir diğer düzenleme de 9.12.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi" nin 4. maddesinin "Meslek Kurallarına Uyuma" başlığı altında yapılmıştır. "Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir" denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir ve yargı kararlarında da yer almıştır. Bkz. Yargıtay 13.HD., E.2016/26894, K.2018/8072, T.18.9.2018; Yargıtay 13.HD., E.2015/19700, K.2017/10075 T.23.10.2017 <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 31.1.2019)

<sup>24</sup> Fatih M.Yavuz, "Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı" A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s.100.; Ayrıca bkz., Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

<sup>25</sup> Polat, s. 32.,"Somut ve objektif ölçülerde önceden öngörülemeyen ve istenilmeyen

Gerçekleşmiş olan bir olayın tıbbi uygulama hatası mı yoksa komplikasyon mu olduğunun belirlenmesi, doğuracağı sonuçlar açısından son derece önemlidir. Gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulamada tüm özen ve dikkati göstermiş, olası komplikasyonlar için gerekli önlemlerini alarak hareket etmiş bir hekim, meydana gelen zarar nedeniyle kural olarak sorumlu tutulamayacaktır.<sup>26</sup> Bu nedenle, komplikasyon tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar ve zararlı bir sonuç ortaya çıkmış olsa bile bundan hekimin -ya da sağlık personelinin- sorumlu tutulmadığı durum olarak da tanımlanabilmektedir.<sup>27</sup>

Dünya Tabipler Birliği, 1992 yılında Marbella’da yapılan 44.Genel Kurulunda, bazı ülkelerde tıbbi uygulama hatalarının arttığına dikkat çekerek, bu sorunu tartışmaya açmıştır. Marbella Bildirgesi’nde bu artışın nedenlerinin başında, tıbbi bilginin artması ve tıbbi etnolojinin gelişmesinin hekimleri geçmişte yapamadıkları bazı işlemleri yapmaya ittiği ve bu ilerlemelerin çoğunlukla ağır riskleri de içerdiği tespiti yapılmış, ancak tıbbi uygulama hataları (malpraktis) ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumların (komplikasyon) özellikle birbirinden ayrılması istenmiştir.<sup>28</sup>

Sıklıkla vurgulamaya çalıştığımız gibi, hekimlik mesleği ve uygulamaları, içinde pek çok riski barındıran bir alandır. Örneğin, alerji yapma riski, her tür ilaç için söz konusu olabilir. Önemli olan husus, ağrı kesiciden vitamine kadar her ilacın alerji yapma riskinin bulunduğu bilinci ile tedbirli davranmaktır. Hiçbir tedavi ya da cerrahi müdahale, risk almadan gerçekleştirilemez. İyi hekimlik, işte bu noktada daha da büyük önem kazanmaktadır. Gerekli dikkat ve özeni gösteren, bilgi ve beceri sahibi bir hekim, hastasına uygulayacağı tedavi ya da tıbbi müdahalenin, ne tür riskler taşıdığını bilerek, buna göre önlemler almalıdır. Hekimin buradaki sorumluluğu, önlenemeyecek bir durumu önlemeye çalışması değil, buna karşı gerekli tedbirleri almış olması ile ilgilidir. Tıbbi standartların uygulanmasında olduğu gibi,

---

olumsuz risklere bağlı tıbbi sonuçlar, yani komplikasyonlar, meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin sorumlu tutulmasını gerektirmez.” bkz. Demir, s. 246.

<sup>26</sup> “Somut ve objektif ölçülerde önceden öngörülemeyen ve istenilmeyen olumsuz risklere bağlı tıbbi sonuçlar, yani komplikasyonlar, meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin sorumlu tutulmasını gerektirmez”. bkz. Demir, s. 246.

<sup>27</sup> Yavuz, s.100.; Hancı, s.306.; Demir, s.156.

<sup>28</sup> <http://www.wma.net>

komplikasyon için de, bilinmesi gerekeni bilmemek sorumluluk gerektirir. Örneğin, tıbbın standart uygulamalarından biri, ameliyata alınacak olan hastaya, daha önceden bir takım tetkiklerin yapılmasıdır; kanama ve pıhtılaşma zamanı ile ilgili olanlar da bunlardan biridir. Ancak, söz konusu tetkikler yapılmamış, hastada kanama olmuş ve buna bağlı olarak bir zarar doğmuş ise hekim sorumlu olacaktır.<sup>29</sup> Bu nedenle, hem adli tıp açısından hem de hukuki açıdan, her vaka kendi içinde değerlendirilmek durumundadır. Bir olay için komplikasyon olarak kabul edilen durum, bir diğer olayda hekime kusur olarak yükletilebilir.<sup>30</sup> Örneğin, ilaca bağlı görme kaybı bir komplikasyondur ancak böyle bir durum ortaya çıkar çıkmaz hekimin aktif olarak müdahalede bulunarak gerekli önlemleri almaması, hekimin sorumluluğu sonucunu doğurabilecektir. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, hekimin henüz lisans almamış bir ilacı hastasına uygulaması sonucunda meydana gelen zarardan sorumlu tutulmasının gerekçelerinden biri, hekimin uygulamayı ortaya çıkması muhtemel komplikasyonları açısından iyi takip etmemesi şeklinde ifade etmiştir.<sup>31</sup>

Komplikasyonun, yani hukuken kabul edilebilir bir riskin tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa da, hekime sorumluluk olarak yükletilmesi için, çok önemli bir unsura daha ihtiyaç vardır: hekimin hastasını bu duruma karşı bilgilendirmiş olması. Hekim için, komplikasyonu hukuka uygun hale getiren, yani sorumluluğunun doğmasına engel olan durum, gerekli şartların varlığı halinde hekimin hastasını bu konuda aydınlatarak rızasını almış olmasıdır.<sup>32</sup> Hekimin uygulanacak tedavi ve sonuçları ile ilgili olarak hastasına detaylı bilgi vermesi ve bu bilgiyi değerlendiren hastanın da söz konusu tedaviye rıza göstermesi

<sup>29</sup> Yavuz, s. 101.

<sup>30</sup> Bu açıdan önemli bir başka kavram da endikasyon kavramıdır. Endikasyon, bir tıbbi müdahale ya da cerrahi girişimin gereklilik sebebidir. Örneğin; kolu kırılan bir hastada, kolu alçıya alma endikasyonu vardır. Çünkü alçıya almak, kırığın tedavisidir. Bkz. <http://ansiklopedi.turkcebilgi.com/Endikasyon>

<sup>31</sup> Yüksek Mahkeme, hekimin henüz lisanslanmamış bir ilaç ile hastasını iyileştirme çalışmasının yasak olmadığını ama tedavi sürecini özellikle de göz hasarı meydana gelebilme ihtimalini çok iyi takip-kontrol etme sorumluluğu altında olduğunu, söz konusu olayda gerekli gözetimin yapılmamış olmasının bir hata olduğunu ifade etmiştir. Bundesgerichtshof, 27.3.2008, VI ZR 55/05, Andreas Spickhoff, "Informed Consent-Recent Developments", *World Medical Journal*, Vol.54, No:1, March 2008, s.9-10.

<sup>32</sup> Spickhoff, s.9 vd.; Rızanın yerine geçen hukuka uygunluk sebepleri için bkz. Yücel, s. 218 vd.



gerekir. Normal şartlarda, tedavi sırasında ya da sonrasında ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda hastasına bilgi vermemiş olan hekim, gerekli özeni gösterip, uygun tedbirleri aldı ise komplikasyonun meydana gelmesinden değil, aydınlatılmış rıza almamış olmasından dolayı kusurlu sayılacak ve doğan zarardan sorumlu olacaktır. Yargıtay kararlarında da,<sup>33</sup> hastaların meydana gelebilecek komplikasyonlar ile ilgili olarak önceden bilgilendirilmiş olup olmamaları ile gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı özellikle sorgulanmaktadır.

### III. HATALI TIBBİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Ülkemiz açısından, tıbbi uygulama hatalarının denetimi ya da tespiti ile ilgili her hangi bir çalışmaya rastlanmaz iken, bu konuda ulaşılabilen çalışmaların hemen tamamı, resmi bilirkişilik kurumlarına ait kararların geriye dönük olarak incelenmesi ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, hatalı tıbbi uygulama örnekleri ancak şikâyet başvurusu ya da dava açılması yolu ile ortaya çıkabilmektedir. Hekimin tıbbi uygulama hatası yapması, genel olarak, tüm hukuk sistemlerinde iki gruba ayrılarak değerlendirilmektedir: İlk grupta, hekimin bilinçli olarak tıbbi standartların dışına çıkması yer alır. İkinci grupta ise, bilinçli olmadan - dikkatsizlik, özensizlik ya da tecrübesizlik vb. nedenlerle - tıbbi standartlara uygun hareket edilmesi söz konusu olabilir. Hangi şekilde olur ise olsun, hekim tıbbi uygulama hatası sonucunda, hastasına zarar verdi ise sorumlu olacaktır.

<sup>33</sup> "Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur..." Yargıtay 13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; "...ameliyattan önce böyle bir ihtimalden hiç bahsetmemiş olmasına rağmen, davalı doktorun hata ve kusuru nedeniyle, ameliyat sırasında sol kolundaki sinirlerin kesilmesi sonucu sol kolunun felç olduğunu..." Yargıtay 13.HD. T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687; "...Mahkemece, her ne kadar mevcut durumu "... gelişen mesane hasarının her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmâl ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon..." olarak niteleyen adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, idrar kesesindeki yırtığın boyutu göz önünde bulundurulduğunda, davalı doktorun ortaya çıkabilecek riskleri ortadan kaldırmak adına ameliyat öncesi ve sonrası yapması gereken girişimlerin neler olduğunun, ameliyat sırasında durumun tespit edilip edilmediğinin, ameliyat sonrasında derhal müdahale edilip edilmediğinin, zararın azalması veya ortadan kaldırılması adına ne yapıldığının, bu aşamalarda davalı doktorun ihmâlinin ve kusurunun bulunup bulunmadığının da tartışılması gerekir..." Yargıtay 13.HD., E.2015/40778, K.2017/3963 T.5.4.2017 www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)



### A. Teşhis (Tanı) Hataları

Teşhis hatası yalnız başına, hekimin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Hekim, sanatının kurallarına göre ve zorunlu tüm zamanı ve dikkati harcayarak hastasını muayene ettikten sonra özenle teşhisini koymuş,<sup>34</sup> uygun tedaviyi tavsiye edip tıbben kabul edilen ilkelere uygun biçimde bunu uygulamışsa, ihmal veya tedbirsizlik nedeniyle kınanmaktan kurtulur. Burada önemli olan, hekimin, teşhis koyabilmek için gerekli araştırmaları tamamlamış, bilinen tüm yöntemlere başvurmuş ve sonuçlar üzerinde tıp biliminin gereklerine göre<sup>35</sup> dikkatli ve özenli bir değerlendirme yapmış olmasıdır. Hekim detaylı ve özenli bir araştırma yapmış olsa bile, ayırt edici hiç belirti vermeyen hastalıklar olduğu gibi, aynı anda birden fazla hastalığa işaret eden belirtiler de söz konusu olabilir.

Hekim, tedavi sürecine hastasını dinleyerek ve öyküsünü alarak başlar. Daha sonra, muayene eder ve gerekli görürse, bir takım laboratuvar tetkikleri ve araştırmaları talep eder. Sonuç olarak, topladığı ve-

<sup>34</sup> "Doktor tanı koymada araç olarak kullanacağı zorunlu olan tüm yöntem ve araçları tüketmek zorundadır. Bunların eksik yapılması kusur olarak kabul edilmektedir; burada hata, tanı koymak için zorunlu araştırmaların hiç veya eksik yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bir hastalığın tanısı için gerekli olan fizik - biyolojik işlemler ve kimyasal tahlillerin veya diğer pozitif tanı verilerinin yapılmaması durumunda kusur ve sorumluluğun kabul edilmesi kaçınılmaz olabilir". bkz. Aşçıoğlu, s.80 vd

<sup>35</sup> TTB Yüksek Onur Kuruluna, 1984-1998 yılları arasında yansıyan ve "bilimdışı-aldatıcı tanı ve tedavi" olarak değerlendirilen çok çarpıcı örneklerle rastlamak mümkündür. Örneğin: 35 yaşındaki bir bayan, karın ağrısı ve mide de dolgunluk hissi ile Dr.A'nın muayenehanesine başvurur. Dr.A. şikâyet nedeninin küçükken hastanın karnına kaçan bir yılan olduğunu söyler ve operasyonla yılanı dışarı çıkarır. Hasta rahatlamıştır ve sorunun çözüldüğüne inanır. Olay basına yansır ve hekim hastaya yaptığı açıklamayı basına da yapar: "Z.U. adında 35 yaşında bir kadın, çok yiyip içmesine karşın, gündün güne zayıfladığını, midesinde dolgunluk ve karnında ısıklık sesine benzer sesler geldiği şikâyeti ile başvurdu. Yapılan röntgenolojik tetkik sonucu, hastanın midesinde yabancı bir unsurun olabileceği düşünüldü. 24 saat aç bırakılan hastaya önce nazogastrik tüp yutturularak, yılan özel ilaçlarla zararsız hale getirilerek ağız boşluğuna çıkarılmaya zorlandı. Larinoskop ve Magil pensi yardımı ile yılan ağızdan dışarı çekilerek çıkarıldı ve hasta sağlığına kavuşturuldu". Anestezi uzmanı Dr. A. kadının midesinden çıkarılan yılanın, zararsız su yılanı olduğunu da sözlerine ekler. Bir başka hekimin şikâyeti üzerine, TTB Onur Kurulu ve ardından TTB Yüksek Onur Kurulunda görüşülen bu olayda adı geçen hekime verilen ceza ise kanımızca en az olay kadar çarpıcıdır: 3 ay meslekten alıkoyma! Bkz. Murat Civaner/ Zuhâl Amato Okuyan, Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Dosyalarında Tıbbî Etik İhlalleri, İzmir 1999. s.56 vd.

rileri değerlendirerek hastalıkla ilgili bir tanımlama yaparak teşhisini koyar. Hastanın öyküsünün hiç alınmaması, eksik alınması – örneğin ailesinde bu tür bir hastalığın bulunup bulunmadığının sorulmaması – yetersiz araştırma yapılması, gerekli olan muayenenin yapılmaması, önemli teşhis hatalarına ve hastanın zarar görmesine neden olabilecektir. Mevcut olanaklar ile tanı konabilecek olan bir hastalığın, tanısının konamaması önemli bir tıbbi uygulama hatasıdır. Örneğin, günümüzde ultrasonografi ve radyoimmunoassay gibi yöntemlerle, duyarlı gebelik muayene ve testleri yapılabilen iken, hekimin dikkatsizliği, özensizliği ya da tecrübesizliği nedeniyle anne ve bebeğin durumunu doğru değerlendirememesi, yüksek riskli gebeliklerin belirlenememesi sık hata yapılan ve dava konusu olan durumlardandır.<sup>36</sup> Hekim böyle bir durumda sorumlu olmaktan kurtulamayacağı gibi, gerekli araştırma ve tetkiklerin hiç yapılmaması da sorumluluğunu gerektirecektir. Örneğin, hekimin hastasına hiç MR ya da röntgen çektirmemiş olması, laboratuvar araştırması yaptırmaması ya da toplum için tehlike arz edebilecek türde psikolojik rahatsızlıkları olan bir hastayı psikiyatri kliniğine yatırmaması gibi. Eğer, somut olayın özellikleri, farklı uzmanlık alanlarında hekimlere ya da uzman kuruluşlara danışılmasını da gerektiriyor ise, hekim bu konuda da sorumlu davranmalı, sonuçların iyi değerlendirilebilmesi için dikkatli ve özenli olmalıdır.

Teşhis hatası ve aynı zamanda bir ameliyat hatası olarak nitelendirilebilecek bir tıbbi hata örneği şu şekilde meydana gelmiştir: “Davacı ...rahatsızlığı nedeniyle ...Doğum ve Çocuk Bakımına başvurmuş, hastanede görevli Dr...tarafından kendisine sağ yumurtalıkta kist olduğu teşhisi konularak, ameliyatla alınması gerektiği bildirilmiştir. Hasta bir gün sonra Dr .. tarafından ameliyata alınmış, ameliyat esnasında kan kaybı durmadığı için Devlet Hastanesinden çağrılan doktorlarla yapılan konsültasyon sonucu kist sanılarak alınan parça-

<sup>36</sup> Günümüzde birçok istenmeyen durumun, bebek daha anne karnındayken tespit edilebilme imkânı varken, bunun yapılmaması/yapılmaması ve maddi/manevi zararlara yol açmaktadır. “...davalı doktorun bebeğin anne karnında yanlış pozisyonda durduğunu tespit edemediğini, anne karnında gerekli müdahaleyi yapmaması sonucu Bülent’in sağ kolu eksik doğduğunu, bu durumun davalı doktorun mesleğin gerektirdiği gerekli özen ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklandığını belirterek...” Yargıtay 13.HD., 2016/6074 K.2017/8426 T.21.9.2017 www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)

nın atipik bir böbrek olduğu anlaşılmıştır. Hastanın durumunun kötüleşmesi üzerine A. Tıp Fakültesi Hastanesine kaldırıldığında çekilen röntgende böbrek yerinde görülen karartının nedenini anlamak için yapılan ikinci ameliyat sonucu, bu karartının ilk ameliyatta unutulmuş gazlı bez olduğu görülmüştür. Doğuştan tek böbrekli olduğu anlaşılan ve ameliyat sonucu böbreksiz kalan hastanın böbrek makinesine bağımlı kalması nedeniyle annesi ...'dan böbrek nakli yapılarak hasta kurtarılmıştır!." <sup>37</sup>

### B. Tedavi Hataları

"Hekim, hastasına uygulayacağı tedaviyi seçmekte serbesttir." (TDN. m. 6/2.) ve "Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder." (HMEK.m.8) hükümleri doğrultusunda somut olayın özelliklerine göre hastasına en uygun tedavi yöntemini seçen hekim, hastasının herhangi bir zarara uğramasını önlemek amacıyla da tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kabul edilmiş kuralların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermek yükümlü altındadır. Hekim, vicdani, mesleki bilgisi ve tecrübesi ile hastasına farklı -yeni ya da daha geleneksel nitelikli- bir tedavi yöntemini uygulamayı tercih edebilir. Hekimin, bu konuda hastasına, gerekli ve yeterli bilgiyi vermesi son derece önemlidir. Ancak, henüz araştırma ya da deney aşamasındaki bir tedavi yöntemi, yeni bir yöntem olarak kabul edilmeyecektir.

Hekimin hastasını dinlemesi, öyküsünü alması, muayene etmesi, tetkik ya da test sonuçlarını değerlendirerek bir teşhise varması ve sonuç olarak da duruma en uygun tedavi yöntemini seçmesi, birbiriyle bağlantılı ve son derece önemli aşamalardır. Herhangi bir aşama da eksiklik, bilgisizlik, özensizlik ya da beceriksizlik var ise hatalı bir tedavi nedeniyle hastanın zarar görmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, hekimin öykü alma konusundaki özensizliği nedeniyle hiç tedavi

<sup>37</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E.1991/28, K.1991/28, 14.10.1991., bkz. Halide Savaş, "Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu" Ankara Barosu -AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.189.; "...Dava, davalı doktorların sezeryan doğum sırasında yanlış teşhis ve özensiz uygulaması, beceri eksikliği ile hatalı operasyonlarından kaynaklı olarak annenin ölümüne sebebiyet verilmesi nedeniyle istenilen maddi ve manevi tazminata ilişkindir..." Yargıtay 13.HD. E.2016/4925, K.2017/8069 T.5.7.2017 www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)

yapılmaması ya da gerekli tedaviye geç başlanması sonucu hastanın telafi edilemez kayıplar yaşaması - gözünün kör olması, bir uzvunun kesilmesi, hastalığın müdahale edilemez aşamaya gelmesi hatta ve hatta hastanın hayatını kaybetmesi gibi durumlar - tedavi hataları olarak kabul edilmektedir. Tedavi hataları çok değişik şekillerde söz konusu olabilir. Bunlardan bazılarını aşağıdaki gibi sınıflandırabiliriz.

### 1. Müdahale Yapılmaması

Tıbbi müdahalelerde doğru zamanda, doğru tedavinin, doğru kişiye, doğru şekilde yapılması çok önemlidir. Gerekli olan tıbbi müdahalenin hiç yapılmaması, çok erken ya da geç yapılması en temel tedavi hatalarından biri olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, Hekimin, istisnai ve özel durumlar için geçerli olsa da, ameliyatı genişletmesini gerektiren, çok önemli ve hayati belirtilere rağmen ameliyatı sonlandırması da tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilebilir. Ancak bu istisnai bir durumdur ve uygulanması gereken genel kural, hekimin hastasının rızasını almadan ameliyatın kapsamını genişletmemesidir.<sup>38</sup>

Yüksek Sağlık Şurası'nın 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu olay da hekim "... trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen kişi, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor... ve hemşire... 'nin uzun süre geçmesine rağmen, zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile hasta da gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle ..." ölüme sebebiyet vermekten sorumlu tutulmuşlardır.<sup>39</sup> Yüksek Sağlık Şurası'nın 22.4.1996 tarihli raporunda, doğru teşhis ve tedavi yapılmadan hastaneden erken taburcu edilen mağdurun tedavi edilmeyen bacağına kesilmesi gerektiği .... uzuv kaybının doktorun eksik teşhis ve yanlış tedavisinden kaynaklandığı belirtilmiştir.<sup>40</sup> Diğer yandan, dünyaya gelmesi arzu edilmeyen sağ-

<sup>38</sup> Bu yönde karar örnekleri için bkz. BG 12 Jan 1982 BGE 108 II 59 (62).; Reibl v. Hughes (1980) 14 CCLT 1 (SCC, Loskin CJC at 13), Giesen, s. 135.; Yücel, s. 218 vd.

<sup>39</sup> Yargıtay 4.CD., T.11.2.2004, E.2003/1064, K.2004/2055 bkz. Savaş, s.187.

<sup>40</sup> Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararı, hekimin kusurlu davranışının sebep olduğu görme kaybı nedeniyle manevi tazminat talebine ilişkindir. Yargıtay 13.HD., E.2016/29361 K.2018/10305 T.6.11.2018 www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)

lıkları ya da sağlıklı bir çocuğun doğumu, gebeliğin önleneme fırsatının yitirilmiş olması, tedavi olma ya da yaşama şansının yitirilmiş olması vb. durumlarda da hekimin, gerekli müdahaleyi, gerektiği zamanda yapmaması nedeniyle ortaya çıkan tıbbi uygulama hataları söz konusudur.

## 2. Eksik Ön Muayene ve Yetersiz Hasta Öyküsü Alma

Hastanın genel sağlık durumunun yanında özellik arz eden yapısının da tanınabilmesi açısından, öncelikle öyküsünün alınması ve teşhise yönelik muayene edilmesi son derece önemlidir. Tanıyı koyabilmedeki en basit ancak en önemli öğelerden biri hastanın etkin ve detaylı hasta öyküsü almak, bu bilgilerden yola çıkarak belirtileri birleştirebilmektir. Bu konuda, özenli, dikkatli ve becerikli olunmadığı takdirde yanlış bir tanı konulması söz konusu olabilecektir. Hekim sadece hastadan duyduklarına göre hareket etmemeli ama duyduklarını da tamamen göz ardı etmemelidir.<sup>41</sup> Örneğin, hekim hastayı, ailesinde şeker hastalığı ya da tansiyon problemi olup olmadığı yolunda sorguladığında ve olumsuz yanıt aldığında, yine de tedbirli olması, tetkik ve araştırmalar ile hastadan aldığı bilgileri teyit etmesi ve daha sonra müdahalede bulunması gerekir. Önemli sonuçlar doğurabilecek durumlarda, hekimin sadece hastanın verdiği bilgiye güvenerek tıbbi müdahalede bulunmasının ya da bulunmamasının bir zarara sebep olması halinde, hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, olumsuz sonuçların meydana gelmemesi ve hastanın zarar görmemesi için tedaviye başlamadan önce özellikle bazı testlerin yapılması gerekebilir; penisilin ya da alerji testi<sup>42</sup> gibi.

## 3. Hastanın Vücudunda Yabancı Madde Unutulması

Cerrahi amaçlı tıbbi müdahaleler sonrasında, hastaların vücutlarında sargı bezi, tampon, pens, sünger gibi ameliyatta kullanılan alet

<sup>41</sup> Giurelli v. Girgis (1980) 24 SASR 264 (White J.): "Hekimin hastayı dinlememesi ve ifade etmeye çalıştığı belirtiler (semptomlar) üzerinde yeterince araştırma yapmaması hekimin ihmali olarak kabul edilmiştir"; Schwartz v. United States, 230 F Supp.536 (ED Pa 1964) "Hekimin, önemsemediği ve dikkate almadığı hastalık şikâyetlerinin daha sonra kanser teşhisi ile neticelenmesi, hekimin tıbbi uygulama hatasıdır". Giesen, s. 127.

<sup>42</sup> Robinson v. Post Office (1974) 2 ALL ER 737 CA, Giesen, s. 134.

veya malzemelerin unutulması, sadece ülkemizde değil tüm dünyada mahkemelere yansıyan olaylarda görülmektedir.<sup>43</sup> Bu tür durumlar, hastanın ölümüne bile yol açabilen, maddi manevi zararlara neden olan olaylardır. Bazı hekimler tarafından bu durum, şanssızlık olarak değerlendirilmekte ve çok tecrübeli ve özenli hekimlerin bile başına gelebileceği savunulmaktadır.<sup>44</sup> Bazı hekimler için ise, bu sorun ciddi olmakla birlikte basit bir şekilde çözümlenebilir. Eğer ameliyatın başında ve tamamlanmasından önce kullanılan malzemenin -sargı bezi, tampon ve diğer aletlerinin - sayımı dikkatli bir şekilde yapılırsa bu sorun ortadan kalkabilir.<sup>45</sup> Bu nedenle, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması hekimin özensizliği, dikkatsizliği ve kusuru olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay da bu konuda aynı görüşü paylaşmaktadır: “Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutulması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliği itibariyle, olayın bir uzman önünde inceletirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul edilmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır...”<sup>46</sup>

Hastanın dolaşım sisteminde bir kataterin kaybolması; böbrek taşı ameliyatında cerrahi bıçağının hastada unutulması; hastanın karnında iğne unutulması; hastanın safra kesesinde klips unutulması; has-

<sup>43</sup> Giesen, s. 139 vd.

<sup>44</sup> “...Mahkemenin talimatı ile önüne getirilen dava dosyasını inceleyen Yüksek Sağlık Şurası, 19 Kasım 1975 günlü kararı ile ameliyat sırasında vücutta gazlı bez unutulması nadirde olsa mümkün olaylardan olup, büyük ameliyatların görülebilen ihtilaflarındandır. Bu itibarla ameliyat sahasında gaz tamponu bırakan Op.Dr...’ya atfı kabil bir hata yüklenemez” şeklinde görüş bildirilen bilirkişi raporuna dayanılarak red edilen dava, temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay 13 HD. T.14.2.1983, E.1982/7237, K.1983/1783, www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)

<sup>45</sup> Polat, s. 190.

<sup>46</sup> Yargıtay 13.HD., E.1982/7237, K.1983/1783, T.14.3.1983, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:31.1.2019)

tanın midesinde maşa unutulması gibi olaylar cerrahi müdahalelerde çoğunlukla hekimin sorumluluğu ile sonuçlanmaktadır. Ancak hasta, belli bir zaman dilimi içinde farklı hekimlere birden fazla ameliyat oldu ise ve hastanın vücudunda unutilan aletin hangi ameliyat esnasında unutulduğu tam olarak belirlenemedi ise, hekim -illiyet bağının kurulamaması nedeniyle sorumlu olmaktan kurtulabilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir karar da özetle: "Davacı'nın, davalı hastanede diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, rahatsızlığının devam etmesi üzerine başka bir doktor tarafından ikinci kez ameliyat edildiği ve birinci ameliyatında vücudunda yabancı cisim unutulduğu ve kalitesiz malzeme kullanıldığı anlaşıldığına göre, burada bilirkişi incelemesine dahi gidilmeksizin davalılar hakkında tazminat ödeme kararı verilmelidir." ifadeleri kullanılmıştır.<sup>47</sup>

#### 4. Teşhise Yönelik Gerekli Tetkiklerin Yapılmaması

Hekimin, hastasının sağlık durumunu belirleyebilmesi bazı durumlarda, belli tetkiklerin yapılmasına bağlı olabilir. Bu tetkiklerin sonuçlarına göre teşhis koyulabilir ve uygun tedavi yöntemi tespit edilebilir. Hekim gerekli ve belirleyici olduğu halde, örneğin, tomografi, MR, ultrason, sintigrafi gibi radyolojik incelemeleri hiç istememiş ise, hastada mevcut olan hastalıkların ya da özel durumların tespit edilememesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Örneğin, tedaviye başlanmadan önce alerji testinin yapılıp yapılmaması, hiç kuşkusuz doğuracağı sonuçlar açısından çok önemlidir.<sup>48</sup>

#### 5. Yanlış Tedavi Yöntemi, Yanlış İlaç Seçme veya Uygulamayı Yanlış Yapma

Hukuki kurallara ve etik ilkelere göre, hekim hastasına uygulayacağı tedavi yöntemini seçmede mesleki bilgi ve vicdani kanaatine göre serbest olsa da, prensip olarak hastası için en az tehlikeli ve en faydalı yöntemi seçmelidir. Hekim durumun özelliklerine göre gerekli tedbirleri almak ve hastasını riskler konusunda geniş şekilde aydınlatarak rızasını elde etmek kaydıyla, daha az denenmiş ancak hastası-

<sup>47</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/13-717 K. 2011/129 T.13.04.2011 www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)

<sup>48</sup> Robinson v.Post Office (1974) 2 ALL ER 737 CA., Giesen, s. 134.



na daha fazla fayda sağlayabileceği bir tedavi yöntemini de seçebilir (TDN.m.10). Ancak, ilaç tedavisi ile iyileşebilecek bir hastalık için son çare olan cerrahi müdahaleye öncelikle başvurulması durumunda, tıbbın tanınan ve kabul edilen ilkelerine uyulmadığı kabul edilebilir.<sup>49</sup>

Hekimin tıbbi uygulama hatası nedeniyle, sorumluluğunu doğuran önemli bir başka konu da ilaçlar ile ilgili yapılan hatadır.<sup>50</sup> Tedavi için uygun ilacı yanlış uygulama, doz miktarında yanılma,<sup>51</sup> kas içi yerine kas altına enjeksiyon yapılması, konulan teşhis ve tanıya rağmen tamamen yanlış bir ilacın seçilmesi gibi durumlar, tıbbi uygulama hatalarına örnek olarak verilebilir.<sup>52</sup> Yabancı mahkeme kararında yer alan bir olayda, ilaç üreticisi firmanın “pediatrik kullanım için uygun değildir” uyarısına rağmen, hekimin penisilin ve streptomisin ilaçlarını, yetişkinlere verilen dozun %75 azını çocuk hastasına uygulaması sonucu kalıcı sinir zedelenmesine neden olması, hekimin tıbbi uygulama hatasının bir sonucudur.<sup>53</sup>

Tıbbi müdahale yapılırken, hastanın sağlıklı organlarına zarar verilmesi de, ciddi sonuçlar yaratan tıbbi uygulama hatalarıdır. Örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi,<sup>54</sup> enjeksiyon ile uygulanan bir kemoterapi

<sup>49</sup> Hancı, s.103.; Örneğin, British Columbia Law Reports da yayımlanan bir yüksek mahkeme kararında, hastaya gereksiz yere mastectomy (memenin alınması ameliyatı) yapılması, hekimin tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmiştir: Down v. Royal Jubilee Hosp. (1980) 24 BCLR 296 (SC).

<sup>50</sup> Farmakolojik hata olarak da ifade edilen ilaç kullanımına yönelik hatalar için bkz. Demir s. 244. ; Doğan Soyaslan, “Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu”, Ankara Barosu – Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.329-343.s. 230 vd.; Ünver, s. 55 vd.

<sup>51</sup> Reynard v. Carr (1983) 30 CCLT 42, 49 (BCSC), Giesen, s.133.

<sup>52</sup> Hancı, s. 308. ; Örneğin, hekimin, hastasını hiç görmeden telefonla ilaç tedavisine girişmesi, ilaçla ilgili olarak kullanım ve uygulama dozlarını araştırmadan reçete etmesi, kullanım alanı dışında, yüksek ya da düşük dozda ilaç kullanılması yolu ile yapılan uygulamalar açısından, tıbbi özen yükümünün ihlali gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir. Bkz. Demir, s. 244 vd.

<sup>53</sup> Koury v. Follo, 158 SE2d 548 (NC 1968).; İlaçların uygulanması gerekenden yüksek dozda verilmesi de hastaların bazen ölümlü dahi sonuçlanabilecek şekilde zarar görmesine neden olabilmektedir. Örneğin, novocaine yerine adrenalin enjekte edilen iki hasta hayatını kaybetmiştir: Budgen v. Harbour View Hosp. (1947) 2 DLR 338 (NS SC).; Pollard v. Chipperfield (1952) 7 WWR 596 (Sask CA).; Aynı şekilde yüksek dozda verilen ilaç nedeniyle beyinde hasar oluşması: Talcott v. Holl, 224 SO2d 420 (Fla App 1969). Diğer kararlar için bkz. Giesen, s. 141 vd.

<sup>54</sup> Arnold v. Bonnell (1984) 55 NBR2d 385 (NB QB).; Aynı tür kararlar için bkz. Marroero v. Goldsmith, 486 SO2d 530 (Fla 1986).; Hoven v. Rice Men Hosp. 386 NW2d 752 (Minn App 1986).; Schaffner v. Cumberland County Hosp. 326 SE2d 116 (NC App 1985).

tedavisinde, iğnenin hastanın koluna batması ve ilacın dokulara geçmesi nedeniyle kolun zarar görmesi ve bu nedenle hastanın birçok ameliyat olması durumunda hekimin kusurlu olduğuna karar vermiştir.

## 6. Yanlış organın ya da hastanın ameliyat edilmesi

Sağ böbrek yerine sol böbreğin alınması, göz ameliyatı olması gereken hastaya rahim ameliyatı yapılması<sup>55</sup> elbette ki, tıbbi hataların en ürkütücü olan örnekleridir. Ancak ne yazık ki, bu tür ameliyat hataları hiç de azımsanamayacak sıklık ve sayıda gerçekleştiği için, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Ekim 2004 yılından itibaren, hasta güvenliği üzerine çalışmalara başlamıştır. Araştırma sonuçları göstermektedir ki, belirli tıbbi standartlara uyulması halinde, ameliyatlar sonucunda ortaya çıkan birçok komplikasyon ve ölüm olayının önüne geçilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, Dünya Sağlık Örgütü tarafından organize edilen ve ameliyatlarda riskleri azaltmayı hedefleyen en son proje kapsamında “Güvenli Ameliyat Hayat Kurtarır” sloganı ile ameliyat yapan ekiplere yönelik olarak bir denetim listesi hazırlanmıştır.<sup>56</sup> Ameliyat sonrasında yaşanan olumsuzluklar daima hekime yükletiliyorsa da, bu projeler kapsamında Dünya Sağlık Örgütü tarafından da vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinde başarının sırrı ekip çalışmasından geçmektedir. Hekimin sorumluluğunun yanı sıra, anestezi uzmanı, hemşire, sağlık teknisyenleri ve ameliyatta görev alan herkesin

<sup>55</sup> “Rahminde kist bulunan Ü.B. ile gözünde katarakt bulunan S.K. aynı anda ameliyathaneye getirilmesiyle hatalar zinciri başladı. İki hasta yan yana sedyelerde yatıyordu. S.K.’nın üzerine yanlışlıkla Ü.B.’nin, Ü.B.’nin ise S.K.’nın dosyası koyuldu. Kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla anestezi uzmanı, belli ki adını dahi sormadan S.K.’yı ameliyata aldı. Onun rahmi çıkarılırken, göz doktorları Ü.B.’nin kendi hastaları olmadığını fark ettiler. Servislerde hastayı aramaya başladılar. Sonunda S.K.’yı buldular ama artık çok geçti, 55 yaşındaki kadın rahminden olmuştu. Cerrah ve anestezi uzmanı hakkında soruşturma başlatıldı. Hiç değilse bundan sonra benzer olayların önüne geçmek için hastalara bileklik takılması kararı alındı”. Mesude Erşan, Hürriyet Gazetesi, 3 Ağustos 2008.

<sup>56</sup> Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organisation) verilerine göre, dünyada bir yılda 234 milyon ameliyat yapılmaktadır. Gelişmiş ülkelerde ameliyatlarda komplikasyon görülme sıklığı %3-16 ve bunların %4-8’i kalıcı bir sakatlık veya ölümle sonuçlandığı belirtilmektedir. Bu rakamlar, gelişmekte olan ülkelerde daha da yüksek bir oranda %5-10 arasında ifade edilmektedir. “Güvenli Ameliyat Hayat Kurtarır” sloganı ile yürütülen projede, ameliyat ekipleri tarafından yeni denetim listesinin uygulandığı 8 pilot bölgede, ameliyat risklerinin %50’ye varan oranda azaldığı görülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.who.int/patientsafety/en/>

bunun yanı sıra, alt yapı koşullarının, ameliyatın yapıldığı kurumun durumunun ya da çalışma şartları gibi faktörlerin de sonuçta etkili olduğu kabul edilmektedir.

Gerekli dikkat ve özenin, gösterilmemesi sonucu yanlış organların alınması, hastalar açısından geri dönüşü olmayan zararlara neden olabilmektedir. Örneğin: "...Ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirilmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; mağdurenin dosyasını incelemeyen, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözünde zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün de kör olduğu..."<sup>57</sup> Bir başka olayda da: "N... devlet hastanesi dış polikliniğinde dış tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın dış çektirmek üzere kendisine başvuran ...S'nin çekilmesi gereken sol üst çene IV-V no.lu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V no.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde....".

## 7. Kontrol, Gözetim ve Tedavi Sonrası Bakım Hataları

Hekim uyguladığı tedavinin ya da gerçekleştirdiği cerrahi müdahalenin başarısını ya da başarısızlığını kontrol altında tutmak ve takip etmek zorundadır ki, bu da kendisine yüklenmiş olan mesleki özen yükünün bir gereğidir. Örneğin, hekim riskli hamilelik olarak sınıflandırdığı hastasını, bu durumun gerektirdiği yoğunlukta bir özen ve dikkat ile takip göstermek zorundadır.<sup>58</sup>

Yargıtay bir kararında<sup>59</sup> "...Somut olayda hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı kadın hastalıkları ve doğum uzmanı Dr.A.'nın davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır".

<sup>57</sup> Yargıtay 2.CD., E.1996/4493, K.1996/4682, T.24.4.1996 www.kazanci.com (erişim tarihi:31.1.2019)

<sup>58</sup> Edmison v. Boyd (1985) 62 AR 118 (Alta QB) Olayda hamile kadın çok kilolu olması, çok kısa boylu (cüce) olması ve çok düşük yapmış olmasına rağmen, hekim tarafından bu riskler nedeni ile daha dikkatli ve daha özeni takip edilmemiş ve sonuçta bebek spastik rahatsızlıklar ile dünyaya gelmiştir.

<sup>59</sup> Yargıtay 13.HD., E.2005/3645, K.2005/11796, T.8.7.2005, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:31.1.2019)

Tedavi sonrasında uygulanmak üzere, hekim tarafından hastaya verilmesi gereken bilgiler ve yapılması gereken önemli uyarılar olabilir. Hekim, bunları eksiksiz yerine getirmekle yükümlüdür ancak hastanın da bu konuda aktif katılımına ve işbirliğine ihtiyacı vardır. Örneğin, hastanın yapması ya da yapmaması gereken fiziksel hareketler, uygulaması gereken diyet, düzenli kontrole gelmesi gibi. Diğer yandan, hekimlerin ilaçları denetlemek gibi bir yükümlülükleri olmasa da, önerdikleri ve reçeteye yazdıkları ilaçlar ile ilgili bilgiyi hastalarına sağlamaları gerekir<sup>60</sup>. Örneğin, hastanın özel durumu nedeni ile ilacın etkisi ya da birden fazla ilaç kullanılacak ise bunların birbirleri ile etkileşimleri konusunda hekim dikkatli ve uyarıcı olmalıdır.

Yargıtay bir kararında,<sup>61</sup> bu konuyla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “Çocuk olan hastanın, yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur”.

Hekimin sorumluluğunu gerektiren ve ilaçlarla ilgili tedavi hatalarına, hekimin hastasına yanlış ilaç vermesi, hastaları karıştırarak başka bir hasta için önerilen bir ilacın bir diğer hastaya enjekte edilmesi,<sup>62</sup> yanlış doz önerilmesi vb. olaylar örnek olarak verilebilir.

Yargıtay’ın 2006 tarihli bir kararında da<sup>63</sup> “Davacı yüzündeki kırışık, leke ve sivilce izlerinin silinmesi için davalı doktora başvurmuş, davalı doktor da, kişinin sağlığına zarar verecek biçimde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulayarak, davacının yüzünde sert nodüller oluşmasına, göz kapağının düşmesine, kırışık ve izlerin derinleşip yenilerinin eklenmesi suretiyle büyük ağrı ve ızdırıp çekmesine neden olmuştur. Bu yüzden davalı doktor ortaya çıkan zararın tamamından sorumludur.” hükmüne varmıştır.

<sup>60</sup> Soyaslan, s. 335.

<sup>61</sup> Yargıtay 13.HD., E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 31.1.2019)

<sup>62</sup> “Hastaya yanlış ilaç enjekte edilerek, ilgilinin parmağının kangren olması nedeniyle kesilmesine sebep olan idarenin sağlık hizmetinin kusurlu olduğu, uğrılan zararın tazmini gerektiği...” 1997 tarihli bir Danıştay kararında da yer almıştır. Danıştay 10.HD., 08.12.1997, 2121/5476.

<sup>63</sup> Yargıtay 13.HD. 13.04.2006, 905/5549, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 31.1.2019)

## SONUÇ

Hekimlik sözleşmesine aykırılık nedeniyle doğan sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluk hali olduğu için hekimin kusuru, sözleşme sorumluluğunun kurucu unsurlarından biridir. Hekimin tıbbi faaliyetinin kusur açısından değerlendirilmesinde, hekimlik mesleğinin özel davranış standartlarının yani tıbbi standartların esas alınması söz konusudur. Ancak hekimler sadece mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni de göstermek zorundadırlar. Hekimlik mesleği açısından, tıbbın gelişmişlik seviyesine göre zarar verici bir sonuç doğuran ya da doğurma ihtimali olan her eylem hekimin meslek kusuru olarak değerlendirilebilir. Daha açık bir ifadeyle, hekim bir yapma eylemi ile tedaviye yönelik olmayan ya da tıbbi açıdan kabul görmüş ilkelerin dışına çıkarak bir uygulama yapmış olabileceği gibi, bir yapmama eylemi ile tıbbi açıdan zorunlu olarak uygulanması gereken bir tedaviyi ya da müdahaleyi yerine getirmeyerek de bir meslek kusuru işlemiş olabilir. Meslek kusuru, tıbbi bilgi seviyesine göre gösterilmesi gereken özenin gösterilmemiş olması nedeni ile tedavinin hatalı olmasını da ifade etmektedir. Buna göre, hekim, somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbi standartların altında bir uygulama yapmış ise, tıbbi uygulama hatası (medical malpractice) yaptığı kabul edilmektedir. Hekime mesleki kusur ya da tıbbi kusur olarak yüklenen durum, bilinen ve kabul edilen tıp kurallarının yani tıbbi standartların kusurlu olarak ihlal edilmesi ile ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda hekimin mesleki kusuru, somut olayda objektif özen yükümünün ihlali ile ortaya **çıkan durumlardır**. Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahale, her durumda beklenen iyi sonucu vermeyebilir. Hekimin kendinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen bir takım beklenmedik durumlar ortaya çıkabilir. Komplikasyon ya da tıbben izin verilen risk olarak ifade edilen bu durumlar için hekimin hukuken sorumlu tutulmamasının şartı ise hastasını önceden bilgilendirmiş ve rızasını almış olmasıdır. Hekimin yapacağı özenli ve ayrıntılı bilgilendirme (aydınlatma) tıbbi müdahaleye rızanın, sağlıklı bir iradeye dayanmasını sağlayan ve hekimlik sözleşmesinin önemli bir yan yükümü olarak da karşımıza çıkmaktadır.

## Kaynakça

- Aşçıoğlu Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorların, Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu, Ankara 1993.
- Beauchamp L.Tom/Childress, F.James, Principles of Biomedical Ethics, Oxford University Press, 2001.
- Çetin Gürsel, Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çetin/Yorulmaz), İstanbul 2006, s.31-42.
- Civaner Murat/Okuyan Amato Zuhâl: Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Dosyalarında Tıbbi Etik İhlalleri, İzmir 1999.
- Cohen - Almagor Raphael, Medical Ethics At The Dawn of the 21st Century, Annals of The New York Academy of Sciences, Volume 91, New York 2000.
- Çobanoğlu Nesrin, Tıp Etiği, Ankara 2009.
- Demir Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Cilt: 57, S.3, s. 225-252.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, İstanbul 2015.
- Giesen Dieter, International Medical Malpractice Law, Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care, Tübingen 1988.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- Hancı Hamit, Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.303-310.
- Kaneti Selim, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü", Sağlık Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.Bası Ankara 2018.
- Özay Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Polat Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2015.
- Savaş Halide, "Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu" Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.171-198.
- Straeter Jenny, Grober Behandlungsfehler und Kausalitaetsvermutung, 2006.
- Soyaslan Doğan, "Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.329-343.
- Spickhoff Andreas, "Informed Consent - Recent Developments", *World Medical Journal* Vol.54, No:1, March 2008, s. 9-11.
- Şenocak Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat" Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 241-254.
- Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961.
- Ünver Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

Veatch Robert M., *The Patient –Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2*, Indiana University Press 1991.

Yavuz Fatih, “Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 97-106.

Yongalık Aynur, “Hekimlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası” Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Özge Yücel, Doç. Dr. Gürkan Sert, Ankara 2018. s. 403-413.

Yücel Özge, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği” Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Özge Yücel, Doç. Dr. Gürkan Sert, Ankara 2018. s. 193-249.

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.ansiklopedi.turkcebilgi.com](http://www.ansiklopedi.turkcebilgi.com)

[www.who.int](http://www.who.int)





# YARGITAY YÖNÜNDEN HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Hakan PEKCANITEZ\*\*

## I. YARGITAY'IN İÇTİHA TLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ VE UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ GÖREVİ

### A. İçtihatların Birleştirilmesi

#### 1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun doğru ve tüm ülkede yeknesak olarak uygulanabilmesini Yargıtay içtihatları ve bu içtihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi sağlamaktadır. Bu nedenle ilk olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması bakımından çok önemli olan içtihatların birleştirilmesini kurumunu ele almak istiyorum.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre içtihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ulusal yargı mercilerinin görevidir.<sup>1</sup> Bu görev

\* Bu makale Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yıldönümü Sebebiyle Yapılan Sempozyuma tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 " 30. AİHM; hukuki güvenlik ilkesinin hukuki durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçladığını, aynı olaya ilişkin farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesinin toplumun yargısal sisteme olan güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğe yol açabileceğini belirtmiştir (Çelebi ve diğerleri Türkiye, B. No: 582/05, 9.2.2016, § 52/f).

31. AİHM, içtihat farklılıklarını kendi bölgesinde yetki sahibi olan ve davanın esasına bakan yerel mahkemelerin bulunduğu yargı sistemlerinin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmekle birlikte yüksek mahkemelerin görevinin bu çelişkileri düzeltmek olduğunu ve çelişkili uygulama yüksek mahkemenin bünyesinde geliyorsa bu durumun toplumun adli sisteme olan güvenini azaltarak hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceğini belirtmiştir (Çelebi ve diğerleri Türkiye, § 55). 11 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22.1.2019 32.

33. Çelişkili yargı kararları nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda AİHM, öncelikle ulusal mahkemelerin yerini almak gibi bir görevi olmadığını, ulusal mevzuatın yorumlanmasından doğan sorunların öncelikle mahkemelerin görevi olduğunu ve AİHM'in rolünün bu tür yo-

ülkemiz bakımından Yargıtay'a aittir. Nitekim Yargıtay'ın en önemli görevlerinden birisi de adli yargı alanında içtihat birliğini sağlamak ve kanunların yeknesak olarak uygulanmasını gerçekleştirmektir.<sup>2</sup>

rumlama sonuçlarının Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğunu belirterek içtihat farklılığından kaynaklanan tutarsızlığın giderilmesi için iç hukukta bir mekanizmanın bulunup bulunmadığının ve bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığının önemli olduğunu vurgulamıştır (Nejdet Şahin ve Perihan Şahin Türkiye, §§ 49-53, 54). 34. Mahkeme içtihatlarındaki değişim, yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup böyle bir değişiklik özü itibarıyla önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir (S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri Türkiye, B. No: 3573/05, 17293/05, 30.11.2010, § 28).

35. Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti (B. No: 29784/07, 18.7.2013, § 49) kararında AİHM, aynı mahkemede aynı olgulara ilişkin olarak aynı kanunun farklı uygulandığı bir durumun söz konusu olması nedeniyle mevcut başvurunun Nejdet Şahin ve Perihan Şahin Türkiye kararındaki koşullardan farklı olduğuna vurgu yapmıştır. Kararda, iş hukuku çerçevesinde işçilerin sorumluluğuna ilişkin aynı kanun hükmünün uygulandığı tazminat davalarında verilen farklı kararlara değinilmiştir. Buna göre AİHM, başvurucağın meslektaşları olan beş başvurucağı için istinaf mahkemesince bireysel sorumluluk hükümlerinin uygulanarak tazminat talebinin reddedildiğini ancak sadece başvurucağın davasında aynı mahkemenin objektif sorumluluk hükümlerini uygulayarak başvurucağı aleyhine tazminata hükmettiğini belirtmiştir. AİHM, bu yorumun hukuki bir dayanağı olmadığı söylenemez ise de başvurucağın benzer olgulara dayalı aynı hukuki soruda açık bir farklı cevapla karşılaşmış olduğuna dikkati çekmiştir (Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, § 47).

36. AİHM yargı sisteminde içtihat farklılığının giderilmesinin uluslararası bir mahkemeden ziyade ulusal mahkemelerin görevi olduğuna işaret etmiştir. Bununla birlikte somut olayda temyiz mahkemesinin önemsiz zarar ölçütü yönünden başvuruyu reddettiğini vurgulamıştır (Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, § 48). AİHM başvurucağın karşılaştığı açık içtihat farklılığının mahkemelere ve yargı sistemine olan güveni zedelediğini belirtmiştir. Ayrıca aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde bu farklılaşmaya ilişkin olarak mahkemeler tarafından makul bir açıklama da getirilmediğini tespit etmiş; yargısal içtihat farklılığını giderici bir mekanizmanın işletilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, § 49).

37. Beian/Romanya (B. No: 30658/05, 6.12.2007) kararında AİHM, bölgesel yargılama yetkilerine sahip derece mahkemelerinden oluşan bir sistemde içtihat farklılıklarının olabileceğini kabul etmiş ancak bu farklılıklardan kaynaklanan sorunları çözmeye görevinin yüksek mahkemelere düştüğünü vurgulamıştır. AİHM somut olayda ise 12 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22/1 /2019 içtihat farklılığının kaynağının yüksek mahkemenin kendisi olduğunu açıklamıştır. AİHM bu içtihat farklılığına yol açmakla ülkenin en yüksek yargısal makamının kendisinin hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerini, yargı sistemine olan kamusal güveni zedelediğini belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Beian/Romanya, §§ 37-40). . (Anayasa mahkemesi Aşır Tunç Başvurusuna İlişkin 2015/17453 Esas sayılı ve 22.01.2019 tarihli Kararının gerekçesinden alınmıştır).

<sup>2</sup> Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001, s. 4942 ("Usul"); Kuru

Anayasa Mahkemesi **Aşır Tunç** Başvurusu'na İlişkin 2015/17453 Esas sayılı ve 22.01.2019 tarihli kararında, Yargıtay'ın aynı dairesinin, diğer içtihatlarıyla çelişecek şekilde karar vermiş ve bu konuda makul bir gerekçe göstermemiş olmasını, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali saymıştır.<sup>3</sup> Bu tespitin Yargıtay Daireleri arasındaki içtihat farklılığı

B./Arslan R./Yılmaz E., Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 648; Kuru B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 545; Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S., Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 93-94.

3 67. Dolayısıyla somut olaya özgü olduğu anlaşılan içtihadın aynı uyumsuzluklar yönünden yine aynı Daire ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından benimsenmediği, en üst dereceli mahkeme sıfatıyla Yargıtay nezdinde tutarlı ve yeknesak bir uygulamanın sağlanmadığı saptanmıştır. Bu durum ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği gibi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güvenini de sarsmaktadır. 68. Sonuç olarak somut olayda görülen davada Yargıtay'ın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar verilmesi söz konusu olup makul bir gerekçe de ortaya konulmadan ve sonrasında istikrarlı bir şekilde uygulanmadan benzer nitelikteki uyumsuzluğun zıttı olacak şekilde davanın neticelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvurucu için öngörülemeyen nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır.

69. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. 18 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22.1.2019 C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden 70. 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir: "(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir... (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurusu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir".

71. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hale getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin, bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018, § 55). 72. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal idari eylem ve işlemler,

bakımından da aynı yönde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir tespit, yargı kararlarının farklı olmasının hiçbir şekilde kabul edilmeyeceği anlamına da gelmemektedir. Özellikle yeni uygulamaya giren bir kanun hükmüne ilişkin içtihadın, henüz yerleşik hale gelmediği bir aşamada, somut hükmün yargı organlarınca farklı biçimlerde yorumlanması hukukun doğası gereğidir. Zira hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında gerek olayların ve delillerin değerlendirilmesinde ve gerekse kanun hükmünün yorumunda farklılık olması hâkimin bağımsızlığının ve objektifliğinin de bir sonucudur. Doktrinde de aynı hukuk kuralının yorumunda birden fazla görüşün ileri sürülebildiği bir gerçektir. O halde hukuk kurallarının farklı yorumlanması ve farklı yönde kararların verilmiş olması son derece doğaldır. Bu farklılık hukukun dinamiğinde mevcuttur. Hukukun gelişimi de bu farklılığı zorunlu kılmaktadır. O halde içtihat farklılığı tek başına hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelmemektedir. Ancak farklı kararların varlığı halinde hangi içtihadı göre karar verilebileceği yönündeki tereddüt, belirsizlik ve sürpriz kararların verilebilmesi ihtimalini ortaya çıkaracaktır. İleri sürülen talep hakkında verilen karar, bir daireye düştüğünde kabul edilebilecek, diğer daireye gittiğinde ise reddedilecek bir içtihat olmamalıdır. Yine dava açan kişinin, Dairenin çelişki kararlarından hangisini bu sefer uygulayaca-

---

yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (Mehmet Doğan, § 57).

73. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan, § 58).

74. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nce ihlalin tespit edildiği hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemeleri ise Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan, § 59).

75. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır (Mehmet Doğan, § 60). 19 Başvuru Numarası Karar Tarihi: 2015/17453: 22.1.2019

ğı konusunda tereddüdü bulunmamalıdır. Zira bu belirsizlik ve öngörülebilirliğin olmayışı, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvene zarar verecektir. Bu nedenlerle Yargıtay'ın anılan ilkelerin bir sonucu olarak kamuoyu nezdinde yargıya olan güveni muhafaza etmesi için kararlarında belli bir istikrar sağlaması beklenir. Bu istikrarın sağlanabilmesi araçlarından birisi de içtihatların birleştirilmesidir.

İlk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerinden gelen kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi her şeyden önce temyiz incelemesi yapan Yargıtay hukuk dairesi tarafından sağlanacaktır. Ancak Yargıtay dairesinin kendi içtihatları arasında bir çelişki varsa veya Yargıtay daireleri ya da Hukuk Genel Kurulu'nun içtihatları arasında çelişki mevcutsa, bu durumda çelişkinin giderilmesi için içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulacaktır (Yargıtay Kanunu m. 15/2, Yargıtay Kanunu m. 16/5). Yine Yargıtay'ın bir dairesinin yerleşik bir içtihadından dönmek, başka bir ifade ile farklı bir karar verebilmesi için, içtihadı birleştirme kararı yoluna başvurması gerekmektedir (Yargıtay Kanunu m. 15/2-c). Yargıtay hukuk daireleri ile ilgili olarak yerine getirmesi gereken bu önemli görevin yanında, bölge adliye mahkemelelerinin göreve başlamasından sonra, bu mahkemelerin kendi daireleri ya da diğer bölge adliye mahkemesinin daire veya daireleri arasında ortaya çıkabilecek olan içtihat uyuşmazlığının giderilmesi görevini de üstlenmiştir (5235 s. Kanun m. 35/I-3). Bu nedenle Yargıtay hem kendi daireleri, hem de bölge adliye mahkemelerinin daireleri arasında oluşan içtihat uyuşmazlıklarını gidermekle görevli kılınmıştır. Bu incelemede asıl olarak hukuk daireleri ile ilgili içtihatların birleştirilmesi esas alınacaktır.

Yargıtay, içtihadı birleştirme görevini, aşağıda vereceğimiz sayılardan da görüleceği gibi, bazı yıllar çok yoğun, bazı yıllar ise, yılda sadece bir kez yerine getirmiştir. Bazı yıllarda ise hiç içtihadı birleştirme kararı verilmemiştir.

İçtihatların birleştirilmesi için Yargıtay Kanunu'nda üç organ öngörülmüştür. Bunlar Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu'dur. Biz bu incelememizde asıl olarak Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme görevini ele alacağız.

1926 yılından 1976 yılı sonuna kadar, 50 yıl içinde hukuk işlerinde 357 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. En çok içtihadı birleştirme kararı 1957 yılında verilmiş olup, bunların sayısı 22'dir. 1944 ve 1955 yıllarında 20, 1954 yılında ise 19 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. 1939, 1961 ve 1963 yıllarında hiç içtihadı birleştirme kararı verilmemiştir.<sup>4</sup> Ortalama olarak bir yılda verilmiş olan içtihadı birleştirme kararı sayısı 7,14 tür.

1977-1991 yılları arasında, yani 15 yılda, toplam 70 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. 1977 yılında 4; 1978 yılında 6; 1979 yılında 3; 1980 yılında 3; 1981 yılında 4; 1982 yılında 4; 1982 yılında 6; 1984 yılında 5; 1985 yılında 9; 1986 yılında 3; 1986 yılında 3; 1987 yılında 7; 1988 yılında 3; 1989 yılında 3; 1990 yılında 6; 1991 yılında 4 içtihadı birleştirme kararı verilmiştir. Bu yıllar arasında verilmiş olan içtihadı birleştirme sayısı yılda 4.66'dır.

1992-2017 yılları arasında 25 yıl içindeki içtihadı birleştirme kararı sayısı toplam 35 dir. Yargıtay 1992, 3; 1993 yılında, 3; 1995 yılında, 3; 1994 yılında, 5; 1996 yılında, 2; 1997 yılında, 3; 1998 yılında, 2; 1999 yılında, 1; 2000 yılında, 1; 2002 yılında, 1; 2004 yılında, 1; 2003 yılında, 1; 2007 yılında 1; 2010 yılında 1; 2012 yılında 1; 2014 yılında 1; 2016 yılında 1; 2017 yılında 4 içtihadı birleştirme karar vermiştir. 2001, 2005, 2006, 2008, 2009, 2011; 2013, 2015 yıllarında hiç içtihadı birleştirme kararı verilmemiştir. Bu yıllar arasında içtihadı birleştirme sayısı yılda 1.4 olarak söylenebilir. 2017 yılında 5,<sup>5</sup> 2018 yılında ise 6<sup>6</sup> içtihadı birleştirme kararı verilmiştir.

Son on yıl içinde verilen dokuz içtihadı birleştirme kararından birisi, ihtiyati tedbir,<sup>7</sup> yemin,<sup>8</sup> tahkim kararlarına karşı başvurulacak yol<sup>9</sup> ve

<sup>4</sup> Kuru B., İctihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977, s. 13-14 ("İctihatların Birleştirilmesi").

<sup>5</sup> 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1; 17.03.2017, E. 2014/1, K. 2017/2; 26.05.2017, E. 2017/2, K.2017/3; 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4; 27.12.2017, E. 2016/1, K.2017/6;

<sup>6</sup> 23.02.2018/ E. 2017/1, K.2018/2; 13.04.2018, E. 2017/3, K. 2018/3; 13.04.2018, E. 2016/2, K. 2018/4; 20.04.2018, E. 2017/4, K.2018/5; 22.06.2018, E. 2016/5, K. 2018/6; 06.07.2018, E. 2017/5, K. 2018 /7,

<sup>7</sup> İBK, 21.02.2014, 1/1 (RG, 17.04.2014, S. 28975).

<sup>8</sup> İBK, 03.03.2017, 2/1 (RG, 17.06.2017, S. 30099).

<sup>9</sup> 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1 (Kazancı İctihat Bankası).



bir diğeri de ıslah<sup>10</sup> olmak üzere üç tanedir. Diğer iki içtihadı birleştirme kararı tenfiz<sup>11</sup> ve ilâma dayalı alacağın ilâmsız icra yolu ile takibe konulup konulamayacağı<sup>12</sup> hakkındadır. Bir karar da, içtihadı birleştirme kararı verebilmek için görevli dairenin büyük genel kurul olmayıp, hukuk genel kurul olduğu yönündedir.<sup>13</sup> Bu sayılara bakıldığında içtihadı birleştirme kararlarının çoğunlukla Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Geçmişte de Yargıtay'ın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanmasıyla ilgili çok sayıda içtihadı birleştirme karar verdiği söylenebilir. Bu nedenle Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından çok değerlidir.

Doktrinde Yargıtay'ın son dönemlerde her nedense içtihadı birleştirme kararı vermeme eğiliminde olduğu, sayının giderek azaldığı, neredeyse “*yok olmaya yüz tuttuğu*” ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Sayılara bakıldığında bu görüşün haklı olduğu ortadadır. İçtihadı birleştirme kararlarının uygulamadaki büyük yararları nedeniyle bu yöndeki düşünün isabetli olmadığı açıktır.<sup>15</sup>

Elbette bir yıl içinde verilmiş olan içtihadı birleştirme kararı sayısının çok olması yargıya olan güvenin artmasına neden olmasa da, çok az sayıda verilmiş olan birleştirme kararları da ciddi tereddütler uyardırmaktadır. Zira hukukun gelişimi içinde içtihatların zaman içinde çelişkili olması kaçınılmazdır. Mevcut çelişkili kararlara alışılmış olması gibi bir düşünce ise yargıya güveni zayıflatan sonucu doğuracaktır.

İçtihadı birleştirme kararları mümkün olduğu kadar kısa sürede verilebilmeli ve bu sayede çelişkili kararların uygulamada yarattığı tereddüt ve güvensizlik ortamı ortadan kaldırılmalıdır. Çelişkili kararların ortaya çıkmasının önlenmesi her şeyden önemlidir. Ancak bir şekilde verilmiş çelişkili kararlar varsa, bu kararlardaki çelişki zaman geçirmeden ortadan kaldırılabilir.

<sup>10</sup> İBK, 06.05.2016, 1/1 (RG, 23.03.2017, S. 30016).

<sup>11</sup> İBK, 10.02.2012, 1/1 (RG, 20.09.2012, S. 28417).

<sup>12</sup> İBK, 26.05.2017, 2/3 (RG, 21.07.2017, S. 30130).

<sup>13</sup> İBK, 17.03.2017, 1/2 (RG, 17.05.2017, S. 30069).

<sup>14</sup> Yılmaz E., “İçtihadı Birleştirme” veya “Adalettteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, Makaleler, 2. Cilt, s. 1165 (“İçtihadı Birleştirme”).

<sup>15</sup> Yılmaz, E., Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağanı, İzmir 2015, Cilt I, s. 544 (“İtirazın İptali”).

İçtihadı birleştirme sebeplerinden birisi, Yargıtay hukuk dairesi ile bir başka dairenin içtihatları arasında çelişki bulunmasıdır (Yargıtay Kanunu m. 15/2-b). Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ile 15. Hukuk Dairesi'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinin zaman itibarıyla uygulanması hakkında farklı içtihatlarının bulunması,<sup>16</sup> içtihadı birleştirme sebebidir. Zaman içinde diğer daireler kendi içinde bölünmekte ve farkı uygulama sürmektedir. Hukuk Genel Kurulu'nun kararları, hukuk daireleri bakımından bağlayıcı değildir. Bu nedenle daireler, Hukuk Genel Kurulu'ndan farklı kararlar verebilir. Bu durumda da içtihadı birleştirme yoluna gidilmelidir (Yargıtay Kanunu m. 16/5). Üçüncü olarak Yargıtay'ın bir dairesinin yerleşik içtihadından dönmek istemesi halinde içtihadı birleştirme yoluna başvurulmalıdır (Yargıtay Kanunu m. 15/2-c). Özellikle bu sonuncu sebeple içtihadı birleştirme yoluna son yıllarda pek başvurulmamaktadır. Bu tutum hem Yargıtay Kanunu'na aykırılık oluşturmakta, hem de sürpriz karar verme yasağına aykırılık teşkil etmektedir.<sup>17</sup> Yargıtay dairelerinin kendi içinde çelişik kararlar vermesi sürpriz karar verme yasağına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay'ın bir dairesi yerleşik içtihadından dönmek isterse, farklı bir karar verilmesinin gerekçeleriyle birlikte, Yargıtay Birinci Başkanı'ndan içtihatların birleştirilmesini istemek zorundadır.

## 2. Tarihi Gelişimi ve Yabancı Ülkelerdeki Düzenlemeler

İçtihadı birleştirme yolu ilk olarak 1926 yılında 834 sayılı Mahkemei Temyiz Teşkilatının Tevsiine Dair Kanun ile kabul edilmiştir. Bundan sonra 1928 tarihli 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun, ardından 1973 tarihli 1730 sayılı Yargıtay Kanunu ve son olarak 1983 tarihli 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda içtihatların birleştirilmesi kurumu muhafaza edilmiştir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> 11. HD, 24.05.2013, 136/3211 (Kazancı İçtihat Bankası), 15. HD, 17.05.2013, 136/3211 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Pekcanitez H., Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümlerinin Zaman İtibarıyla Uygulanması, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt: II, Ankara 2015, s. 1387 vd.

<sup>17</sup> Pekcanitez H., Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s. 788; Karşlı A., Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 332; Aktepe Artık, S., Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 400.

<sup>18</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 13; Kuru, Usul, C.V, s. 4944-4945.

İçtihadı birleştirme kurumu ülkemize özgü olup, yabancı ülke hukuklarında yüksek mahkemelerin içtihatlar arasındaki çelişkinin doğmasını önlemek ve kanunların yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla farklı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 17 Haziran 2005 tarihli İsviçre Federal Mahkemeler Kanunu'na göre, Federal Mahkeme'nin bir dairesinin, bir veya birden fazla başka dairenin bir hukuki mesele hakkındaki eski kararlarından farklı bir karar verebilmesi, ancak diğer ilgili daire veya dairelerin birleşiminden oluşan kurul tarafından onaylanması şartıyla mümkündür ( BGG Art. 23, 1). Görüldüğü gibi burada Federal Mahkeme'nin kararları arasında çelişkili karar verilmesinden önce, ilgili daire veya dairelerin onayı alınarak karar verilmesi sağlanmakta ve böylelikle çelişkili karar verilmesi de önlenmektedir.<sup>19</sup>

Bir daire, hukuki bir mesele hakkında karar verirken, birden fazla daireyi ilgilendiren hukuki mesele hakkında karar vermesi gerekiyorsa ve bu karar hukukun gelişimi veya içtihatların yeknesaklığı bakımından gerekli ise, bu durumda ilgili olan tüm dairelerin iznini alması gerekir (BGG Art. 23, 2). Bu sayede de çelişkili kararların verilmesi önlenmiş olmaktadır.

Yargıtay Kanunu'nda çelişkili karar verilmesini önlemeye yönelik bir usûl öngörülmemiş, aksine çelişki ortaya çıktıktan sonra bu çelişkinin giderilmesi amaçlanmıştır. Aslında İsviçre hukukundaki çelişkili kararın verilmesini önlemeye yönelik olan bu usûl, çelişkili kararlar verildikten sonra bu çelişkinin giderilmesine ilişkin usûle tercih edilmelidir.

9 Mayıs 1975 tarihli Alman Mahkemeler Kanunu'nun 132. paragrafına göre, Federal Yüksek Mahkeme'de hukuk ve ceza dairesi üyelerinin oluşturduğu Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu mevcuttur. Bu iki genel kurul, Birleşik Büyük Genel Kurul'u oluşturur.

<sup>19</sup> Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı verebilmek için birleştirilmesi istenilen daire veya genel kurul kararlarının arasındaki çelişkili kararların kararlı ve sürekli olmasını araması kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Zira çelişkinin giderilmesi yerine bu çelişkinin sürekli ve kararlı olmasının aranması, çelişkinin bir süre devam etmesini ve arada hak arayanların çelişkili kararların bir yönü sebebiyle hak kayıplarına uğraması kaçınılmaz olacaktır (Aynı yönde eleştiriler için bkz. Duran L., Danıştay İçtihatları Birleştirme Uygulaması, Cem Sar'a Armağan, Siyasal Bilgiler Dergisi, 1972/3, s. s. 430; Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 22; Yılmaz, İçtihadı Birleştirme, s. 1168).

Bir daire hukuki mesele hakkında, bir başka dairenin kararından farklı bir karar vermek isterse, bu durumda hukuk genel kuruluna başvurulur ve bu konuda Hukuk Genel Kurulu emsal bir karar verir. Bir hukuk dairesi, başka bir hukuk dairesinin veya Hukuk Genel Kurulu'nun kararından farklı karar vermek isterse, bu durumda da Hukuk Genel Kurulu karar verir. Bir hukuk dairesi, incelediği bir dosya hakkında, hukukun gelişimi veya içtihat birliğinin sağlanmasının gerekli kıldığı hallerde, hukuki bir mesele hakkında Hukuk Genel Kurulu'nun görüşünü almaya karar verebilir (GVG 132). Bu ihtimal İsviçre hukukunda da düzenlenmiştir. Bu şekilde adeta emsal bir karar alınarak farklı kararların verilmesi önlenmek istenmektedir.

Bir ceza dairesi, başka bir ceza dairesinin veya ceza genel kurulunun kararından farklı karar vermek isterse ceza genel kurulu karar verecektir. Bir hukuk dairesi bir ceza dairesinin veya ceza genel kurulunun ya da bir ceza dairesi, hukuk dairesinin veya hukuk genel kurulunun veya büyük genel kurul kararından ayrılmak isterse, buna büyük genel kurul karar verir (GVG § 132, 2).

Büyük Genel Kurul'a başvuru üzerine, içtihadından ayrılmak istenilen daire, kendisine sorulması üzerine önceki içtihadında ısrar ederse, başvuru kabul edilir ve incelemeye geçilir. Daire büyük kurulun kararının hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanması için zorunlu olduğunu açıklamalıdır.

Hukuk Genel Kurulu bir başkan ve 12 Hukuk Dairesinin birer üyesi ile özel dairelerden birer (Kartel, Noter, Patent, Ziraat, Avukatlık, Ekonomi ve Vergi daireleri olmak üzere ) üyelerden oluşur. Başka bir daire de ilgili ise ve verilecek karar bu dairenin de kararını etkileyecek olursa, bu daireden de bir üye tarafından temsil edilir (GVG § 132, 5). Eğer karardan dönülmesi arzu edilen dairenin görevi arada değişen iş dağılımı sebebiyle başka bir daire tarafından yürütülmeye başlanmışsa, bu dairenin üyesi kurula katılır. Büyük Genel Kurul başkan ve büyük genel kurulun üyelerinden oluşur. Üye ve temsilciler başkan tarafından bir çalışma yılı için seçilir.

Hukuk Genel Kurulu ve Büyük Genel Kurul sadece hukuki mesele hakkında karar verir. Herhangi bir duruşma yapılmaz (GVG 138, 1). Bu kararlar, bundan sonraki kararlar bakımından başvuran daire bakımından bağlayıcıdır.<sup>20</sup> Bunun anayasaya aykırı olmadığı Federal Al-

<sup>20</sup> Zöllner, Zivilprozessordnung, Köln, GVG §138 Rn. 1; Arenhövel/ Prütting, Gehrle-

man Mahkemesi'nin 30.11.1951 günlü kararı ile kabul edilmiştir (GVG 139).

Fransız Temyiz Mahkemesi, içtihadı birleştirme yoluyla farklı daireler arasında ortaya çıkan içtihat farklılıklarını giderme görevini üstlenmekte; bu çerçevede sürekli olarak özenli bir çalışma faaliyetine girişmekte; temyiz mahkemesinin birinci başkanı da daire başkanlarıyla sürekli bir iletişim içinde bulunmaktadır.<sup>21</sup>

Adli Teşkilât Kanunu'nun 431-5 maddesine göre, farklı hukuk daireleri arasında aynı tür hukukî mesele hakkında farklı çözümlere varılmışsa veya farklı çözümlerin ortaya çıkma ihtimali varsa, çelişkilerin giderilmesi için ilgili hukuk dairelerinden birindeki üyelerin oybirliğiyle "*karma daireye*" başvurulmasına karar verilebilir. "*Karma daire*", farklı hukuk daireleri arasındaki içtihat ayrılıklarını gidermek suretiyle farklı görüşlerin doğumuna engel olan bir düzenleme aracı olarak işlev görmektedir.

Adli Teşkilât Kanunu'nun 431-7 maddesine göre ise, temyiz mahkemesi birinci başkanının re'sen veya cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine aldığı karara dayalı olarak yayınladığı bir kararnameyle ya da uyuşmazlığa bakan ilgili dairenin kararıyla, karma daireye içtihatların birleştirilmesi talebiyle başvurulabilecektir. Karma daire, temyiz mahkemesi birinci başkanından, daire başkanlarından ve ilgili dairelerin temsilcilerinden oluşmaktadır.

### 3. İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcı Gücü

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre

"İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar".<sup>22</sup>

in, ZPO Kommentar, 2. Auflage, GVG § 132 1 B .

<sup>21</sup> Boré J./Boré L., La cassation en matière civile, 4e édition, Paris 2008, s. 64; Pireyre B., L'Harmonisation de la jurisprudence et de la pratique judiciaire, Conférence de haut niveau-Conseil de l'Europe, Athènes, le 29 Septembre 2017, s. 5 (<https://www.courdecassation.fr/>). Fransız hukukuna ilişkin tercüme Dr. Öğr. Üye. Nur Bolayır tarafından yapılmıştır. Kendisine yardımlarından ötürü teşekkür ederim.)

<sup>22</sup> Yargıtay Kanunu'nun önceki düzenlemesinde (1750 sayılı Yargıtay Kanunu m. 20) genel kurullara yer verilmemişti. Bununla birlikte uygulamada genel kurulları da bağlaması gerektiği ileri sürülmüştür (Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 28).

Bu bağlayıcılık elbette bölge adliye mahkemeleri için de geçerlidir. İctihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı gücü sadece sonuç kısmı hakkındadır. Bununla birlikte kesin hükümde olduğu gibi içtihadı birleşime kararlarının gerekçesinde yer alan ve sonuç kısmına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçelerdeki ilkelerinde bağlayıcı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>23</sup> Yargıtay gerekçelerin bağlayıcı olduğundan söz etmese de “göz önünde tutulacağı,<sup>24</sup>” “gerekçeleri ile aydınlatıcı<sup>25</sup>” demıştır. Kanaatimce gerekçeler bağlayıcı olmasa da Yargıtay’ın kararlarında belirttiği gibi belirlenen ilkeler bakımından yol gösterici ve aydınlatıcıdır.

İctihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi 12.06.1969 gün 38/34 sayılı (RG 29.01.1970, S. 13412, s. 11-13) kararı ile içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda mahkemeleri bağlamasını, Anayasanın 138. maddesindeki hâkim bağımsızlığına aykırı olmadığına karar vermiştir. 1953 yılına kadar içtihadı birleştirme kararlarının mahkemeleri de bağladığı yönünde bir hüküm mevcut değildi. Buna dayanarak içtihadı birleştirme kararlarının sadece Yargıtay’ın hukuk dairelerini bağladığı, mahkemelerin güçlü gerekçeler göstererek içtihadı birleştirme kararlarına aykırı şekilde karar verebileceği kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>26</sup>

#### 4. İctihadı Birleştirme Kararlarının Kaldırılması veya Değiştirilmesi

İctihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması istenebilir (Yargıtay Kanunu m. 45/3). Bunun usûlü içtihatların birleştirilmesine karar verme usûlü ile aynıdır. Mahkemelerin içtihadı birleştirme kararına gerekçe göstermek suretiyle uymaması söz konusu olamaz (Yargıtay Kanunu m. 45/5). Olsa olsa bu gerekçe temyiz aşamasında ilgili daire tarafından isabetli bulunursa, dairenin içtihatların birleştirilmesini ya da değiştirilmesini istemesi mümkündür. Belki mahkemelerin bağlı olması nedeniyle hukukun kalıplaştığı ve dondu-  
rulduğu iddiasını haklı kılmamak adına mahkemelerin de doğrudan

<sup>23</sup> Kuru, Usul, C. V, s. 4961; Kuru, İctihatların Birleştirilmesi, s. 33-34.

<sup>24</sup> HGK 24.11.1965, 6/685-428 (RKD 1966/5-6, s. 96 vd.).

<sup>25</sup> HGK 21.09.1994 1/248-538 (İKİD 1995/413, s. 11049 vd.).

<sup>26</sup> Kuru, İctihatların Birleştirilmesi, s. 13; Kuru, Usul, C. V, s. 4944-4945; Bilge N./Önen E., Medeni Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 61.



bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesini ya da kaldırılmasını isteme yetkisini tanımak gerekir. İçtihadı birleştirme kurumunun hukuku kalıplaştırdığı, hukukun gelişimini önlediği ancak bugüne kadar verilmiş olan içtihadı birleştirme kararlarından kaçının gerçekten bu amaçla değiştirilmiş olduğuna bağlıdır. 1976 yılı sonuna kadar üç içtihadı birleştirme kararı için değiştirme kararı verildiği bu nedenle içtihadı birleştirme yolunun daha etkin şekilde işletilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>27</sup> Somut olaya uygulayacağı kanun hükmünün anayasaya aykırılığını ileri sürecek olan mahkemenin içtihadı birleştirme kararının kaldırılması ya da değiştirilmesi hakkında bu yetkiye sahip olmaması eleştirilebilir.<sup>28</sup>

Yargıtay yeni kararlarından birisinde bozma kararından sonra ıslah yoluna başvurulması yönünde içtihadı birleştirilmesi kararının değiştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 37.

<sup>28</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 40-41.

<sup>29</sup> 53. Bozmadan sonra ıslah yapılması yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma hakkını zedelediği ileri sürülmüş ise de, bu yasadaki bireysel başvuruya taşınmış, ne var ki Anayasa Mahkemesi, Suzan Tekin (Kavurkacı) Ve Diğerleri Başvurusu'nda (Başvuru Numarası: 2013/1932) ihlal tespit etmemiştir. Söz konusu başvuruda, başvurucu destekten yoksun kalma ve manevi tazminat davasında ıslah taleplerinin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi ve yargılamanın uzun sürmesi nedenleriyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. 9 yıl 8 ay süren yargılamada makul süre açısından ihlal bulan mahkeme (B. No: 2013/1932, 17.07.2014, § 66), ek dava açma hakkının bulunduğu işaret edilerek mahkemeye erişim hakkı yönünden ihlal bulunmadığına hükmetmiştir (B. No: 2013/1932, 17.07.2014, § 53). Mahkeme bir diğer başvuruda da aynı neticeye ulaşmış ve ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. (B. No: 2013/5934, 26.2.2015, § 61 ve § 72 ). Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği görüşünün dayanağı kalmamıştır.

54.6100 sayılı HMK'nın 177/1 maddesinde "ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" denilmekle maddenin açık ibaresinden ıslahın yalnız tahkikatın sona ermesine yani hâkimin tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar mümkün olabileceğinin kastedilmektedir. Bu aşamadan sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır.

55.6100 sayılı HMK'nın temyiz hükümlerinde hükmün temyizen bozulmasından sonra da ıslahın cari olabileceğine dair açık veya gizli bir hüküm mevcut olmasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile sınırlama getirildiğine göre bu istisnai yolun hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonraki safhalara da genişletilerek kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hâllerinde de için sonuçlanması güçleştirir ve ıslah müessesesinden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer. Her ne kadar, yeni bir usul kanunu yürürlüğe girmiş ise de bozmadan sonra ıslah yasağının hak ihlali olmadığına dair Anayasa Mahkemesi kararları ve yasa koyucununun 1948 t. İBK'yı bilmesine



İçtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi zarureti çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Sosyal hayatta toplum görüş ve inanışlarında, bilimsel görüşlerde, önemli değişiklikler olması veya sosyal ihtiyaçların değişmesi, kanunlarda yapılan değişikliklerin, içtihadın dayanağı olan kanun hükmünü açık ya da zımni olarak değiştirmesi, içtihatları birleştirme sırasında tartışılmamış maddi ve hukuki pek ağır sakıncaların ortaya çıkması, benimsenen çözümün ülkenin genel hukuk duygusunu ağır bir şekilde zedelemesi içtihatların değiştirilmesi ya da kaldırılması için güçlü sebepler olarak söylenebilir. Bu değişiklikler zamanında yapılamazsa hukuk yaşamına, hak arayanlara zarar verir. Bu konuda bazı içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi ya da kaldırılması kanun değişikliği ile mümkün olabilmıştır. Örneğin görevsizlik kararı ile birlikte yargılama giderlerine hükmedilmesi yönündeki içtihadı birleştirme kararı,<sup>30</sup> hatalı olduğu yıllarca ileri sürülebilmişse de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır (HMK m. 331/2). İchtihatların birleştirilmesi kararlarının değiştirilmesi hukukun donmasını engeller, ona hayatiyet verir. Bu nedenle içtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi konusunda da çok muhafazakâr davranmamak gerekir.<sup>31</sup> Kanunların çok sık değiştirildiği ülkemizde, içtihadı birleştirme kararlarının değişmesi konusundaki çekingenlik de bir çelişki oluşturmaktadır.

---

rağmen bunu kaldıran veya değiştiren bir hüküm getirmemesi dikkate alındığında mevcut kararın değiştirilmesini gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. SONUÇ: 56. Yukarıda açıklanan nedenlerle; "bozma kararı sonrasında ıslah yapılamayacağı ve İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekmediğine" dair, 06.05.2016 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verildi. İBK. 6.5.2016, 1/1(Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>30</sup> 25.04.1945 gün ve 9 sayılı içtihadı birleştirme kararı (RG 28.07.1945, 6069).

<sup>31</sup> Teksif ilkesinin çok katı uygulandığı ülkemizde bu katılığı dava boyunca sadece bir kez yumuşatabilecek ve tarafların ispat hakkını sağlamaya yönelik olan ıslah konusunda verilen 04.02.1948 gün ve 10/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının (RG 17.06.1948, 6934) değiştirmesi yönündeki talebi reddedilmemeliydi. Zira usûle ilişkin bir sebeple hüküm bozulduktan sonra ilk derece mahkemesinde yapılan yeniden yargılama aşamasında ıslah kurumuna izin verilmemesi, hem ıslahın amacıyla bağdaşmamakta, hem de bu yolla korunmak istenilen usûlî müktesep hakka aykırılık teşkil etmemektedir. Zira usûle ilişkin bir sebeple, örneğin yetkisizlik kararı sebebiyle verilen bozma kararına uyulmasından sonra usûlî müktesep hak sadece yetkisizlik kararı verilmesi yönünde olacaktır. Bundan sonra yetkili mahkemede davaya devam edilmesi halinde gerek tam gerekse kısmen ıslah yapılmasına engel olunmaması gerekirdi (Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2017, s. 301-302).

Bu vesileyle içtihadı birleştirme kararının talep edilmesi veya incelenmesi aşamasında ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin bu içtihadı birleştirme kararı hakkında bekletici sorun kararı verip vermemesi tartışılabilir. Her şeyden önce içtihadı birleştirme istenmiş olması ilgili davaların ertelenmesi sonucunu doğurmaz. Ancak bu konuda gündeme alınmış ve incelenmekte olan bir içtihadı birleştirme incelemesinin sonucunun mahkemenin bekletici sorun sayması uygun olur.<sup>32</sup> Aynı şekilde Yargıtay ilgili dairelerinin de ilgili dosyaların incelemesini bekletmesi uygun olacaktır.

### B. Bölge Adliye Mahkemelerinin Kararları Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi (Uyuşmazlığın Giderilmesi)

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesine göre, Başkanlar Kurulu'nun görevlerinden birisi de, kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaktır. Bu hükme göre;<sup>33</sup>

*“Re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemeleri Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararları arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması halinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini istemek”.*

Görüldüğü gibi bölge adliye mahkemelerinin kararları arasındaki “**uyuşmazlığın giderilmesi**” olarak adlandırılan bu prosedür, içtihadı birleştirme kararından oldukça farklıdır.

<sup>32</sup> Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, s. 42 vd.

<sup>33</sup> 5235 sayılı Kanun'un 51. maddesi ile Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle Yargıtay'ın Hukuk ve Ceza Genel Kurulu'nun aynı ya da farklı bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından, hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyuşmazlık bulunursa, bunların Yargıtay tarafından içtihadı birleştirme yoluyla karara bağlanacağı kabul edilmiştir (Özekes M., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, C. III, s. 2256-2257). Böylelikle ilk önce içtihadı birleştirme olarak kabul edilen ve Hukuk Genel Kurulunun görevli kılındığı istinaf mahkemelerinin daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlığının giderilmesi, daha sonra yapılan değişiklik ile Yargıtay dairesinin görevi içinde kabul edilmiştir.

Her şeyden önce uyuşmazlığın giderilmesi, bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri ve dolayısıyla temyiz yolu kapalı olan kararları hakkında istenebilecektir. Bölge adliye mahkemelerinin temyiz yolu açık olan kararları bakımından uyuşmazlığın giderilmesi istenemez. Zira bu kararlar arasındaki çelişkiler zaten temyiz aşamasında giderilecektir.

Uyuşmazlığın giderilmesini istemek yetkisi, başkanlar kurulu herhangi bir talep olmasa da kendiliğinden veya bölge adliye mahkemesinin hukuk ya da ceza dairesinin, Cumhuriyet başsavcısının veya istinaf yoluna başvurma hakkına sahip olanlara aittir.

Yine 5235 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasına göre;

*“(3) numaralı bende göre yapılacak istemler, ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığına, hukuk davalarında ise ilgili hukuk dairesine iletilir. Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığı uyuşmazlık bulunduğu kanaat getirmesi durumunda ilgili ceza dairesinden bir karar verilmesini talep eder. Uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak dairece bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir”*.<sup>34</sup>

Kanaatimce bölge adliye mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için verilen karara “*uyuşmazlığın giderilmesi*” denilmesi isabetli değildir. Çünkü bu ibare ile usûl hukuku terminolojisinde ilk akla gelen, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın giderilmesidir ve bu da genellikle dava yolu ile sağlanabilir. Yine uyuşmazlık, dairelerin kararları arasında değil, bir davada taraflar arasında söz konusu olur. Bu nedenle içtihatlar arasındaki çelişkinin giderilmesi yerine uyuşmazlığın giderilmesi demek isabetli olmamıştır. Terim olarak “*kararların uyumlu hale getirilmesi*” veya “*kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi*” denilebilirdi.

Bölge adliye mahkemelerinin çelişkili kararlarının giderilmesi için verilen karara, içtihatların birleştirilmesi denilmemesi doğrudur. Nitekim içtihadı birleştirme kararı Yargıtay daireleri ile Hukuk Genel Kurulu kararları arasındaki çelişkili kararlar hakkında verilmektedir.

<sup>34</sup> Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 11 ve 12. maddesinde de Başkanlar Kurulu'nda uyuşmazlığın giderilmesi talebi kaydının tutulması hakkında hükümler bulunmaktadır.

Gerek konu, gerek usûl ve gerekse sonuçları bakımından içtihatların birleştirilmesi ile uyumsuzluğun giderilmesi birbirinden farklıdır. Uyuşmazlığın giderilmesi bölge adliye mahkemesinin daireleri ile başka bir bölge adliye mahkemesinin daire arasındaki farklı kararları bakımından istenir. Bölge adliye mahkemesi kararı ile Yargıtay dairelerinin kararları arasında bir çelişki olmaz. Ancak çelişki Yargıtay'ın verdiği kararlara ilişkin ise, elbette bu uyumsuzluk Yargıtay kararları yönünde giderilecektir.<sup>35</sup>

Bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki çelişkinin giderilmesi Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi tarafından sağlanacaktır. Bu konuda bölge adliye mahkemesinin çelişkili karar veren daire üyelerinin bu toplantıya katılımı veya en azından görüş açıklamasına imkânı tanınmamıştır. Her ne kadar bölge adliye mahkemelerinin ilgili daireleri, kararları arasındaki çelişkinin giderilmesi için görüşlerini yazılı olarak bildirebilirse de, çelişkinin giderilmesi ile ilgili kararın verildiği toplantıda kendi görüşlerini açıklamaları ve oylamaya katılmaları daha isabetli olurdu. Çünkü Yargıtay ilgili hukuk dairesi, aslında kendisinin karar vermediği ve karar verilen konuda da uygulamayı yakından bilmediği bir konuda kararlar arasındaki çelişkiyi gidermeye çalışmaktadır.

Yabancı hukuk sistemlerinde aslında temyiz edilemeyen kararlara karşı istinaf mahkemelerinin gerekli görmesi halinde, temyize başvuru imkânı bulunmaktadır. Bu özellikle bir emsal içtihat oluşması bakımından ve belki de istinaf mahkemesi kararları arasında içtihat birliğinin sağlanması bakımından kabul edilmiştir. Örneğin Alman Usûl Kanunu'nda istinaf mahkemesi hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanması için kararın aslında temyiz sınırının altında olmasına rağmen, temyiz edilebilmesine izin verilmektedir (ZPO § 543). Bu şekilde temyiz incelemesi kabul edilerek verilen karar, daha sonra istinaf mahkemeleri için emsal karar oluşturmaktadır. Benzer bir düzenleme ilk derece mahkemeleri için de geçerlidir. Örneğin 600 Euro'nun al-

<sup>35</sup> "İçtihatların birleştirilmesi deyiminin sadece hukuk daireleri ile hukuk genel kurulu arasındaki kararlar bakımında söylenebileceğinden bu kavramın hüküm zatlıklarının Yargıtay'ca içtihat halinde birleştirilmesi" denilmesinin daha doğru olacağı ileri sürülmüştür (Şirin, O, İçtihatların Birliği Oturumu, Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Ankara 2007, s. 123-124).

tındaki kararlar için istinaf yoluna başvurulmasa da, ilk derece mahkemesi hukukun gelişimi ya da içtihat birliğinin sağlanabilmesi için istinaf yoluna başvurulmasına izin verebilmektedir (ZPO § 511). Bu sayede ilk derece mahkemelerinin çelişkili kararlar verebilmesi önlenmek istenmiştir. Hukukumuzda bu tür bir başvuru imkânı kabul edilmemiştir, ancak gelecekte bölge adliye mahkemelerinin kararları arasında çıkabilecek içtihat uyuşmazlığının önlenmesi için bu tür bir başvuru imkânının düşünülmesi gerekir.

## II. İstinaf Mahkemelerinin İlk Derece Mahkemelerine Dosyayı Geri Göndermesine İlişkin Uygulaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması bakımından değerlendirmeyi düşündüğüm ikinci konu, istinaf mahkemelerinin istinaf incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesidir. Bu yöndeki uygulama, istinaf mahkemelerinin görevi ile Yargıtay'ın temyiz incelemesi aşamasındaki görevinin ayırt edilmesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun doğru uygulanması bakımından çok önemlidir. Eğer istinaf mahkemeleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istisnai ve sınırlı olarak belirlenmiş olan (HMK m. 363/1-a) dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin kararları sınırlı hallerin ötesine taşıyarak verirse, bu istinaf mahkemelerini temyiz mahkemesi haline getirecek ve istinaf mahkemesi ile Yargıtay arasındaki farkı ortadan kaldıracaktır. Bu ise kanun koyucunun istinaf mahkemeleri ile arzuladığı sisteme aykırı olacağı gibi istinaf sistemine de aykırılık teşkil edecektir.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 318. maddesine göre istinaf mahkemesi üç şekilde karar verebilir. Birinci olarak verilen kararı kaldırabilir (1 a). İkincisi yeni bir karar verir (1 b). Üçüncü ise, ilk derece mahkemesine yeniden inceleme yaparak karar vermesi için geri gönderir. İlk derece mahkemesine yeniden yargılama yapması içinde gönderme kararı verilmesi iki halde mümkündür. Birincisi davanın önemli bir kısmında hiç karar verilmemiş, ikincisi ise, vakıaların önemli bir kısmının toplanmamış olmasıdır.

İsviçre hukukunda her şeyden önce ilk derece mahkemesine dosyanın geri gönderilebilmesi için asıl kural olan,  **yeni bir karar verme**

**yetkisinin istinaf mahkemesine ait olması** yönündeki kuralın esas alınarak karar verilmesidir. İstinaf mahkemeleri bu ilke ışığında değerlendirme yapılarak karar verilmelidir.<sup>36</sup>

Belirli araştırmalar, eksik incelemelerin tamamlanması elbette istinaf mahkemesi tarafından yerine getirilebilir. İlk derece mahkemesinden talep edilenlerden önemli bir kısmı hakkında ilk derece mahkemesi karar vermemişse, yeni vakıaların ve bununla ilgili yeni delillerin istinaf mahkemesi tarafından tamamlanarak karar verilmesi gerekir. Ancak istinaf mahkemesi yeni vakıa ve yeni deliller tüm dava malzemelerine bakıldığında, önemli bir kısmı tamamlanmamış toplanmamış ise, bu konuda istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin yerine geçerek ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilmeyen bir konu hakkında karar vermek durumunda olmamalı ya da ilk derece mahkemesi yerine önemli miktarda delili kendisi toplamak zorunda kalmamalıdır. Ancak bu halde dahi her iki tarafın menfaati varsa, özellikle davanın daha kısa sürede sonuçlanması ya da usûl ekonomisi gereği daha ucuz toplanması, ilk derece mahkemesine geri gönderme her halde yapılmayacaktır. Özellikle ilk derece mahkemesine dosyanın geri gönderilmesi cezalandırıcı karakterde olmamalıdır. Ancak ilk derece mahkemesi çok ciddi yargılama hataları yapmış ise bu durum saklıdır. İstinaf mahkemesi istinaf başvurusu üzerine dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme konusunda serbest değildir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ancak belirli hallerde mümkündür. Bu hallerden birincisi davanın önemli bir kısmı hakkında ilk derece mahkemesinde karar verilmemiş olmasıdır. Buradan küçük boşluk ya da eksikliklerin istinaf mahkemesi tarafından tamamlanacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Davanın esaslı kısmı elbette matematiksel olarak ifade edilemez. Özellikle önemli ölçüde tamamlanmamış tahkikat için bu söz konusu olabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu her halde bir istisnadır. Dosyanın geri gönderilmesinde sadece tarafların menfaatleri değil, masraf da dikkate alınarak karar bağlanmalıdır.<sup>37</sup> İstisna olarak dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi kabul edilmiştir. İstinaf mahkemesi ancak eksiklikler önemli ölçüde ise bu istisnayı kul-

<sup>36</sup> Reetz/Hilber, in Sutter Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, 2. Auflage, Genf 2013, Art.318 N.26.

<sup>37</sup> Spühler, K., Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Volume II, Art.318 N.5-7.

lanmalıdır. Özellikle kanunun düzenlemesinde lafzen bunu yapabilir olarak ifade edildiğinden, istinaf mahkemesi buna rağmen eksikliği kendisi de tamamlayarak karar verebilir. Dava dosyasının ilk derece mahkemesine geri gönderilmesinin istisnai nitelikte oluşu ve usûl ekonomisi delillerin toplanmasının istinaf mahkemesine ait olması yönünü ağır basmaktadır.<sup>38</sup>

İsviçre hukukunda da ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin geri gönderme kararı ile bağlıdır. Ancak bu kararla, ilk derece mahkemesinin yeniden verdiği kararın istinafında da istinaf mahkemesi önceki kararı ile bağlıdır.

Avusturya Usûl Kanunu'nun 496. paragrafında, istinaf mahkemesinin yeniden karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi düzenlenmiştir. Bu hallerden ilki, istinaf mahkemesi tarafından kaldırılan ilk derece mahkemesinin verdiği kararda talep sonucu hakkında tam olarak karar verilmemiş olmasıdır. İkinci olarak ilk derece mahkemesindeki yargılamada, uyuşmazlık hakkında doğru karar verilebilmesi için dava yeteri kadar aydınlanmamış ya da esaslı karar verilmesini engellemişse dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. İlk derece mahkemesinin kararı içerik olarak eksik ise veya esaslı biçimde usûle aykırı ise bu takdirde dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmektedir.

Alman hukukunda istinaf mahkemesi istinaf sebeplerinin varlığını tespit ederse, kural olarak sadece verilen hükmü kaldırmakla (iptal etmekle) yetinmez (judicium rescindens), bunun yerine yeni doğru olan karar verir (judicium rescissorium). Yeniden karar verilebilmesi için gereken eksik tahkikatın tamamlanması ve karar için gerekli olan delillerin tamamlanması da istinaf mahkemesinin görevi içindedir. İstinaf mahkemelerinin hükmü kaldırmasından sonra dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi, ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat yapılması gerekli ise söz konusu olmaktadır. Ayrıca istinaf mahkemesindeki duruşmada bunun taraflardan birisi tarafından talep edilmesi gereklidir. Eğer bir talep olmazsa istinaf mahkemesi ağır hatayı dahi kendisi halletmelidir. Tarafın talebi olsa da bu konuda ilk dere-

<sup>38</sup> Staehelin, A./Staehelin, D./Grolimung, P., Zivilprozessrecht, 2. Auflage, s. 498; Volkart, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2011, DIKE Komm-ZPO, Art.318 N.4-8, s. 1806.



ceye gönderme hakkında takdir yetkisi istinaf mahkemesine aittir. İstinaf mahkemesi takdirine göre ilk derece mahkemesinde ağır eksiklerin bulunması halinde dosyayı vermiş olduğu kararı kaldırarak tekrar ilk derece mahkemesine geri gönderir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği haller Alman Usûl Kanunu'nun 547. paragrafında sınırlı olarak sayılmıştır. Bu haller ağır usûl hatalarıdır. İlk derece mahkemesinde taraflardan birinin hukuki dinlenilme hakkının ihlali, bir delilin ibrazı için çok kısa süre verilmesi, geç getirilmiş olan vakıaların 296 1 deki koşullar olmaksızın reddedilmesi, delil gösterme yükümlülüğünün ihlali, tanık veya tarafların yetersiz dinlenilmesi, masraflar için kısa süre öngörülmesi, mahkemenin haksız biçimde kesin hüküm itirazını kabul etmesi<sup>39</sup> ağır usûl hatalarına örnek olarak verilebilir. Alman Usûl Kanunu'nun 538. paragrafının ikinci fıkrasına göre, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak ilk derece mahkemesine sadece aşağıdaki hallerde geri gönderebilir

1. İlk derece mahkemesinde ağır bir yargılama hatası yapılmış ve bu hatanın giderilmesi için çok sayıda, kapsamlı bir delil toplanması gerekiyorsa.
  2. İptali (kaldırılması) istenen kararda bir itiraz kabul edilmeyerek reddedilmişse,
  3. İptali istenen karar ile sadece dava şartları bakımından karar verilmişse
  4. Miktar ve sebebi bakımından uyuşmazlık konusu olan bir talep sonucuna ilişkin olarak, kaldırılması istenilen kararda, talebin sebebi hakkında vaktinden önce karar verilmiş ya da dava miktar olarak karar verilebilir halde olmasına rağmen reddedilmiş ise
  5. İptali istenen hüküm senet ve çek yargılamasında hakların saklı olması kaydıyla verilmişse
  6. İptali istenilen karar gıyap kararına ilişkin ise,
  7. İptali gereken karar kısmi dava hakkında verilen karar 301. maddedeki koşullara aykırı ise
- ve taraflardan birisi ilk dereceye gönderilmesini talep ederse.

<sup>39</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2010, § 138 Rd.19 vd.

3 no'lu bentte yer alan sebebin varlığı halinde istinaf mahkemesi tüm itirazları incelemeli ve sonuçlandırmalıdır. 7 numaralı bentte ise talebe gerek olmaksızın dosya ilk derece mahkemesine gönderilir.<sup>40</sup>

Alman hukukunda istinaf mahkemesi tarafından verilen kararın kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi de sadece sınırlı sayıda öngörülmüştür. Hukukumuzdan farklı olarak ayrıca taraflardan birisinin (7. bent hariç) talebi aranmıştır.

Alman hukukunda yapılan son reformda, istinaf mahkemelerinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme imkânları kısıtlanmış ve kural olarak tarafların bu yönde talepte bulunması şartına tabi kılınmıştır. ZPO 538'e göre istinaf mahkemesinin davayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilmesi için yargılamanın ağır bir hata ile malûl olması ve bu hatadan dolayı delillerin istinaf mahkemesince toplanmasının kapsamlı, zaman alıcı ve masraflı olması gerekmektedir. Örneğin çok sayıda tanığın ya da bilirkişi incelemesinin yaptırılması gerekiyorsa, tanıkların uzak yerlerde oturmaları ve istinaf mahkemesine gelmeleri zor ise delil toplamanın zor ve masraflı olduğundan söz edilebilir.

Yukarıda incelediğimiz üç ülkede de istinaf mahkemeleri tarafından verilen kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi istisnai hallerde ve sınırlı sayıdaki sebeplere binaen kabul edilmiştir. Bu nedenle istinaf mahkemeleri ilk derece mahkemelerinin vermiş oldukları kararları kaldırdıktan sonra yeniden yargılama yaparak bir karar vermek yerine, kolay yolu seçerek tekrar ilk derece mahkemesine gönderme yolunu tercih edecek olurlarsa, bu kanunun amacına aykırı olacaktır. Böyle bir uygulama usûl ekonomisine de ciddi biçimde aykırılık teşkil edecektir. Zira bu dosyaların ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi arasındaki gidiş ve gelişleri, hem zaman kaybına neden olacak hem de istinaf mahkemelerinin asıl görevini yerine getirmemesi gibi bir sonucu ortaya çıkaracaktır.<sup>41</sup>

İstinaf mahkemelerinin görevine başlamasıyla birlikte yukarıda açıklamaya çalıştığımız tehlike özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 363. maddesinin 1 a 6. bendiyle ilgili uygulama bakımından dikkat çekicidir. HMK m. 363/1-a, 6. bendi şu şekildedir.

<sup>40</sup> Bu maddenin çevirisi bakımından farklılıklar için bkz. Akil C., İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 321 dn. 12.

<sup>41</sup> Taşpolat Tuğsavul M., İstinaf İncelemesinin Sonunda Verilebilecek Kararlar, TBBD 2018/Ocak-Şubat s. 318 vd.

*“Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplamadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması”*

353. maddenin ilk fıkrasında altı bent olarak istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemesine dosyayı gönderebileceği haller sınırlı olarak ve tek tek sayılmıştır. Bu sayılan hallerin özellikle ilk derece mahkemelerinin çok ağır yargılama hataları sebebiyle öngörüldüğü açıktır. Böylelikle ilk derece mahkemelerinin çok ağır yargılama hataları ya da davanın başında hukuka aykırı olarak davayı esastan incelemeyen verdikleri usûle ilişkin kararların kaldırılarak tekrar esastan inceleme yaparak karar vermeleri istenilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde;

*“Özellikle bazı önemli ve klasik usul eksikliklerinin mevcudiyeti halinde bölge adliye mahkemesine, duruşma yapmadan davayı yeniden görmek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanınmıştır”* denilmiştir (Hükümet Gerekçesi).

Uygulamada ilk derece mahkemesinin hiç delil toplamamasının ya da hiçbir değerlendirme yapmamasının mümkün olamayacağı belirtilerek bu bendin geniş biçimde uygulanmasına ilişkin yorumlar yapılmaktadır. Bu yorumların maddenin amacına uygun olmadığını öncelikle belirtmem gerekiyor. Bu bendin yorumu yapılırken, kanunun hazırlanışı sırasındaki tartışmaların göz önünde tutulması önemli olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrası, 1993 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporuna dayanmaktadır. Bu Tasarının 317. maddesinde, istinaf mahkemesinin, altı bent olarak sayılan hallerde, kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine göndermesi düzenlenmiştir. Tasarının 317. maddesinin 6. bendinde

*“Mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili hiçbir kanıtı toplamadan karar vermiş olması”* dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine gönderilmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu bent pek fazla değişikliğe uğramadan, 1999 yılında oluşturulan komisyon tarafından Tasarıya alınmış ve ardından bu şekilde yasalaşmıştır. Bu bendi yorumlar-

ken her şeyden önce “kanun koyucu abesle iştigal etmez” ilkesinden hareket edilirse, doğru bir uygulamaya ulaşılabilir.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir husus da, istinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin tasarının tartışılması aşamasında, bu bent hakkındaki değerlendirmelerdir. İstinaf mahkemelerine ilişkin tasarının ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinin değerlendirilmesi amacıyla İstinaf Mahkemeleri konulu uluslararası 7-8- Mart 2003 tarihli toplantıda, Avusturyalı Prof. Klicka tarafından bu konuda şöyle bir öneride bulunulmuştu:

*“Değerli konuklar, son olarak sizleri bir konuda ikaz etmek istiyorum. Eğer istinaf mahkemeleri oluşturmaya karar verirseniz-ki buradaki koşulları tam olarak bilmememize rağmen ben bu mahkemelerin kurulmasından yana- yım ve genel eğilime bakarak bunun doğru bir yol olduğunu düşünüyorum- lütfen bir hususa dikkat edin. Kuracağınız sistemde istinaf mahkemesinin mümkün olduğu kadar kendisinin karar vermesini sağlayın. İstinaf mahkemesinin kolay yolu seçerek bir alt mahkemenin kararını bozmakla ve tekrar birinci derece mahkemesine göndermekle yetinmeyip, karar verme yükümlülüğü duymasını sağlayın. Aksi takdirde dava birinci ve ikinci derece mahkemesi arasında gidip gelerek zaman kaybına neden olacaktır. Birinci derece mahkemesi bir karar alacak, buna karşı istinaf yoluna gidilecek, istinaf mahkemesi bir hata bulacak, ancak daha iyi ve daha doğru bir karar vermeyecek ve kararı bozup birinci derece mahkemesine göndermekle yetinecektir. Bu –tabiri caizse- kötü alışkanlık Avusturya’da çok yaygın hale gelmiştir. Kanun koyucu bu uygulamayı dikkatli bir şekilde engellemeye çalışmış, ancak yeterince başarılı olamamıştır ve dolayısıyla Avusturya’da uygulama alanında böyle bir sorunla karşı karşıya kaldık. Ben de Avusturya’nın bakışı açısından, etkin bir istinaf yolu oluşturulması için bu hususta sizleri ikaz etmek istiyorum”.*<sup>42</sup>

İstinaf hükümlerinin hazırlanmasında komisyon üyesi olan Prof. Dr. Yıldırım bu toplantıdaki sunumunda mevcut hükmü eleştirmekle birlikte

*“Delil ikamesi yetersiz de olsa gerçekleşmişse, dosya artık ilk derece mahkemesine geri gönderilemez. Tasarı f. 1 de sınırlı biçimde bozma hallerinin gösterdikten sonra f. II de yine sınırlı olarak esas hakkında karar verilebilecek*

<sup>42</sup> Klicka, T., İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 51-52.

*faraziyeleri düzenlemiştir. Bu iki fıkranın faraziyeleri dışında kalan hallerde, örneğin yetersiz delil ikamesi faraziyesinde, artık istinaf mahkemesi duruşmalı inceleme yapmak zorundadır” demektedir.*<sup>43</sup>

HMK m. 353 b. 6’daki düzenlemenin amacı dikkate alınmadan ve en önemlisi de istinaf mahkemelerinin asıl görevinin “denetim ve düzeltici kanun yolu” olduğundan ve istinaf mahkemelerinin “dar anlamda yetkili” istinaf mahkemesi olduğundan söz edilerek, istinaf mahkemelerinin delil toplamakla yükümlü olmayıp, ilk derece mahkemelerinin verdiği kararı kaldırdıktan sonra dosyayı ilk derece mahkemelerine gönderebilecekleri söylenemez.<sup>44</sup> Yine istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak hüküm verme yetkisi bulunmakla birlikte, bunun ilk derece mahkemesinin yerine geçerek hüküm verme olarak anlaşılması, denetim fonksiyonunun bir devamı olarak ve onunla sınırlı olarak anlamlandırılması gerektiği de istinaf sistemine uygun değildir.

Öncelikli olarak istinaf mahkemeleri, Yargıtay gibi hukuka aykırı bulunduğu ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak yeniden karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine gönderen mahkemeler değildir. Aksi halde bu uygulama kanuna ve istinafın amacına aykırı olur. İstinaf, yeniden ele almak, hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak ve yeniden yargılama yapılarak bir karar verilmesini gerektirmektedir. İstinaf mahkemelerinin asıl görevi bu olmakla birlikte, kanun koyucu sınırlı biçimde ve istisnai olarak saydığı hallerde, kararın kaldırılmasından sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine izin vermiştir. Ancak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kanunda tek tek sayılmış istisnai hallerde mümkündür (HMK m. 353/1).

Her ne kadar kanundaki ifade uygulamada çok istisnai hallerde geçerli olabilecek bir hal ise de, bu bize kolaylıkla bu bendin uygulanmasını geniş yorumlamak imkânı vermemelidir. Bu anlamda aşağıdaki bölge adliye mahkemesi kararının Kanunun amacına aykırı olduğu düşüncesindeyim.

<sup>43</sup> Yıldırım, Kanun Yolu Olarak İstinaf, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 308-309.

<sup>44</sup> Karş. Boztaş N., İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Gereksizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi, *MİHDER* 2017/2, s. 424 vd.

“ Somut olayda; taraflar arasında temel uyuşmazlık konularından birisi olan fazla çalışma süresinin tespit edilebilmesi için taraflar tanık deliline dayanmış ancak mahkemece tanık beyanları eksik alınmış ve doğal olarak uyuşmazlığın çözüm noktasında tam olarak değerlendirilmemiş, yukarıda HMK 253/1-a.6 madde metninde açıklanmaya çalışılan, kararın kaldırılıp iade edilmesi sonucuna götüren koşullar bu şekilde oluşmuştur. **Çünkü davanın esasıyla ilgili gösterilen delillerden “BİRİNİN bile toplanmaması” HMK 353/1-a.6 maddesi bağlamında GÖSTERİLEN delillerin “değerlendirilmemesi” anlamını taşır.**

**Davanın esasını, çözümünü ve sonuçta verilecek kararı doğrudan etkileyecek nitelikteki delillerle ilgili hiç araştırma yapılmaması ya da delillerin sonuç elde edemeyecek derecede eksik toplanması arasında hiçbir fark bulunmamakta, uyuşmazlığın esasına ilişkin eksik delil, ihtilaflı ve delil durumunu hiçlik noktasına getirmektedir. Bu durumun yöntemince giderilmesi, gereğinin yerine getirilmesi işlemi ilk derece mahkemesince yapılmalıdır.**<sup>45</sup>

Bu kararın gerekçesinde şöyle denilmektedir:

“ Bu madde kapsamında isabetli bir değerlendirme yapabilmek için istinaf mahkemesinin temel niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Ceza yargısının aksine hukuk yargısında dar istinaf sistemi benimsenmiştir. Bu sistemin en temel özelliği ise denetimin asıl olmasıdır. **Yeniden yargılama ise ikincildir** ve maddi vakıa denetiminin içinde değerlendirilmesi gerekir. Buradan da anlaşılacağı üzere istinaf mahkemesi her ne kadar bir vakıa mahkemesi olsa da **esas itibari ile bir denetim mahkemesidir**. İstinaf kanun yolunda asıl olan denetimdir. Başka bir ifade ile **istinafta temyiz gibi mahkeme kararlarına karşı öngörülmiş olağan bir kanun yoludur**. Bunun sonucu olarak her ikisinde de denetim muhakemesi yapılır. İstinaf kanun yolu yargılaması ilk derece aşamasında dosyanın tam olarak tekemmül etmiş olması varsayımı üzerine oturtulmuştur. Bu nedenle istinaf mahkemesinin esas hakkında bir denetim yapabilmesi ve bir karar verebilmesi ilk derece mahkemesinde usulünce verilmiş esasa ilişkin bir kararın varlığına bağlıdır.

Maddenin lafzı gibi anlaşılması istinaf incelemesini bir denetim mekanizması olmaktan çıkartıp **yeniden yargılama mekanizması haline getirir**. Özellikle çok yetersiz olmakla birlikte, delillerin kısmen toplandığı veya

<sup>45</sup> Antalya BAM 10. HD, 21.10.2016, 2/3 (Kazancı İçtihat Bankası).

*kısmen değerlendirildiği hallerde iş yükünün tamamen istinaf aşamasına kaymasına ve ilk derece mahkemelerinin formalite bir yargılama yapılmasına neden olur ki, bu durum hem taraflar hem de istinaf mahkemeleri bakımından katlanamaz sonuçlara neden olabilir.*

Gerekçe verilen karar istinaf mahkemelerinin kuruluşu, amacı ve işlevine aykırıdır. Özellikle istinaf mahkemesinin Yargıtay gibi denetim mekanizması olduğu ve asıl görevinin denetim olduğu, yeniden yargılama mekanizması olmadığı gerekçesi, istinafın amacına aykırıdır.

Bölge adliye mahkemelerinin başka kararlarında da, asıl görevin denetim görevi olduğu ve istinaf mahkemelerinin dar anlamda istinaf mahkemeleri olması sebebiyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin asıl olduğu kabul edilmektedir. Örneğin;

*“6100 sayılı Kanun’un 353/1. maddesinde : “a) Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye .. gönderilmesine duruşma yapmadan KESİN olarak karar verir- 6- Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” denilmiş olup, davaların yığılması halinde açılan işçi alacaklarına ilişkin davada, fazla mesai talebine yönelik dava ile ilgili delillerin gerekçeli kararda hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması, Bölge Adliye Mahkemesince kararın kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan KESİN olarak karar verilmesini gerektiren bir haldir.*

*Dolayısıyla hüküm kısmında diğer taleplerin reddine karar verilmiş ise de gerekçede fazla çalışma ücretine yönelik herhangi bir açıklama bulunmadığından gerekçe ile hüküm birbiriyle çeliştiğinden fazla çalışma ücreti yönünden mahkemece olumlu-olumsuz şekilde gerekçenin belirtilerek ve delillerin değerlendirilerek buna uygun hüküm tesis edilmesi gerekmekte olup, bu durumda fazla çalışma ücretine ilişkin esasa yönelik delillerin hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması nedeniyle **davanın esasını incelenmeden ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmesi** sonuç ve kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur”<sup>46</sup>*

<sup>46</sup> İzmir BAM 3. HD, 10.02.2017, 234/261.



“HMK'nın 353/1-a maddesinde, Bölge Adliye Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin İlk Derece Mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyayı kararı veren mahkemeye göndermesine dair duruşma yapmadan kesin olarak karar vereceği haller düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen gönderme kararına ilişkin olarak HMK. 353/1-a.6 madde düzenlemesi ise “Mahkemece tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan VEYA gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması” şeklindedir.

**Tarafların delillerinin tamamı eksiksiz toplanmış olsa dahi gösterilen deliller hakkında mahkemece hiç değerlendirme yapılmaması halinde yukarıda açıklanan madde metni çerçevesinde istinaf incelemesi yapan daire tarafından dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesi mümkündür.**

Ayrıca toplanmayan bir delilin yasa maddesinin istediği anlamda değerlendirildiğinden de söz edilemez.

Davacının, dava açmakta talebi açıklattırılmaksızın, davanın davalı işyerlerinde geçmekte birlikte Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen hizmetlerinin tespiti mi yoksa davalı belediyede geçen çalışmalar nedeniyle toplu sözleşme hükümlerinden yararlanma amacına mı yönelik olduğu açıklattırılmaksızın **hâkim davayı aydınlatma görevi gözardı edilerek hüküm kurulması HMK 353/1-a-6 maddesine aykırıdır.**

Mahkemece dava niteliği ve dava ile ulaşılmak istenilen sonuç, elde edilmek istenilen yarar açıklattırılarak, davanın hizmet tespiti niteliğinde olduğunun görülmesi durumunda Sosyal Güvenlik Kurumunun fer'i müdahil olacağı da değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.<sup>47</sup>

Yukarıdaki kararda da davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemiş olması, kararının kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine imkân tanınmasa da, madde geniş olarak anlaşılmalı ve uygulanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasına göre, kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gön-

<sup>47</sup> İstanbul BAM 31. HD, 24.01.2017, 83/45 (Kazancı İçtihat Bankası).

derilmesi, istinaf mahkemelerinin dar anlamda mahkemeler olmasıyla ilgilendirilemez. Dar istinaf ya da sınırlı istinaf, istinaf mahkemesini ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır.<sup>48</sup> Başka bir ifade ile istinaf yargılamasında yeni vakıalara dayanmak mümkün değildir. Bunun yanında istinaf mahkemesi istinaf dilekçesi ile ve burada belirtilen sebeplerle bağlıdır. Buradaki istinafta yeni vakıa getirilmesi yasaktır.<sup>49</sup> Bu anlamda Türk hukukundaki istinaf dar anlamda istinaftır.<sup>50</sup> İstinaf mahkemesinin verilen kararı sadece kaldırıp yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine göndermesi biçiminde bir istinaf modeli kabul edilmemiştir.<sup>51</sup>

Doktrinde de bu bend yorumlanırken, ilk derece mahkemesinin delillerin çok azını toplamış olsa da, daha toplanacak çok kapsamlı delillerin bulunması halinde bu bent kapsamına girebileceği kabul edilmektedir.<sup>52</sup>

Yılmaz, istinaf sisteminin başarılı olabilmesi için istinaf mahkemelerinin kendi yetkilerinde olan uyuşmazlığı yeniden çözen bir karar vermeleri seçeneği üzerinde durmaları ve faaliyetlerini bu yönde sürdürmeleri, ilk derece mahkemelerine gönderme kararının çok istisnai hallerde kullanabilmeleri gerektiğini ifade etmiştir.<sup>53</sup>

Akkaya'ya göre, deliller çok sınırlı toplanmış veya toplanan deliller yetersiz ve yüzeysel değerlendirilmiş ise, istinaf mahkemesi gönderme kararı vermemeli, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermemelidir.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Yılmaz, İstinaf, s. 22; Özekes, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2244-2245.

<sup>49</sup> Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2010, s.569

<sup>50</sup> Deren-Yıldırım, N., Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8- Mart 2003, Ankara 2003, s. 269.

<sup>51</sup> Akil, s. 53.

<sup>52</sup> Hiç delil toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesi halinde istinaf mahkemesi duruşma yapmadan dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilecektir( Özekes, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2259).

<sup>53</sup> Yılmaz E., İstinaf Ankara 2005, s. 80. Aynı yönde Ergün, Z., İstinaf, İstanbul 2005, s. 33.

<sup>54</sup> Akkaya T., Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 328. Aynı yönde Konuralp H., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı II; Ankara 2007, s. 185.

Akil ise, altıncı bentteki ifadenin, Avusturya hukukundaki düzenleme örnek alınarak, *ilk derece mahkemesi önündeki yargılamanın, uyumsuzluk konusunun esaslı(tüketici) bir şekilde değerlendirilmesini engelleyecek önemdeki bir hata ile malul olması*" şeklinde kaleme alınması daha uygun olurdu demektedir.<sup>55</sup>

Gözütok'a göre, bir dosyada esastan karar verilmiş ise delillerin hiç toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesi normal şartlarda gerçekleşmesi mümkün olamayacak bir durumdur. Bir kısım deliller toplanmış olsa da toplanması gereken kapsamlı deliller var ise, yani ilk derece mahkemesinin yaptığı tahkikat hiç bir şekilde uyumsuzluğu çözmeye yaklaşmış olmayıp, daha yapılması gereken kapsamlı delil toplama işlemleri var ise, yani yapılacak tahkikat hüküm kurmanın çok uzağında olmak üzere eksik incelemeyi içerdiği halde karar verilmişse bu halde Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'nin eksik delilleri tümüyle toplamak zorunda olmadığı ve esasını incelemeyi ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın karar veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.<sup>56</sup>

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu yeni bir karar, istinafın amacına ve kanundaki düzenlemeye son derece uygun örnek bir karardır. Bu kararın Yargıtay'ın diğer daireleri tarafından da benimsenmesi halinde, bölge adliye mahkemelerinin kolaylıkla dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesini de önleyeceğini düşünmekteyim.

"İlk derece mahkemesince, idrak çağında bulunan ortak çocuk bizzat dinlenmediği gibi uzman raporu da alınmamıştır. Bu sebeple 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. maddesi gereğince, aile mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip; idrak çağında bulunan çocuğun kişisel ilişki konusundaki görüşü de bizzat alınarak ve toplanan diğer delillerle hep birlikte değerlendirilerek, kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken; bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Bölge adliye mahkemesince verilen kararda da bu hususlara işaret edilmiş, **ancak eksik**

<sup>55</sup> Akil, s. 321-322.

<sup>56</sup> Gözütok, Z., Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz, s. 112 vd.

delillerin toplanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Az yukarıda da açıklandığı üzere ilk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri deliller toplandığından Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 353/1-a-6. maddesi uyarınca eksik hususların ikmali için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, eksik delillerin toplanması konusunda özellikle HMK'nun 353, 354 ve 373. maddeleri ele alındığında da, kanundaki düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesince verilen kararın yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu maddelere bakacak olursak;

HMK 353/1-b-3 maddesinde; "Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında duruşma yapılmadan karar verilir".

HMK 354. maddesinde "(1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince inceleme, davanın özelliğine göre heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır.

(2) İnceleme sırasında gereken hallerde başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi istinabe edilebilir".

Yine HMK'nun 357/3. maddesinde "İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenemez" şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen hükümler değerlendirildiğinde de, eksik delillerin bölge adliye mahkemesince toplanması gerektiği anlaşılmaktadır. O halde bölge adliye mahkemesince idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınması ve uzmanlardan rapor alınarak toplanan tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir".

**SONUÇ:** Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi".<sup>57</sup>

Bu açıklamalardan sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının altıncı bendi lafzen anlaşılması dışında,

<sup>57</sup> 2. HD, 04.12.2017, 5594/13799 (Kazancı İçtihat Bankası).

istinafın amacına uygun olarak yorumlanmalı ve anlaşılmalıdır. Uygulamada ilk derece mahkemesinin hiç delil toplamaması veya delilleri hiç değerlendirmemiş olması elbette çok istisnai hallerde karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu bendin çok istisnai hallerde uygulama alanının olacağı kanun koyucu tarafından da bilinerek, bilinçli olarak kabul edilmiştir. Bunun sebebi ise istinaf mahkemelerinin yüzyılı aşkın süredir uygulandığı ülkelerde,<sup>58</sup> istinaf mahkemelerinin zaman içinde kolayca kaçarak ve hukuka aykırı olarak iptal ettiği kararların yeniden yargılama yapılması için ilk derece mahkemelerine gönderilmesi yönündeki eğilimin mevcut oluşu ve bunun önlenmesine ilişkin yakın zamanlarda düzenlemeler yapılmış olmasıdır. Tüm bu gelişmeler dikkate alındığında bu bendin mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerekecektir. Özellikle istinaf mahkemelerinin amacına aykırı olan veya ilgisi olmayan gerekçelerle, bu bendin kapsamını genişletmek, istinaf mahkemelerinin kuruluş amacına aykırı olacak ve görevlerini de yerine getirememeleri sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu yorum yapılırken ister istemez istinaf mahkemelerinin mevcut durumunun da dikkate alınması gerekmektedir. Bugün için istinaf mahkemelerinin sayısı kendilerine gelen iş yüküne uygun değildir. En önemlisi istinaf mahkemeleri iki, hatta üç şehir sınırları geçildikten sonraki şehir ya da ilçelerin ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararları incelemektedir. Hal böyle olunca, delillerin toplanması getirilmesi ilk derece mahkemesine nazaran çok daha fazla zaman ve masrafı gerektirebilmektedir. Bütün bunlar dikkate alınarak yapılacak yorumun yine de kanunun amacına uygun olmasını sağlamamız gerekmektedir. Somut olayda usul ekonomisinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Özellikle zaman ve masraf yönünden istinaf mahkemesinin kolaylıkla sağlayabileceği ya da getirtebileceği deliller için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilememesi gerekmektedir. Zira anayasamızda da açıkça öngörülen usul ekonomisi buradaki yorumda da dikkate alınmalıdır. Ancak her halde istinaf mahkemelerinin eksik olan delillerin toplanması ve değerlendirilmesi konusunda asıl görevli oldukları da dikkatten kaçırılmamalıdır.<sup>59</sup> Zira kanun istinaf mahkemesinin çok

<sup>58</sup> Örneğin bkz. Werner Hinz, ZPO Reform und Mietprozess, Neue Zeitschrift für Mietrecht(NZM), 2001/13, s. 605; Akil, s. 104.

<sup>59</sup> Seiler, B., Die Berufung nach ZPO, 2013, S.665 vd.; Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Art. 308-327a ZPO Rn. 11 vd.

ağır yargılama hataları dışında ilk derece mahkemelerinin kararını kaldırdıktan sonra kendisinin eksiklikleri tamamlayarak karar vermesini öngörmektedir.

### III. HUKUK MUHAKE MELERİ KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Son olarak 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklere değinmek istiyorum. Ülkemizde son yıllarda diğer kanunlarda olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yürürlüğünden hemen sonra değişiklikler yapılmaya başlanmıştır. Bir kanunun zaman içinde bazı maddeleri, hatta tümü değiştirilebilir. Ancak kabulünden kısa bir süre sonra, durum ve koşullarda çok önemli bir değişiklik olmadan, bu kadar değişiklik yapılmasını haklı kılacak bir sebebin olmadığını düşünüyorum. Tesadüfen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile aynı yıl, yani 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Usûl Kanunu'nda henüz bir değişiklik yapılmamıştır. Yakın bir zamanda bir değişiklik yapılması da düşünülmektedir. Bunun en önemli sebebi yeni kanunun uygulamasının tam olarak görülebilmesi, doktrinde tartışılması ve uygulamanın içtihatlarla çözüm bulması, boşlukların doldurulması, yorum yoluyla doğru uygulamanın bulunmasıdır.<sup>60</sup>

Daha önceki usûl kanunumuz olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yaklaşık doksan yıl içinde otuz değişiklik yapıldığı söylenerek bu değişikliklerin çokluğundan söz edilirken, yeni Kanunumuzla ilgili 2011 yılından bu yana, yani altı yıl içinde onüç değişiklik yapılmıştır.<sup>61</sup> 15.08.2017 tarihinde Kanun Hükmünde Kararname ile bir değişiklik daha yapılmıştır. Bu değişiklikler 90 yılda yapılan değişikliklerin yarısına tekabül etmektedir. Son olarak 2018 yılı içinde 7101 ve 7145 sayılı Kanunlarla değişiklikler yapılmıştır.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Pekcanitez H., Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci, TBB D 2017/ Kasım-Aralık, s. 211 vd. ("Erozyon Süreci").

<sup>61</sup> 2019 yılı başına kadar sekiz yıl içinde yapılan değişikliklerin sayısı on beşe ulaşmıştır.

<sup>62</sup> 7101 sayılı Kanun 28.02.2018 tarihinde kabul edilmiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410, 416, 418 ve 439. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 7145 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375 inci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendine "tespit edilmiş olması" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında

Kanun yaparken olduğu gibi, değiştirilirken de, değişiklik önerileri yeteri kadar düşünülmeli, değerlendirilmeli ve tartışılmalıdır. Yine temel kanunların kabulünden sonra bir süre geçiş zamanı tanınarak, bu süre içinde yeni hükümlerin daha doğru uygulanabilmesi için çalışmalar yapılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili yapılan değişikliklerin hiçbirisi bu tür bir tartışma imkânı sağlanmadan kabul edilmiştir. Sürpriz kanun değişiklikleri birbirini takip etmektedir. Bu değişiklikler son yıllarda oldukça yaygın olarak kullanılan ve kanun yapma tekniğine uygun olmayan “*torba kanun*”larla gerçekleştirilmiştir.

Uygulayıcılar 2011 tarihinden bu yana Hukuk Muhakemeleri Kanunu yanında, yeni Borçlar Kanunu ve yeni Ticaret Kanunu hükümleri ile yeni göreve başlayan istinaf mahkemeleri sayesinde yepyeni bir uygulamaya alırken, diğer taraftan kanunlardaki sürekli yapılan değişiklikleri takip etmek zorunda kalmaktadır. Bu baş döndürücü değişiklikler uygulamayı işin içinden çıkılması zor bir duruma sokmuştur. Öğrenci kitapları dışında artık kimse kitap almamaktadır. Çünkü kitap yayınlandıktan bir süre sonra eski hale gelmektedir. Uygulamada çok az sayıda bulunan kitaplar da nasıl olsa kısa zamanda bir kanun değişikliği ile eski kitap haline geleceğinden satın alınmamakta, kitap basılmamaktadır. Kitabın zaten az okunduğu ülkemizde bu değişiklikler kitap okumayı da olumsuz etkilemektedir. Henüz yedi yıl geçmeden sürekli yapılan değişiklikler sonunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematigi bozulmuş ve bu Kanun'la kabul edilen pek çok önemli ilke zedelenmiştir. Sürekli yap-boz şeklinde yapılan değişiklikler birbirini izlemektedir. Bu değişikliklerin bir olumsuz sonucu da içtihatların oluşması, boşlukların doldurulması gibi uygulamanın gelişmesine izin vermemesidir. İşin bir başka kötü tarafı da, kanun değişikliklerinin olumsuz sonuçlarından ders çıkarılması yerine, değişiklik yapma hızı kesilmemekte, sürekli yeni öneriler gündeme gelmekte ve oluşturulan komisyonlarla yeni değişikliklerin yapılması amaçlanmaktadır.

Her mahkemenin kararlarına karşı gidilebilecek ayrı bir istinaf, ayrı bir temyiz süresinin mevcudiyeti yanında, mevcut sürelerle haklı bir sebep olmaksızın sık sık oynanmaktadır. Örneğin Hukuk Mu-

---

dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi” ibaresi eklenmiştir.



hakemeleri Kanunu'nda temyize başvuru süresi bir ay olarak kabul edilmişken ve istinaf incelemesinden sonra bir aylık temyize başvuru süresi henüz başlamadan, 7035 sayılı Kanun'la bu süre iki haftaya indirilmiştir. Bu değişikliğin hiçbir makul ve kabul edilebilir bir sebebi yoktur. Amaç yargının hızlanması ise, iki hafta ile hızlanacak kadar kısa süren bir yargılamamız uygulamada zaten yoktur. Bazı Yargıtay dairelerinde duruşma için 1,5-2 yıl beklenirken, iki haftalık sürenin kısaltılmasını kimse fark etmeyecektir. Hâlbuki hak arayan kişiler bakımından son imkân olan temyiz aşamasında dilekçenin bir ay gibi bir sürede hazırlanması son derece önemlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kanundaki parasal sınırların her yıl arttırılması uygulamasından son derece haklı gerekçelerle vazgeçilmişken, bu gerekçeler hiç dikkate alınmadan kısa bir süre geçtikten sonra bu sefer tekrar her yıl artması yönünde değişiklik yapılmıştır. 6763 sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek Madde 1 ile parasal sınırların yeniden her yıl arttırılması kabul edilmiştir.<sup>63</sup> Bu değişiklik her şeyden önce hak kayıplarının artmasına neden olmaktadır. Duruşmaya çıkan hâkim o gün vereceği karara karşı istinaf yoluna gidip gidilemeyeceğini kestirmekte zorlanmaktadır. Halen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre kanun yollarına başvurulduğu düşünülduğünde, eski Kanun'a göre ayrı, yeni Kanun'a göre ayrı kanun yolu süreleri gündeme gelmektedir.

Parasal sınırlar her yıl yeniden değerlendirme oranı ile çarpılarak yeni yıldan itibaren bulunacak tutar o yıl için geçerli olmak üzere uygulanmaktadır. Ertesi yıl ise yeniden parasal sınır değişmektedir. Birkaç yıl sonra ise, gerek hâkim ve gerekse taraflar, senetle ispat sınırı için işlemin yapıldığı tarihteki hukuki işlemin değerini, temyiz sınırı için hükmün verildiği tarihteki parasal sınırları cetvellere bakarak belirlemek zorundadırlar. Bu sınır 2017 de farklı, 2018 de farklı 2019 yılında farklıdır. Nitekim 2019 yılı için senetle ispat zorunluluğu 3660; istinaf sınırı 4400; temyiz sınırı 53.800; temyizde duruşma sınırı 88.210 Lira'dır. Bir öğrenciye dahi senetle ispat sınırının bu yıl neden 3660 lira olduğu, ancak bu tutarın her yıl değişeceği, bunun takip edilmesi gerektiği izah edilebilir değildir. Hukuk devletine, hukuk güvenliğine aykırı biçimde küsuratlı ve her yıl değişen parasal sınırlar terkedildik-

<sup>63</sup> Pekcanitez, Erozyon Süreci, s. 246 vd.

ten sonra, hiçbir haklı sebep olmadığı halde yeniden kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukuk güvenliğine aykırı olması, uygulamada hak kayıplarına neden olması ve karmaşa yaratması nedeniyle parasal sınırların her yıl arttırılması uygulamasından vazgeçilmiştir. Bunun bir başka sebebi, artık enflasyonun ve para değerindeki kayıpların eskiden olduğu gibi çok yüksek olmamasıdır.

Temyiz sınırını 47.530 lira olarak görüp dava açan bir kişi, hüküm verildiği tarihte parasal sınırların artışı nedeniyle aleyhine verilen hükmü temyiz sınırı olan 47.530 liranın altında kaldığından temyiz edememektedir. Bir dava açılırken o davada verilen karara karşı istinaf ya da temyize başvurmanın mümkün olup olamayacağını kimse kestirememektedir. Çünkü 6763 sayılı Kanunla getirilen 44. maddede 341, 362 ve 369. maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktarın esas alınacağı kabul edilmiştir. Bu sürprizleri hukuk devletinde anayasa ile korunan hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Yargılamanın hızlandırılması denilince kanundaki sürelerin kısaltılması ilk akla gelen olmaktadır. Hâlbuki mahkemelerdeki duruşma aralıkları dört-beş ay gibi aralıklarla yapılabilmektedir. Duruşmalarda ayrılan zaman ise beş-on dakika ile sınırlıdır. Yılda bir dosya için ayrılan süre toplam 10-15 dakikadır. Bu uygulama ortada iken, sürekli kanun değişiklikleri ile uğraşmak yıllardır yapılagelen beyhude çalışmalardır.

Son bir örnek vermek gerekirse, tahkimde görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi iken, neden yapıldığı bilinmeyen bir değişiklik ile hem milli hem de milletlerarası tahkimde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmuştur.<sup>64</sup> Bu değişiklik uygulamada karışıklık yaratma dışında hiçbir fayda sağlamamıştır. Nitekim daha sonra yapılan değişiklik ile tekrardan hakem kararlarına karşı başvuru iptal davasında bölge adliye mahkemesi görevli kabul edilmiştir. Ancak bu yapılırken tahkimde tek bir mahkemenin ihtisas mahkemesi olmak yerine, bazı işler için yine asliye ticaret mahkemeleri görevli kılınmış, bazı işlere ise bölge adliye mahkemeleri görevli kabul edilmiştir.

<sup>64</sup> Pekcanitez, Erozyon Süreci, s. 255 vd.

Bütün bu değişikliklerin altı-yedi yıl içinde yapıldığı düşünülürse, kanun yapmanın dayanılmaz bir ağırlığı ortadadır. Gerçekten kanun yapmak kolay ise de, mevcut kanunların doğru uygulanması oldukça zordur. Bu nedenle uygulamada kanundan kaynaklanmayan değişiklikler dikkatlice ayırt edilerek kanun değiştirme kolaylığı terk edilmelidir. Gerçekten bir kanun değişikliği gerekiyorsa, bu değişikliğin yeteri kadar tartışılması ve hatta bir geçiş süresi kabul edilerek, kanunun yeteri kadar tartışılmasına imkân tanınması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerin kamuoyu ile paylaşılmadan, ilgili kişi ya da kurumların görüşleri alınmadan, hiç tartışılmadan ve hemen uygulamaya konularak kabul edildiği de göz önünde tutulursa,<sup>65</sup> bu konunun sayı ve nitelik olarak ciddi bir kanun değiştirme olumsuzluğu içinde olduğumuz görülecektir.

<sup>65</sup> Örneğin 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile para alacağına ilişkin ticari davalarda, dava şartı olarak, zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş ve aslında "torba kanun" olmakla birlikte kanunun isminden bu yönü anlaşılmayan düzenleme, ilgili kişi ya da kurumlarla tartışılmadan yürürlüğe girmiştir. Keza 7101 sayılı Kanun'la konkordato hükümlerinde değişiklik yapan Kanun hiçbir kişi ya da kuruluşla paylaşılmadan sürpriz biçimde kabul edilmiş, kısa süre sonra, Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'la tekrar değişiklik yapılmıştır.

