ADALET DERGİSİ

Yıl: 149 Dönem: VI 2022/1 Sayı: 68

ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından (2019) itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.

68
(2022/1)

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 68 2022/1
ISSN: 1011-730X
ISSN (online): 2717-6614
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Bekir BOZDAĞ
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hasan YILMAZ
(Bakan Yardımcısı)

Editör
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Yayın Koordinatörü
Anıl İbrahim BAKIRCI

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇIRAK

Dijital Koordinatör: Mahmut CESUR
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU
Web Tasarım: İbrahim KÖSE
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL
Özlem İNALKAÇ/İsmail SARIKAYA

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: dergiadalet@gmail.com / adaletdergisi@adalet.gov.tr
www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
2022 ANKARA

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof.Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof.Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Istanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Prof.Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Prof.Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Prof.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Berat DUMAN
Personel Genel Müdürlüğü
Tetkik Hâkimi

Dr.Öğretim Üyesi Cem Duran UZUN
Çankaya Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

68. SAYI HAKEM KURULU

Prof. Dr. Cavit ABDULLAHZADE	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Berrin AKBULUT	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mine AKKAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Cumhurbaşkanı Başdanışmanı Cumhurbaşkanlığı Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu Başkanvekili
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Başkanı Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem ÇETİNTÜRK	Yargıtay Üyesi
Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Selman DURSUN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Atike Eda MANAV ÖZDEMİR	Hâkim
Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TÜMAY	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan YAVUZ	Yargıtay Cumhuriyet Savcısı
Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN	Türkiye Adalet Akademisi Daire Başkanı
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Burak DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Sertaç IŞIKA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Abdullah İSLAMOĞLU	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Nuran Orbay ORTAÇ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Abdülkadir SAKA	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Ferhat USLU	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Cem Duran UZUN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Hasan Sayim VURAL	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr.Üyesi Yılmaz YURTSEVEN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Süleyman ÖZAR	Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü Genel Müdür Yardımcısı

** Listeleme Unvan İçerisinde Soyadlara Göre Yapılmıştır.*

Adalet Dergisi

Veri tabanlarında taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

Kamu Hukuku/Public Law

15-31 • **Prof. Dr. H. H. Sevil ATASOY**/Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Kontrol Kurulu'nun Hükümetlere Tıbbi Kannabis ve Kannabinoid Programları Hakkındaki Tavsiyeleri

Recommendations of the United Nations International Narcotics Control Board to Member States on Medical Cannabis and Cannabinoid Programmes

33-51 • **Prof. Dr. Mehmet Ali ZENGİN**/Türk Hukukunda Bazı İdari Denetim Mekanizmalarının Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Rolü ve Önemi

Role and Importance of Some Administrative Control Mechanisms with Regard Rule of Law Principle in Turkish Law

53-92 • **Doç. Dr. Recai AKYEL**/Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması

Remedy of Individual Application: Mission, Vision and Implementation

93-109 • **Doç. Dr. Fatih KIRIŞIK-Dr. Kübra ÖZTÜRK**/Dünyada ve Türkiye'de Partili Cumhurbaşkanlığı

President with Party in The World and in Türkiye

111-131 • **Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ-Dr. Öğretim Üyesi Hakan GÜNDÜZ**/ Kabahatler Kanunu'na Göre Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemenin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi

Authority of the Public Prosecutor and the Court to Make Administrative Sanction Decision According to the Law of Misdemeanor

133-151 • **Dr. Öğretim Üyesi Fethullah BAYRAKTAR**/Rusya'nın Avrupa Konseyi Üyeliğinden Çıkarılması ya da 'Militan İnsan Hakları' Üzerine Bir Değerlendirme

Exclusion of the Russia from the Council of Europe or an Analysis on the 'Militant Human Rights'

153-165 • **Dr. Öğretim Üyesi Tuğrul ÇAKIR**/Türkiye'nin Uzay Alanındaki Hukuk Politikalarına Yön Vermesi Gereken Temel İlkeler

The Fundemental Principles that Should Guide Türkiye regarding Legal Policies in the Space Field

167-203 • **Dr. Öğretim Üyesi Hüsnü Sefa ERYILDIZ**/Kasten Öldürme Suçunun Bir Suçu Gizlemek, Delillerini Ortadan Kaldırmak veya İşlenmesini Kolaylaştırmak ya da Yakalanmamak Amacıyla İşlenmesi (TCK M.82/1-h)

Commitment of The Murder to Hide a Crime, to Destroy the Evidence or to Facilitate its Perpetration or not to be Caught (TPK N.82/1-h)

205-252 • **İbrahim KESKİN**/Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü
Accelerated Proceedings in Criminal Procedure Law

253-283 • **Esra BAHAR**/Türkiye Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Adil Yargılanma Hakkı"
The Right To a Fair Trial in the Context of the Example Decisions of the Turkish Constitutional Court

285-337 • **Arş. Gör. Yasin YILMAZ-Arş. Gör. Mehmet KİREMİTCİ**/Konya Hukuk Mektebi'nde Anayasa Hukuku Dersleri
Constitutional Law Lessons at Konya Law School

339-363 • **Arş. Gör. Mustafa ÜNAL**/İslam Hukukunda Mülkiyeti Kısıtlayan Bir Sebep Olarak Komşuluk Hakkı (Hakku'l-Civar)
The Vicinity Rights as a Reason Restricting the Right to Property in Islamic Law (Hakku'l-Civar)

Özel Hukuk/Private Law

367-408 • **Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA**/Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler
Some Considerations on the Practice of Substantive Expertise in Mediation

409-450 • **Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU**/7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevırme ve İhâlenın Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı
Presentation and Explanation of the Changes Regarding the Realisation of Goods and Annulment of Public Auction in the Turkish Act of Debt Enforcement and Bankruptcy Made with the Law No. 7343

451-485 • **Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK-Arş. Gör. Esra BULUT**/Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava
Contentious Debt Action in Concordat Process

487-512 • **Dr. M. Üzeyir KARABIYIK**/Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: a Focus on Frivolous Claims
"Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Suistimal Niteliğindeki Eylemler: Mesnetsiz İddialara Bakış"

513-534 • **Arş. Gör. Dr. Özlem AKINCI ALBAYRAK**/6335 Sayılı Kanun'un Malvarlığının Korunması İlkesine Etkisinin Değerlendirilmesi
Evaluatıon of the Effect of Law No. 6335 on the Principle of Protection of Company Assets

535-571 • **Arş. Gör. Tahsin MAVZER**/Adi Konkordatonun Yerine Getirilmesi Amacıyla Atanan Kayyım
The Appointed Trustee for the Fulfillment of Ordinary Concordat

573-605 • **Şaban TAMER**/Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti İle Dönme
The Signed Under the Urban Transformation Law with the Determination of the Ministry or Administration

607-629 • **Enes Baki YENER**/Halka Arza Aracılık Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği
Legal Nature of the Agreements of Intermediation for Public Offering

Araştırma-İnceleme

633-653 • **Doç. Dr. Emine YILMAZ BOLAT-Yard.Doç.Dr. Muhammed ERDAL**/ İdari Yaptırım Olarak Çevreyi Kirletme Kabahati
Pollution of the Environment as Administrative Sanction

Arşivden

657-666 • **İsmail Sem'i (Yayına Hazırlayan: Arş. Gör. Samed ATASOY)**/ Ceza Muhakemesinde Bozma Sebepleri (Esbab-ı Feshiye)

667 • **Etik Kuralları ve Yayın Politikası**

679 • **Yazım ve Atıf Kuralları**

KAMU HUKUKU
PUBLIC LAW

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER UYUŞTURUCU KONTROL KURULU'NUN HÜKÜMETLERE TIBBİ KANNABİS VE KANNABİNOİD PROGRAMLARI HAKKINDAKİ TAVSİYELERİ

Recommendations of the United Nations International Narcotics Control Board to Member States on Medical Cannabis and Cannabinoid Programmes

Prof. Dr. H. H. Sevil ATASOY*

Öz: Bazı ülke hükümetleri, ölümcül kanser, epilepsi ve nörolojik bozukluklar gibi belirli sağlık sorunları olan hastaların semptomlarını hafifletmek amacıyla kannabis (esrar) ve kannabinoid kullanılmasına izin veren yasaları onayladı. Tıbbi kannabis programlarının bir bölümü, uluslararası uyuşturucu kontrol anlaşmalarının şart koştuğu düzenleme ve denetimleri içermediğinden halk sağlığını olumsuz etkilemiş ve kannabisin tıbbi olmayan kullanıma yönlendirilmesine neden olmuştur. Kötü yönetilen tıbbi kannabis programlarının azalttığı risk algısı, uluslararası uyuşturucu kontrol anlaşmalarını ihlal edecek şekilde, bazı ülkelerde tedavi dışı esrar kullanımının yasallaşmasını kolaylaştırmış olabilir. Bu yazıda uluslararası anlaşmaların kannabisin tıbbi kullanımına imkan verdiği koşullar özetlenmiş, kannabinoid tüketiminin güvenliği ve etkinliği, kullanım şekilleri gözönüne alınarak kısaca değerlendirilmiştir. Kannabinoidlerin tıbbi kullanımına izin veren çeşitli yasal yaklaşımların yararları ve sakıncaları ile kannabisin tedavi dışı kullanıma yönlendirilme riskleri de tartışılmıştır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Narkotik Kontrol Kurulu (INCB), Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi ile kurulmuş olup, uluslararası uyuşturucu kontrol sözleşmelerinin uygulanışını izleyen bağımsız ve yarı yargısal bir organdır. Bu yazı INCB'nin, Devletlerin uluslararası uyuşturucu kontrol anlaşmaları ile uyumlu tıbbi kannabinoid programlarını nasıl uygulaması gerektiğine ilişkin tavsiyelerine yer vermekte, ayrıca gereği gibi düzenlenmeyen tıbbi kannabinoid programlarının, esrarın keyif amaçlı kullanımını yasallaştırma çabalarını nasıl kolaylaştırdığını tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Kurulu - kannabis – kannabinoid – esrar – tıbbi kannabinoid - Δ-9-Tetrahidrokannabinol – kannabidiol

Summary: Several states' governments have approved legislations allowing patients with certain health problems, such as terminal cancer, epilepsy, and neurological disorders, to use cannabis and cannabinoids to relieve their symptoms. Some medical cannabis programmes have had a negative impact on public health due to a lack of adequate regulation in accordance with international drug control treaties, resulting in cannabis being diverted to non-medical usage. Poorly managed medicinal cannabis programmes, as well as a decreased sense of risk, may have influenced the legalization of non-medical cannabis use in some nations, in violation of international drug control treaties. The criteria under which international treaties permit the medical use of cannabis are outlined in this paper. A brief assessment of the information on the safety and effectiveness of cannabinoids for various forms of medical use is also included. The benefits and drawbacks of various legislative approaches to allowing the medical use of cannabinoids, as well as the risks of cannabis being diverted to non-medical use, are also discussed. This paper concludes with recommendations of the United Nations International Narcotics Control Board (INCB) the independent and quasi-judicial monitoring body for the implementation of the United Nations international drug control conventions, on how States should implement medical cannabinoid programmes that comply with the requirements of international drug control treaties, as well as a discussion of how weak regulated medicinal cannabinoid programmes may facilitate effords to legalize the non-medical use of cannabis.

Keywords: International Narcotics Control Board - cannabis – cannabinoids – medical cannabis – medicinal cannabinoids – drug control conventions - Δ-9-Tetrahydrocannabinol – cannabidiol

* Birleşmiş Milletler Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Kurulu (INCB) Ö.Başkanı ve Üyesi; Üsküdar Üniversitesi Rektör Yrd. ve Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü Müdürü, (Ph.D. United Nationa International Narcotics Control Board (INCB) f. President & Member; Üsküdar University, Vice-President and Institute of Addiction and Forensic Science, Chair, İstanbul-Türkiye), sevil.atasoy@un.org, ORCİD: 0000-0002-0236-0267

Makale Geliş Tarihi: 13.05.2022, Makale Kabul Tarihi: 13.06.2022

A. KANNABİS VE KANNABİNOİDLER

Ülkemizin de taraf olduğu, 1972 Protokolü ile genişletilen ve güçlendirilen Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi (1961 Sözleşmesi), uluslararası uyuşturucu denetiminin çok önemli bir dönüm noktasıdır.[1] 1961 Sözleşmesi, 1909 Şangay Afyon Konferansından başlayarak imzalanan diğer uluslararası sözleşmeleri kapsaması, onları yürürlükten kaldırıp birleştirmesi ve genel kabul görmesi açısından önceki uluslararası protokol ve anlaşmalardan ayrılır. Ayrıca günümüzde de geçerliliğini koruması ve mücadele konusuna evrensel standartlar getirmesi açısından da önem arz eder.

Günümüzde 1961 Sözleşmesi kapsamında aralarında afyon ve türevleri, morfin, kodein ve eroin, ayrıca metadon, pethidin ile kannabis ve koka yapraklarının da dahil olduğu, büyük bölümü doğal kaynaklı 136 madde kontrol edilmektedir.

1961 Sözleşmesine taraf 186 ülke, bu arada Türkiye, bu maddelerin sadece tıbbi ve bilimsel amaçlarla kullanımını güvence altına almak üzere ekim, üretim, ithalat, ihracat, dağıtım ve stokları sınırlandırmak ayrıca ticareti, bulundurmayı ve kullanımı denetlemek üzere önlem almakla yükümlüdür. Kontrole tabi maddelerin üretim ve dağıtımının lisanslanması ve izlenmesi şarttır. 1961 Sözleşmesi'ne göre Hükümetler, faaliyetleri ile ilgili tahminlerini ve istatistik verileri; ihtiyaçları olan, imal edilen ve kullanılan madde miktarlarını, ayrıca polis, jandarma ve gümrük yetkilileri tarafından yakalanan miktarları, bu amaçla hazırlanmış standart formlar kullanarak ve belirli tarihlerde Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Kurulu'na (International Narcotics Control Board, INCB) göndermekle yükümlüdür. Kurul, 1961 Sözleşmesi'nin yanısıra 1971 ve 1988 Sözleşmeleri'nin koşullarına uymayan ülkeleri Ekonomik ve Sosyal Konseye bildirerek ambargo dahil farklı yaptırımlar uygulanmasını talep etme yetkisine sahiptir.[2]

1961 Tek Sözleşmesi'nde adı geçen kannabis ülkemizde, kenevir, hint keneviri, kendir, marihuana ve esrar gibi adlarla bilinen kannabis bitkisini tanımlar. "Tıbbi kannabis" ise, işlenmemiş kannabis bitkisinin veya temel bileşenlerinin bazı hastalık semptomlarını tedavi etmek için kullanılmasını ifade eder.

Doğal kannabinoidler, sadece kannabis bitkisinde bulunur. Bitkiye özgü 144 kannabinoid arasında THC ((−)-trans-Δ9-tetrahidrokannabinol) ve CBD (kannabidiol) en fazla incelenmiş olanlardır. THC, öfori, gevşeme, duyularda artış gibi psikoaktif etkiler gösterdiğinden keyif alma amacıyla (rekreasyonel) tercih edilir. CBD'nin ise psikoaktif etkisi

[1] United Nations Conference for the Adoption of a Single Convention on Narcotic Drugs. (1962). Single convention on narcotic drugs, 1961. New York: United Nations

[2] United Nations Conference for the Adoption of a Single Convention on Narcotic Drugs. (1962). Single convention on narcotic drugs, 1961. New York: United Nations.

azdır. THC'nin psikoaktif etkilerini düzenleme etkisi olabilir, anti-oksidan, anti-enflamatuvar ve nöroprotektifdir.

Sentetik kannabinoidler laboratuvarda üretilen THC'ye ya da diğer kannabinoidlere (örneğin nabilone) benzer etkiler gösteren bileşiklerdir. Dronabinol (delta-9-tetrahydrocannabinol, Marinol, Syndros, Reduvo ve Adversa), nabilone (Cesamet, Canemes), nabiximols (Sativex) ve CBD (Epidiolex, Epidyolex) müstahzar olarak ruhsatlandırılmıştır, diğer kannabinoidlerin tedavi edici özellikleri araştırılmaktadır. [3]

Birleşmiş Milletlere üye bazı Devletlerin Hükümetleri ölümcül kanser, epilepsi ve nörolojik hastalıklar gibi sağlık sorunlarının semptomlarını tedavi etmek üzere kannabinoidler ile kannabisin kullanımına izin veren yasaları kabul etmiştir.

Tıbbi kannabis programlarının bir bölümü, uluslararası mevzuata uygun biçimde düzenlenip izlenmediğinden kannabisin tedavi dışı keyif amaçlı kullanımına yol açar, dolayısıyla toplumların sağlığını olumsuz şekilde etkiler. Bu programlar, kannabisin zararsız olduğu algısını yaratmakta, söz konusu maddenin uluslararası sözleşmelere aykırı olarak yasallaştırılmasına katkıda bulunmaktadır.

Kannabis, bağımlılığa yol açtığı ve halk sağlığı açısından olumsuz sonuçları olduğu için 1972 Protokolü ile değiştirilen 1961 Tek Sözleşme'sinin I ve IV Cetvellerinde yer alır.[4] Türkiye, başta 1961 Tek Sözleşmesi, 1961 Tek Sözleşmesini Tadil Eden 1972 Protokolü, 1971 Psikotrop Maddeler Sözleşmesi, 1988 BM Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığı ile Mücadele Sözleşmesi olmak üzere ilgili bütün anlaşmalara taraftır. Kannabis kullanımı sadece halk sağlığını etkilemez. Motorlu araç kazalarına, psikoz gibi akıl hastalıklarına, bilişsel performansta azalmaya, ergen ve fetal gelişimde aksamalara da yol açar. Ergenlik döneminde başlayan esrar kullanımı, gelişimini henüz tamamlamamış olan beyne zarar verebilir.

Psikoaktif özelliklere sahip başlıca kannabinoidlerden THC ve izomerleri ile bunların stereokimyasal varyantları, bağımlılık oluşturma kapasitesine sahip olduklarından toplumsal ve sosyal bir sorun oluşturur. Bu nedenle 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesinin I. Cetvelinde yer alırlar. [5]

---

[3] National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids: The Current State of Evidence and Recommendations for Research, Washington, D.C., National Academies Press, 2017, ss. 85 - 140; WHO (World Health Organization), The Health and Social Effects of Nonmedical Cannabis Use, Geneva, 2016, ss. 19-36; L. Leslie Iversen, The Science of Marijuana, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2008, ss. 115 - 156; Kristine Rømer Thomsen/Birgitte Thylstrup/Emily A. Kenyon v.d., Cannabinoids for the treatment of cannabis use disorder: New avenues for reaching and helping youth?, Neuroscience & Biobehavioral Reviews, Volume 132, 2022, ss. 169-180

[4] United Nations, Treaty Series, vol. 976, No. 14152

[5] United Nations, Treaty Series, vol. 1019, No. 14956

Bu makale yazarının 2005 yılından bu yana üyesi bulunduğu Birleşmiş Milletler Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Kurulu (INCB), 2017 yılı raporunda kannobinoidlerin tıbbi kullanımına ilişkin terminolojiyi gözden geçirmiş "tıbbi kannabinoidler" teriminin sadece bitkiden ekstre edildikten ya da sentezlendikten sonra güvenliği ve etkinliği klinik deneyler ile belirlenen ve ilaç olarak tüketilmesine izin verilen kannabinoidler ile ilgili olarak kullanılmasına izin vermişti. [6]

Kannabinoidlerin tıbbi amaçlı kullanımını yeterince denetleyemeyen programların halk sağlığına zararlı etkileri olacağı kesindir. Bir yandan erişkinleri tıp dışı amaçlarla kannabis kullanmaya özendirebileceği gibi, halkta esrar kullanımının zararsız olduğuna ilişkin algı oluşturmakta, sözleşmelere aykırı olduğu halde esrarın keyif verici (rekreasyonel) amaçlarla kullanımını yasallaştırmaya yönelik gayretleri tasvip eder bir noktaya getirmektedir.

Bu yazımızın amacı, uluslararası sözleşmelerin hangi koşullarda tıbbi amaçlı kannabis kullanımına izin verdiğini ele almaktır. Ayrıca, değişik sağlık sorunlarında kannabinoid kullanımının ne ölçüde güvenli ve etkili olduğuna değinilecek, tıbbi amaçlı kannabinoid kullanımına izin veren farklı düzenlemelerin güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirerek, hangi koşullarda kaçağa kayma riskinin arttığı üzerinde durulacak ve sözleşmelerle uyumlu tıbbi kannabinoid programları başlatmak isteyen Hükümetlere, Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Kurulu'nun tavsiyelerine yer verilecektir.

B. KANNABIS, TÜREVLERİ VE ULUSLARARASI UYUŞTURUCU SÖZLEŞMELERİ

1961 Sözleşmesinin 4. Maddesinin (c) paragrafı, kannabis ve türevlerinin sadece tıbbi ve bilimsel amaçla kullanımına izin verir. Sözleşme, kannabinoidlerin tedavi amaçlı kullanımının fayda ve zararlarını belirlemek amacıyla kontrollü klinik deneyler yapılmasına imkan tanır.

Sözleşmeler, Hükümetlerin hangi koşullarda kannabis ve türevlerinin tıbbi amaçla kullanılmasına izin verilebileceğini sıralar. Örneğin 1961 Tek Sözleşmesinin 23 ve 28. Maddeleri, kannabisin tıbbi amaçlı kullanımına izin vermek isteyen Hükümetlerin bitkinin üretimi ve arzının düzenlenmesini kontrol edecek bir kannabis ajansı kurmasını ve ulusal ajansın üreticileri lisanslaması, ürünü satın alması, stokları bünyesinde muhafaza etmesinin yanısıra ticarette tekel oluşturmasını şart koşar. Ajans her yıl INCB'ye, tıbbi amaçla kullanılacak kannabis miktarını ve ilacın verileceği tahmini hasta sayısını bildirmekle yükümlüdür.

[6] Report of the International Narcotics Control Board for 2017 E/INCB/2017/1

Hükümetler kannabisin kötüye kullanımını ve kaçakçılığını önlemek üzere, yetkisi olmayanların kannabis bitkisi ekimini engelleyecek önlemler almalı ve yasadışı ürüne el koyup imha etmelidir. Öte yandan, tıbbi amaçlı kannabinoid kullanımına yönelik her programın Devlet tarafından tam olarak denetlenmesi şarttır.

Sözleşmelere göre, tıbbi amaçlı kannabis programları yürütmek isteyen ülkelerin, maddenin yasadışı üretim, kullanım ve kaçakçılığını önleyecek yasal düzenlemeleri olmak zorundadır. Ayrıca reçete yazacak hekimlerin kanıta dayalı bilimsel verilere uyması sağlanmalıdır.

Kannabinoidlerin tıbbi amaçlarla kullanılmasına izin vermeden önce kalitesi, güvenilirliği ve etkinliği kontrollü klinik deneylerle saptanmalı, uygunluk alan tıbbi kannabinoidler mutlaka reçetelenmeli ve eczacı tarafından hastaya teslim edilmelidir. Hükümetler reçete yazmasına izin verilen hekimleri ve satışa sunacak eczacıları izleyecek bir sistem kurmalı, böylelikle tedavi dışı kullanımı ile istismarını önlemelidir.

Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Kurulu, tıbbi amaçlı kannabis elde etmek üzere kişisel üretimin 1961 Tek Sözleşmesine aykırı olduğunu, bu durumun kaçağa kaymayı teşvik ettiğini defalarca kaydetmiştir.[7] Kişisel üretime izin verdiği takdirde, Tek Sözleşmesinin 28. Maddesinde belirtildiği şekilde Hükümetlerin bitkinin ekimi, üretimi, ithalat ve ihracatını, dağıtımını, kullanım ve bulundurulmasını kontrol etmesi mümkün olamaz. Ayrıca tıbbi kullanım ile ilgili istatistik bilgileri tutamaz ve sözleşmenin şart koştuğu bildirimi yapamaz. Kaçağa kayma riski bir yana, kişisel olarak tıbbi amaçlı kannabis üretimine izin verme, hekimin önerdiğinden farklı ve daha yüksek dozlarda THC tüketimine neden olabileceğinden başkaca sağlık sorunlarına da yol açabilir. Öte yandan çok yüksek düzeylerde THC içeren ürünlerin "tıbbi amaçla" kullanımı maddenin tıp dışı kullanımını ve kaçağa kayma riskini daha da yükseltir.

C. FARMASÖTİK RUHSATLANDIRMA VE REÇETELEME REJİMİ

Kannabisin sigara şeklinde içilmesi, kannabinoidlerin standart dozlarda alınmasına mümkün kılan bir tedavi yöntemi değildir. Bir kere kannabis bitkisinin içeriği değiştiğinden spesifik dozlar reçetelenemez,[8] ayrıca kannabis dumanındaki kanserojen ve toksik maddeleri soluma riski yüksektir.[9]

---

7 Report of the International Narcotics Control Board for 2021 E/INCB/2021/1

8 EMCDDA (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction), Cannabis Legislation in Europe: An Overview (Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018), s. 7.

9 NASEM (United States of America, National Academies of Sciences, Engineering and Medicine), The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids: The Current State of

Öte yandan, kannabisin tedavi amaçla kullanımını "bitkisel /doğal ilaç" şeklinde pazarlama yaklaşımı kannabis ve türevlerinin 1961 ve 1971 Sözleşmelerindeki sınıflama ile çelişmektedir.

Kannabinoidlerin farmasötik kalitesi, ülkenin eczacılık düzenleme kuruluşu tarafından onaylanmalı, hangi hastalıklarda kullanılmasının uygun olduğu açık biçimde tanımlanarak, fazlaca yarar sağlamayan durumlarda reçetelenmesinin önüne geçilmelidir. Böylelikle spesifik hastalıkların tedavisinde yüksek kalitede kannabinoidlerin standart dozlarda verilmesi güvence altına alınabilir. [10]

Bilindiği gibi ilaçlar, talep edilen kalitede imal edildikleri ve güvenli şekilde kullanılacağının güvencesi sağlandıktan sonra yetkili sağlık kuruluşları tarafından ruhsatlandırılır. Bu kuruluşlar, ilacın güvenli ve etkili olduğunu gösteren randomize klinik deney sonuçlarını da talep eder. Örneğin ilacın plasebodan daha etkili olduğu ya da spesifik bir hastalığın tedavisinde zaten kullanılmakta olan bir ilaca eşit düzeyde fayda sağladığının gösterilmesini isterler.[11] Öte yandan ülkeler, uluslararası denetimdeki bir maddenin tıbbi amaçlı kullanımını ruhsatlandırmadan önce, tedavideki faydasının, denetlenmeyen ve bağımlılık yapma riski olmayan ya da daha düşük olan başkaca ilaçlarla sağlanamayacağını belirler.[12]

İlacın ruhsatlandırılmasından sonra yetkililer bu ilaçları kullanan hastalarda görülen yan etkileri izleme olanağına sahiptir. Pazarlama sonrası bu izleme, ruhsatlandırma için talep edilen klinik deneyler sırasında ortaya çıkmayan ender yan etkiler hakkında bilgi verir. Klinik deneyler belirli sayıda ve seçilmiş hasta grubu üzerinde yapılır, halbuki bazı yan etkilerin görülebilmesi için daha çok sayıda ve özel olarak seçilmemiş hastada kullanılması gerekir.

İlacı pazarlayan şirketin, hekimlere ilacın ruhsatlandırılan tıbbi kullanımını tanıtması doğaldır. Bununla birlikte hekimler söz konusu ilacı ruhsatlandırma gerekçesi dışında başka bir hastalığın tedavisi için de reçeteleyebilir. Ancak imalatçı şirketin ruhsat dışı bir başka hastalığın

---

Evidence and Recommendations for Research (Washington, D.C., National Academies Press, 2017). s.29

[10] H. Jennifer Martin/Yvonne Bonomo/D.B. Adrian Reynolds, Compassion and evidence in prescribing cannabinoids: a perspective from the Royal Australasian College of Physicians, Medical Journal of Australia, vol. 208, No. 3 (February 2018) s.107.

[11] Odilia Osakwe, Pharmaceutical regulation: the role of Government in the business of drug discovery, in Social Aspects of Drug Discovery, Development and Commercialization, Odilia Osakwe/Syed A. A. Rizvi (eds), London, Elsevier, 2016; Lembit Rago/Budiono Santoso, Drug regulation: history, present and future, in Drug Benefits and Risks: An International Textbook of Clinical Pharmacology, gözden geçirilmiş 2. baskı, Chris J. van Boxtel/Budiono Santoso/I. Ralph Edwards (eds.), Uppsala, Sweden, Uppsala Monitoring Centre, 2008.

[12] Martin/Bonomo/Reynolds, Compassion and evidence in prescribing cannabinoids.

tedavisinde kullanılacağına yönelik tanıtım faaliyetlerine ve hekimleri yönlendirmesine izin verilemez.

Kimi ulusal ilaç düzenleme sistemleri kanser gibi ciddi hastalıkların tedavisinde ruhsatlandırılmamış ilaçlara erişim imkanı veren sistemler kurmuştur. Hastanın alışılagelmiş tedavi protokollerinden yarar görmediğinin kanıtlanması ve rızasının alınması kaydıyla ruhsatsız ilaçları kullanmasına izin verilebilir. Bu şekilde elde edilen ilaçlar hastanın yaşadığı ülkede ruhsatlanmamış, buna karşılık başka bir ülkede kullanımına izin verilmiş ya da klinik deneylerde kullanılıyor olabilir.[13] Bu hastaların ilacı ithal etme ve kullanabilmesi için genellikle bir hekimin reçetesine ve ülkesinin yetkili kuruluşunun onayına ihtiyacı bulunur.

D. KANNABİNOİDLERİN TIBBİ AMAÇLI KULLANIMI

Dünyanın farklı ülkelerinde, farklı miktarlarda aktif ve psikoaktif kannabinoid içeren çok sayıda preparat, farklı yöntemlerle kullanılmaktadır. Ne yazık ki bir çoğu güvenli ve etkili olduklarına yönelik yüksek kalitede kanıt olmaksızın, değişik semptomları ortadan kaldıracağı inancıyla hastalara verilmektedir. Bu ürünlerin bir bölümünün hangi kannabinoidleri ne miktarda içerdiği, hangi yolla kullanımının daha yararlı olacağı ve olası yan etkilerine dair bilgi eksiktir. Kannabinoidleri bu şekilde kullanan hastalar, başlangıçta yaşadıkları öforik durumu ilacın uzun vadede işe yarayacağı şeklinde yorumlayabilir.[14]

Bazı kontrollü klinik deney sonuçları, bazı kannabinoidlerin, bazı hastalıkların semptomlarını hafiflettiği ancak tedaviye bir katkısının olmadığını göstermektedir.[15] Bu kannabinoidlere hasta başka ilaçlara yanıt vermediğinde başvurulmakta ve genellikle başka ilaçlarla birlikte kullandırılmaktadır. Her şekilde kannabinoidler tedavide ilk sırada önerilen ilaçlar değildir. Literatürün sistematik taranması sonucunda kannabinoidlerin hangi durumlarda kullanılmasının önerildiği şu şekilde özetlenebilir.[16,17]

---

[13] Jorge Martinalbo/T. David Bowen/Jorge Camarero v.d., Early market access of cancer drugs in the EU, Annals of Oncology, Volume 27, Issue 1, 2016, ss. 96-105

[14] Martin/Bonomo/Reynolds, s.108

[15] Vincenzo Di Marzo/Luciano De Petrocellis, Plant, synthetic, and endogenous cannabinoids in medicine, vol. 57 (2006), Annual Review of Medicine, ss. 553–574

[16] F. Penny Whiting/F. Robert Wolff/Sohan Deshpande v.d., Cannabinoids for medical use: a systematic review and meta-analysis, vol. 313, No. 24 (June 2015), Journal of the American Medical Association, ss. 2456–2473.

[17] John Zajicek/Patrick Fox/Hilary Sanders v.d., Cannabinoids for treatment of spasticity and other symptoms related to multiple sclerosis (CAMS study): multicentre randomised placebo-controlled trial, vol. 362, No. 9395 (November 2003), Lancet, ss. 1517–1526.

1. Mültipl Skelozda Nöropatik Ağrılar ve Spastisite

Mültipl skelozlu hastaların yer aldığı randomize klinik deneylerde, kas spazmları ve nöropatik ağrılara, eşit miktarda THC ve CBD içeren nabiximols ile plasebonun etkisi karşılaştırılmıştır. Nabiximols'un verildiği hastalar, plasebo verilenlere oranla daha düşük düzeyde kas ağrısı bildirmiş, bununla birlikte hekimlerin saptadığı kas spastisitesi arasında anlamlı bir fark gözlenmemiştir.

Nabiximols'un, mültipl sklerozlu hastalarının nöropatik ağrılarını plasebo verilen hastalara göre azalttığını saptayan klinik deneyler bulunmakla birlikte, kannabinoidlerin ağrı azaltıcı etkisi plaseboya göre fazla olmayıp, kannabinoid kullananların yüzde 50'si ağrılarında yüzde 21oranında azalma, plasebo verilenlerin yüzde 50'si ise ağrılarında yüzde 17 azalma olduğunu bildirmiştir. [18]

Kannabinoidlerin analjezik etkisini non-steroid anti-enflamatuvar ilaçlar gibi başka analjeziklerle karşılaştıran klinik deney bulunmamaktadır.

2. Çocukluk Çağı Dirençli Epilepsileri

Anti epileptik ilaçlarla birlikte CBD ya da plasebo verilen Dravet ve Lennox-Gastaut sendromlu (epilepsinin ender rastlanan genetik şekilleri) çocukların epilepsi nöbeti sıklığı karşılaştırılmış ve CBD'nin nöbet sayısını plasebo verilen hasta grubuna göre azalttığı anlaşılmıştır. Ancak yan etkisi olabildiğince az olan CBD dozunun belirlenmesi amacıyla daha fazla klinik deney yapılması gerekmektedir.[19] Öte yandan erişkin ve çocuklarda görülen diğer epilepsi şekillerinde CBD'nin yararlılığını, bir diğer deyişle nöbetsizlik sağlayabilme becerisini belirleyecek klinik deneylere ihtiyaç bulunmaktadır.

3. Anti-emetik Olarak Kannabinoidler

Kemoterapiye bağlı bulantı ve kusması olan kanser hastaları ile yapılan klinik deneylerde, ağız yoluyla alınan THC'nin bulantı ve kusmayı azaltıcı etkisi, plasebo ya da başka bir anti-emetik ilaç verilenler ile karşılaştırılmıştır. Yapılan araştırmalar farklı sonuçlara ulaşmıştır. Aradaki farkın düşük kalitede olduğunu kaydeden bir Cochrane değerlendirmesi olduğu gibi[20] THC ya da benzer etkili bir başka kannabinoidin bulantı ve kusmayı azaltıcı etkisinin plasebo ya da başka

---

[18] Martin Mücke/Tudor Phillips/Lukas Radbruch v.d., Cannabis-based medicines for chronic neuropathic pain in adults, No. 3, 2018, Cochrane Database of Systematic Reviews,.

[19] Emily Stocking/Dino Zagic/Gabrielle Campbell v.d., Evidence for cannabis and cannabinoids for epilepsy: a systematic review of controlled and observational evidence, vol. 89, No. 7, July 2018, Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry, ss. 1-13

[20] Whiting /Wolff /Deshpande, s. 2468

bir anti-emetik ilaçtan kesinlikle daha fazla olduğu sonucuna varan araştırmalar da bulunmaktadır.[21]

Bu klinik deneylerin başlıca kısıtı, THC etkisinin artık kullanımda olmayan ve bulantı ile kusmayı azaltıcı etkisi yeni ilaçlardan daha az olan bir preparatla karşılaştırılmış olmasıdır.[22] THC'nin etkisini örneğin ondansetron gibi ilaçlarla karşılaştıran klinik deney sayısı azdır. [23]

4. İştah Açıcı Olarak Kannabinoidler

Amerika Birleşik Devletleri bundan yaklaşık otuz yıl önce AIDS'e bağlı iştahsızlığın tedavisinde THC'nin kullanılabileceğini onayladı. Hastalarla yapılan çok sayıda araştırma, bu çalışmalardaki önyargıların fazlalığı nedeniyle THC'nin iştah açıcı etkisinin fazla olmadığı sonucuna vardı.[24] Günümüzde HIV ile enfekte olanların çok etkili antiretroviral ilaçlarla tedavi edilerek AIDS gelişiminin engellendiği düşünülürse, THC'nin iştah açıcı etkisine önceki yıllarda olduğu kadar ihtiyaç olmadığı görülür. Kanser ya da anoreksi gibi iştah açmanın gerekli olduğu başka hastalıklarla ilgili olarak THC'nin yararlarını inceleyen araştırma sayısı azdır. [25]

E. TEDAVİ AMACIYLA KISA SÜRELİ KANNABİNOİD KULLANIMININ YAN ETKİLERİ

Tıbbi amaçlı kannabinoid kullanımının yan etkileri 79 araştırmada izlenmiş olup, izlem süresi oldukça kısadır. Bulantı ve kusmayı tedavi etmek amacıyla gerçekleştirilen randomize kontrollü deneylerde karşılaşılan yan etkileri izleme süresi 1-6 gün, mültipl skleroz hastalarında kannabinoidlerin iştah, ağrı ve spastisite üzerine etkisini izleme süresi 8 – 15 haftadır. Elde edilen sonuçlara göre THC verilen hastalarda gözlenen yan etkiler, plasebo verilenlere göre üç kat fazladır. Bu yan etkiler genellikle dengesizlik, ağız kuruluğu, oryantasyon bozukluğu, öfori, bilinç bulanıklığı ve uyuşukluktur. [26]

---

[21] NASEM, The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids s.54

[22] IOM (Institute of Medicine), Marijuana and Medicine: Assessing the Science Base, Washington, D.C., National Academies Press, 1999.

[23] M. Rudolph Navari, Pharmacological management of chemotherapy-induced nausea and vomiting: focus on recent developments, vol. 69, No. 5, March 2009, Drugs, ss. 515–533.

[24] NASEM, The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids s.94;.

[25] NASEM, The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids s.95

[26] Whiting / Wolff / Deshpande, s. 2467

F. KANNABİS VE TÜREVLERİNİN UZUN SÜRELİ KULLANIMININ YAN ETKİLERİ

Tedavi dışı amaçlarla kısa ve uzun süreli olarak kannabis kullananların karşılaştığı yan etkileri inceleyen çok sayıda araştırma bulunmasına karşın, kannabinoidleri tedavi amacıyla düzenli biçimde, örneğin her gün kullanan hastaları aylar ve yıllar boyunca izleyen çalışmalar çok sınırlıdır.[27] Hiç kuşkusuz uzun süreli tıbbi kannabinoid kullanımının başlıca yan etkisi kannabis bağımlılığının gelişmesidir.[28] Kemoterapi ilaçlarının yan etkisini ortadan kaldırmak amacıyla birkaç hafta kannabinoid kullanan hastalarla, kronik ağrılarını azaltmak üzere aylar boyunca her gün kannabinoid kullananların durumu elbette birbirinden farklı olacaktır. Maalesef her iki durumdaki riski inceleyen araştırma sayısı yeterli değildir.

Uzun süreli sigara şeklinde kannabis tüketimi kronik bronşite yol açmakla birlikte, her gün kannabis içmenin obstrüktif akciğer hastalığı riskini ne ölçüde arttırdığı tam olarak bilinmiyor. [29] Tedavi dışı amaçlarla içilerek tüketilen kannabisin solunum sistemi üzerindeki zararlı etkisi,[30] genellikle sigara içicileri tarafından tütünle karıştırılarak kullanılmasından kaynaklanır.[31] Ağız yoluyla kannabinoid kullanımında akciğer üzerindeki bu yan etkiler doğal olarak gözlenmez.

Tedavi dışı amaçlarla her gün kannabis kullanımı gerek yetişkin gerekse ergenlerde bellek zayıflığına, dikkat sorunlarına, karar verme ve planlama yetisinde azalmaya yol açar. Nörolojik hastalıkları olan kişilerde, esasen var olan bilişsel kusurlar, kannabis kullanımı ile daha fazla risk altındadır. [32]

Özellikle kişisel ya da aile öyküsünde psikotik semptom ve bozukluk gösteren gençlerin her gün kannabis kullanması bu sorunların ortaya çıkmasına yol açar. Kannabinoid kullanan daha yaşlı hastalarla ilgili veri bulunmamaktadır. Psikoz öyküsü bulunanların kannabinoid

---

[27] Tongtong Wang/Jean-Paul Collet/Stan Shapiro v.d., Adverse effects of medical cannabinoids: a systematic review, vol. 178, No. 13, June 2008, Canadian Medical Association Journal, ss. 1669–1678.

[28] Wayne Hall/Louisa Degenhardt/Michael Lynskey, The Health and Psychological Effects of Cannabis Use, Monograph Series, No. 44, 2. Baskı, Canberra, Commonwealth Department of Health and Ageing, 2001.

[29] WHO, The Health and Social Effects of Nonmedical Cannabis Use, Geneva, 2016, s.41

[30] M. Jeanette Tetrault/Kristina Crothers/A. Brent Moore v.d., Effects of marijuana smoking on pulmonary function and respiratory complications: a systematic review, vol. 167, No. 3, February 2007, Archives of Internal Medicine, ss. 221–228.

[31] C. Wan Tan/Christine Lo/Aimee Jong/Li Xing v.d., Marijuana and chronic obstructive lung disease: a population-based study, vol. 180, No. 8, April 2009, Canadian Medical Association Journal, ss. 814–820.

[32] Rebecca D. Crean/Natania A.Crane/Barbara J. Mason, An evidence-based review of acute and long-term effects of cannabis use on executive cognitive functions, vol. 5, No. 1, March 2011, Journal of Addiction Medicine, ss. 1–8

kullanması mutlaka ciddiye alınmalı ve engellenmelidir. [33], [34] Psikoaktif olmayan CBD'nin anti-psikotik etkilerinin daha fazla incelenmesi gerekir.

Kalp-damar hastalığı riski olan yaşlı kişilerin uzun süreli kannabis ve kannabinoid kullanımı bu hastalıkların riskini çok daha fazla yükseltir. [35]

G. RUHSATLI KANNABİNOİDLERİN TEDAVİ AMAÇLI KULLANIMI

Avrupa ve Amerika'nın bir çok ülkesi kannabinoidlerin tedavi amaçlı kullanımına izin vermiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nin Gıda ve İlaç Dairesi FDA, bir sentetik THC olan dronabinol'ün (Marinol) kemoterapi gören kanser hastalarında anti-emetik olarak kullanılmasını 1985 yılında onaylamış, 1992'de THC benzeri etkileri olan sentetik kannabinoid nabilone'un (Cesamet) AIDS'e bağlı zayıflamada iştah açıcı olarak kullanılmasına izin vermiştir.[36] Haziran 2018'de FDA, bir CBD ürünü olan Epidiolex'in iki yaşından büyük Lennox-Gastaut ve Dravet hastası olanlarda kullanımını onaylamıştır. ABD'de dronabinol ve nabilone kullanımı, hastaların tedavi edici etkisinden çok önce yan etkilerini yaşamaları nedeniyle yaygın değildir. [37]

İngiltere Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda mültipl sklerozlu hastaların kas spazmlarını tedavi etmek üzere nabiximols (Sativex) kullanımına izin vermis olmakla birlikte, [38] devletçe finansmanı sağlanmadığından hastalara pahalı gelmekte, bu nedenle fazla kullanılmamaktadır.

---

[33] Louisa Degenhardt/Wayne Hall, Is cannabis use a contributory cause of psychosis?, vol. 51, No. 9, August 2006, Canadian Journal of Psychiatry, ss. 555–565.

[34] Philip McGuire/Philip Robson/Wieslaw Jerzy Cubala v.d., Cannabidiol (CBD) as an adjunctive therapy in schizophrenia: a multicenter randomized controlled trial, vol. 175, No. 3, 2018, American Journal of Psychiatry, ss. 225–231.

[35] Wayne Hall/Rosalie Liccardo Pacula, Cannabis Use and Dependence: Public Health and Public Policy, reissued (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

[36] Douglas C. Throckmorton, Deputy Director for Regulatory Programs, Center for Drug Evaluation and Research, Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Researching the potential medical benefits and risks of marijuana, statement to the Subcommittee on Crime and Terrorism, Committee on the Judiciary, United States Senate, 13 July 2016.

[37] Franjo Grotenhermen, Cannabinoids for therapeutic use: designing systems to increase efficacy and reliability, vol. 2, No. 4, 2004, American Journal of Drug Delivery, ss. 229–240;

[38] Ethan Russo/W. Geoffrey Guy, A tale of two cannabinoids: the therapeutic rationale for combining tetrahydrocannabinol and cannabidiol, vol. 66, No. 2, 2006, Medical Hypotheses, ss. 234–246.

H. TIBBİ KANNABİNOİDLERE ÖZEL ERİŞİM

İsrail Sağlık Bakanlığı Tıbbi Kannabis Biriminin onayı ve gözetiminde olmak üzere 2001 yılında, tıbbi amaçlı kannabis kullanımını serbest bıraktı. Söz konusu birim, reçetesi olan hastalara bitkisel kannabis ve nabiximols kullanma belgesi veriyor. Birim, kannabis üreticilerini yetkilendirip ürünün hastalara arzını denetliyor.

İsrailli hastaların bitkisel kannabisi sigara ya da nargile ile içmek üzere yağ ya da kurutulmuş çiçekler şeklinde elde etmesi mümkün. THC ve CBD dozu hekim tarafından belirleniyor. Orta ya da ağır şiddette spastisitesi olan mültipl sklerozlu hastalar ile ağrılı kanser hastaları ruhsatlı nabiximols'e ulaşabiliyor. Ayrıca 2014'ten bu yana, geleneksel tedavi yöntemlerinden fayda görmemiş olan Parkinson hastaları ile Tourette sendromlular, post traumatik stres sendromu yaşayanlar ve terminal vak'alar tedavi amaçlı kannabinoidlere erişebiliyor.[39]

Benzer şekilde İsviçre Halk Sağlığı Federal Ofisi, istisnai olarak onay vermek kaydıyla 2011 yılında, kronik ağrı ve spastisite tedavisinde kannabis kullanımına izin verdi. Hekimler her bir hasta için ticari olarak satışa sunulmuş sentetik THC (dronabinol) ya da eczacı tarafından %5 oranında THC içerecek şekilde hazırlanan cannabis sativa tentürü lisansı talep edebiliyor.

İ. KANNABİS PROGRAMLARINDA DENETLEME SORUNLARI

Gerek Kanada gerekse ABD'nin bazı eyaletlerindeki tıbbi kannabis programlarında, hastaların ticari satış noktalarından yeterli hekim gözetimi olmaksızın kannabis satın almasına izin verilmesi, tedavi amaçlı kullanımın yeterince denetlenmemesi kannabis'in tedavi dışı keyif amaçlı kullanımına yol açtı. Bu durum ABD'nin bazı eyaletlerinde keyif amaçlı kannabis kullanımının yasallaşmasını kolaylaştırdı. [40]

1996 yılında Kaliforniya'da gözlendiği gibi, bazı eyaletlerde vatandaşların başlattığı referandumlar sonucunda tedavi amaçlı kannabis kullanılması yasallaştı. Günümüzde 37 eyalet ile başkentin bulunduğu Kolumbiya Bölgesi'nde tıbbi kannabis programları yürütülüyor, ancak denetim şekli eyalete göre değişiyor. Bazı eyaletlerde "tıbbi kullanım" tanımı öylesine geniş ki, hekim tavsiyesi olan her kişi ticari satış noktalarında kannabise ulaşabiliyor. Bazı eyaletlerde ise ticari noktalarda satışa izin verilmiyor ve sadece belli hastalıkları olanlara arz edilebiliyor.[41]

---

[39] Jacob Ablin/P. A. Ste-Marie/M. Schafer v.d., Medical use of cannabis products: lessons to be learned from Israel and Canada, vol. 30, No. 1, January 2016, Der Schmerz.

[40] Beau Kilmer/J. Robert MacCoun, How medical marijuana smoothed the transition to marijuana legalization in the United States, vol. 13, 2017, Annual Review of Law and Social Science, ss. 181–202.

[41] Rosalie Liccardo Pacula/Rosanna Smart, Medical marijuana and marijuana legalization, vol. 13, 2017, Annual Review of Clinical Psychology, ss. 397–419.

ABD'deki tıbbi kannabis programlarının önemli bir bölümü gerek uluslararası uyuşturucu kontrol sözleşmeleri, gerekse ulusal yasaları ile uyumlu değildir. Satışa sunulan kannabis yasadışı yollarla elde edilmiş olabileceği gibi, sağlıklı kişilerin dahi erişimine, dolayısıyla keyif amaçlı tüketimine imkan vermektedir.

2001 yılı nisan ayında Kanada Hükümeti hastaların kannabise erişimine izin verdi. [42] Yaşam süresi bir yıldan az olan terminal olgular, mültipl sklerozu olanlar, omur iliği yaralananlar, omur iliği hastalığı olanların yanısıra kanser ağrısı çeken, AIDS, artrit ya da epilepsi hastaları, bunlara ek olarak geleneksel tedavi yöntemlerinden fayda görmeyenler kannabise ulaşabiliyor.[43] Bir mahkeme kararı üzerine Kanada Hükümeti, tıbbi amaçlı kannabis ve türevlerine erişebilme olanaklarını genişletmek zorunda kalınca kannabis üretim endüstrisinin önünü açtı. Böylelikle kannabis ekim izni belgesine sahip olan şirketler, reçetesi olan hastalara doğrudan kannabis satışı yapma imkanına kavuştu. Herhangi bir hekim, fayda sağlayacağını umduğu hemen her hastasına kannabis reçetesi yazabiliyor.[44] Hatta hastalar kendilerine gerekli kannabisi yetiştireceği gibi, kendisi adına başka birine bu işi devredebiliyor. Kanada'da yürütülen gerek tıbbi kannabis programları, gerekse Anayasal haklar ileri sürülerek birbiri ardısıra yapılan çok sayıda başvuru sonucunda alınan mahkeme kararları nedeniyle uluslararası uyuşturucu sözleşmelerine aykırıdır.

J. TEDAVİ DIŞI KANNABİS KULLANIMININ YASALLAŞMASI

Uluslararası sözleşmeler, sadece bilimsel ve tıbbi amaçlı kannabis kullanımına imkan tanıdığı halde, Kanada, Uruguay, Malta ve ABD'nin bazı eyaletlerinde olduğu gibi keyif amaçlı kannabis kullanımının serbest bırakılması sözleşmeler açısından ciddi bir risk oluşturmaktadır. Bu ülke ve eyaletlerin yaklaşımı sözleşmeleri değersizleştirmekte, başka ülkelere örnek olarak onları cesaretlendirmekte, uyuşturucu ile mücadeleyi giderek zorlaştırmaktadır. Ayrıca alkol ve tütünde deneyimlendiği şekilde, satışı serbest olan bir maddenin tehlikesi olmadığı algısı özellikle gençler arasında yayılmaktadır. Keyif amaçlı

---

[42] Tony Bogdanoski, Accommodating the medical use of marijuana: surveying the differing legal approaches in Australia, the United States and Canada, vol. 17, No. 4, February 2010, Journal of Law and Medicine, ss. 508–531; G. Philippe Lucas, Regulating compassion: an overview of Canada's federal medical cannabis policy and practice, vol. 5, No. 5, 2008, Harm Reduction Journal.

[43] G. Philippe Lucas, It can't hurt to ask; a patient-centered qualityof service assessment of Health Canada's medical cannabis policy and program, vol. 9, No. 2, 2012, Harm Reduction Journal,; C. Anthony Moffat, The legalisation of cannabis for medical use, vol. 42, No. 1, January 2002, Science and Justice, ss. 55–57.

[44] Benedikt Fischer/Sharan Kuganesan/Robin Room, Medical marijuana programs: implications for cannabis control policy – observations from Canada, International vol. 26, No. 1, January 2015, Journal of Drug Policy, ss. 15–19.

kullanımı serbest bırakmak, kannabisin her yaş grubunda daha fazla tüketilmesine yol açacağı gibi, daha geniş kitlelere erişimini sağlayacak, kannabis yetiştiricileri arasındaki rekabet nedeniyle daha yüksek oranda etkin madde içeren türler daha düşük fiyata satılacaktır.

Kannabis kullanımını serbest bırakan bir ülke ile keyif amaçlı kannabis tüketimini yasaklayan sınır komşusu arasında kaçakçılığın artacağı, kannabis etkisi altında trafik kazalarının, kötüye kullanım ve bağımlılığın, psikoz ve diğer mental hastalıkların artacağı açıktır.

Önümüzdeki 20 yıl içinde bugünkünden çok daha fazla sayıda ergen ve genç erişkinin kannabis kullanacağını söylemek kehanet olmaz. Nitekim, Haziran 2022 itibariyle Meksika, Lüksemburg, Almanya, Hollanda, İtalya ve İsviçre'nin keyif amaçlı kannabis kullanımını serbestleştirmeye yönelik yasal düzenlemeler üzerinde çalıştığı bilinmektedir. 18 yaşından küçüklere satışı yasaklansa da, cezasının A.B.D.'nin Vaşington Eyaleti'ndeki gibi sadece küçük bir para cezası olması caydırıcılıktan çok uzaktır.

NOT:

Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Kontrol Kurulu, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi ile kurulmuş olan bağımsız, yarı-yargısal (quasi-judicial) yetkiye sahip bir organdır. 1925 tarihli Uluslararası Afyon Sözleşmesi'nde yer alan Daimi Merkezi Narkotik Kurulu ile 1931 tarihli Narkotik Maddelerin Üretiminin Sınırlandırılması ve Dağıtımının Düzenlenmesi Sözleşmesi'ndeki Uyuşturucu Denetleme Kuruluşu'nun birleştirilmesi ile meydana gelmiştir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından beş yıllığına seçilen 13 üyeden oluşur. Üyeler, ülkelerini temsil etmez, kişisel kapasiteleri doğrultusunda görev yaparlar. Üç üye, Dünya Sağlık Örgütü tarafından aday gösterilen tıp ya da eczacılık eğitimi almış uzmanlar arasından seçilir. On üye, Hükümetlerin gösterdiği adaylar arasından uyuşturucu madde ile mücadele konusunda bilgi, deneyim ve tarafsızlık kriterleri gözönüne alınarak seçilir.

Şubat 2022 itibariyle görev yapmakta olan Kurul üyelerinin adı, ülkeleri ve görevlerinin sonlanacağı yıl (Mayıs ayı) şu şekildedir:

César T. ARCE RIVAS, Paraguay 2025, H. H. Sevil ATASOY, Türkiye 2027, Cornelis P. DE JONCHEERE, Hollanda 2027, David T. JOHNSON, A.B.D. 2027, Galina A. KORCHAGINA, Rusya Federasyonu 2027, Bernard LEROY, Fransa 2025, Raúl MARTÍN DEL CAMPO SÁNCHEZ, Meksika 2022, Richard P. MATTICK, Avustralya 2027, Luis A. OTÁROLA PEÑARANDA, Peru 2022, Jagjit PAVADIA, Hindistan 2025, Jallal TOUFIQ, Fas 2025, Zukiswa ZINGELA, Güney Afrika 2025.

KAYNAKÇA

Ablin J v.d., Medical use of cannabis products: lessons to be learned from Israel and Canada, vol. 30, No. 1, January 2016, Der Schmerz.

Bogdanoski T, Accommodating the medical use of marijuana: surveying the differing legal approaches in Australia, the United States and Canada, vol. 17, No. 4, February 2010, Journal of Law and Medicine, ss. 508–531.

Degenhardt L/Hall W, Is cannabis use a contributory cause of psychosis?, vol. 51, No. 9. August 2006, Canadian Journal of Psychiatry, ss. 555–565.

Di Marzo V/De Petrocellis L, Plant, synthetic, and endogenous cannabinoids in medicine, vol. 57, 2006, Annual Review of Medicine, ss. 553–574

EMCDDA (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction), Cannabis Legislation in Europe: An Overview, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

Fischer B/Kuganesan S/Room R, Medical marijuana programs: implications for cannabis control policy – observations from Canada, vol. 26, No. 1, January 2015, International Journal of Drug Policy, ss. 15–19.

Grotenhermen F, Cannabinoids for therapeutic use: designing systems to increase efficacy and reliability, vol. 2, No. 4, 2004, American Journal of Drug Delivery, ss. 229–240

Hall W/Degenhardt L/Lynskey M, The Health and Psychological Effects of Cannabis Use, Monograph Series, No. 44, 2. Baskı, Canberra, Commonwealth Department of Health and Ageing, 2001.

Hall W/Pacula R L, Cannabis Use and Dependence: Public Health and Public Policy, reissued (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

IOM (Institute of Medicine), Marijuana and Medicine: Assessing the Science Base, Washington, D.C., National Academies Press, 1999.

Iversen L. L, The Science of Marijuana, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Kilmer B/MacCoun J R, How medical marijuana smoothed the transition to marijuana legalization in the United States, vol. 13, 2017, Annual Review of Law and Social Science, ss. 181–202.

Lucas G P, Regulating compassion: an overview of Canada's federal medical cannabis policy and practice, Harm Reduction Journal, vol. 5, No. 5 (2008).

Lucas G P, It can't hurt to ask; a patient-centered qualityof service assessment of Health Canada's medical cannabis policy and program, vol. 9, No. 2, 2012, Harm Reduction Journal.

Martin H. J/Bonomo Y/Reynolds D.B. A, Compassion and evidence in prescribing cannabinoids: a perspective from the Royal Australasian College of Physicians, vol. 208, No. 3, February 2018, Medical Journal of Australia, ss.107-109

Martinalbo J/Bowen T D/Camarero J v.d., Early market access of cancer drugs in the EU, Volume 27, Issue 1, 2016, Annals of Oncology, ss. 96-105

McGuire P/Robson P/Cubala W J v.d., Cannabidiol (CBD) as an adjunctive therapy in schizophrenia: a multicenter randomized controlled trial, vol. 175, No. 3, 2018, American Journal of Psychiatry, ss. 225–231.

Moffat C A, The legalisation of cannabis for medical use, vol. 42, No. 1, January, 2002, Science and Justice, ss. 55–57.

Mücke M/Phillips T/Radbruch L vd., Cannabis-based medicines for chronic neuropathic pain in adults, No. 3, 2018, Cochrane Database of Systematic Reviews.

NASEM (United States of America, National Academies of Sciences, Engineering and Medicine), The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids: The Current State of Evidence and Recommendations for Research, Washington, D.C., National Academies Press, 2017.

Navari M R, Pharmacological management of chemotherapy-induced nausea and vomiting: focus on recent developments, vol. 69, No. 5, March 2009, Drugs, ss. 515–533.

Osakwe O, Pharmaceutical regulation: the role of Government in the business of drug discovery, in Social Aspects of Drug Discovery, Development and Commercialization, Odilia Osakwe ve Syed A. A. Rizvi, (eds.), London, Elsevier, 2016.

Pacula R L/Smart R, Medical marijuana and marijuana legalization, vol. 13, 2017, Annual Review of Clinical Psychology, ss. 397–419.

Rago L/Santoso B, Drug regulation: history, present and future, in Drug Benefits and Risks: An International Textbook of Clinical Pharmacology, gözden geçirilmiş 2. baskı, Chris J. van Boxtel/Budiono Santoso/ I. Ralph Edwards (eds.), Uppsala, Sweden, Uppsala Monitoring Centre, 2008.

Report of the International Narcotics Control Board for 2017 E/INCB/2017/1

Report of the International Narcotics Control Board for 2021 E/INCB/2021/1

Stocking E/Zagic D/Campbell G v.d., Evidence for cannabis and cannabinoids for epilepsy: a systematic review of controlled and observational evidence, vol. 89, No. 7, July 2018, Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry, ss. 1-13

Tan C W/Lo C/Jong A/Li Xing v.d., Marijuana and chronic obstructive lung disease: a population-based study, vol. 180, No. 8, April 2009, Canadian Medical Association Journal, ss. 814–820.

Tetrault M J/Crothers K/Moore A B v.d., Effects of marijuana smoking on pulmonary function and respiratory complications: a systematic review, vol. 167, No. 3, February 2007, Archives of Internal Medicine, ss. 221–228

Thomsen K R/Thylstrup B/Kenyon, A E v.d., Cannabinoids for the treatment of cannabis use disorder: New avenues for reaching and helping youth?, Volume 132, 2022, Neuroscience & Biobehavioral Reviews, ss. 169-180

Throckmorton D C, Deputy Director for Regulatory Programs, Center for Drug Evaluation and Research, Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Researching the potential medical benefits and risks of marijuana, statement to the Subcommittee on Crime and Terrorism, Committee on the Judiciary, United States Senate, 13 July 2016

United Nations Conference for the Adoption of a Single Convention on Narcotic Drugs. (1962). Single convention on narcotic drugs, 1961. New York: United Nations.

United Nations, Treaty Series, vol. 1019, No. 14956

United Nations, Treaty Series, vol. 976, No. 14152

Wang T/Collet J-P/Shapiro S v.d., Adverse effects of medical cannabinoids: a systematic review, vol. 178, No. 13, June 2008, Canadian Medical Association Journal, ss. 1669–1678.

Whiting F P/Wolff F R/Deshpande S v.d., Cannabinoids for medical use: a systematic review and meta-analysis, vol. 313, No. 24, June 2015, Journal of the American Medical Association, ss. 2456–2473.

WHO (World Health Organization), The Health and Social Effects of Nonmedical Cannabis Use, Geneva, 2016.

Zajicek J/Fox P/Sanders H v.d., Cannabinoids for treatment of spasticity and other symptoms related to multiple sclerosis (CAMS study): multicentre randomised placebo-controlled trial, vol. 362, No. 9395, November 2003, Lancet, ss. 1517–1526.

TÜRK HUKUKUNDA BAZI İDARİ DENETİM MEKANİZMALARININ HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAKIMINDAN ROLÜ VE ÖNEMİ

Role and Importance of Some Administrative Control Mechanisms with Regard Rule of Law Principle in Turkish Law

Prof. Dr. Mehmet Ali ZENGİN*

Öz: İnsanlar toplumda bir arada yaşarlar ve kamu düzenini sağlayan kurallara ihtiyaç duyarlar. Hukuk ise bugünün dünyasında kilit bir öneme sahiptir. Bilindiği üzere toplumla ilgili gerek genel gerekse kısmi olarak pek çok hukuki düzenleme bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesi bireyi diğer bireylere ve devlete karşı koruyan hukuksal güvenceler sağlar. Bu süreçte insan haklarının korunmasının idari mekanizmaları, yargı mekanizmalarıyla birlikte çalışmalıdır. Bu makalede hukuk devleti ilkesi bağlamında bazı idari denetim mekanizmaları incelenecektir. Modern hukuk anlayışında devletler anayasanın kontrolü altındadır ve denetim yasa yapmak kadar öneme sahiptir. Öncelikle kontrol sistemleri, yargı yolları yanı sıra, somut idari kurum ya da kurulları gerektirmektedir. Modern demokrasilerde insan haklarının korunması idari kontrol organlarıyla desteklenmelidir. Avrupa Birliği üyelik müzakereleri bazı idari kurumların kuruluş süreçlerine katkı sağlamıştır. Bu noktada AB üyelik sürecinin insan haklarıyla ilgili olumlu katkılarının olduğu açıkça söylenebilir. Bu kurumların koruma kapasitesi nedir? Bu makalede, sorulan soruya hukuk devleti ilkesi bakımından cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Hukuk Devleti, İdari Denetim, Demokrasi, Şeffaflık

Abstract: People live togather in a same society and they need rules to organize public order. Law is a key point for societies in todays world. As known there are many legal regulations general or partly relted to society. Rule of law principle provides legal guarantee to individuals against other people and state. Administrative protection mechanisms of human rights should to work with legal mechanisms in this process. In this article, human rights violations by state and administrative check comittees will be searched. States are under the control by constitutions in modern law perception and control is important as well as making rules. Firstly, control systems need concreate administrative committees or councils as well judicial ways. Protection of human rigts should support with administrative control organs in modern democracies. Membership negotiations with European Union contributed to establishment process of some admistrative committes. In this point, positive contributions of EU membeship process about human rigths clearly can be said. What's the protection capacity of admistrative committees? The answer of question will be searched in this article in terms of rule of law principle.

Keywords: Human Rights, Rule of Law, Administrative Control, Democracy, Transparency.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, mazengin@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1263-5102.

Makale Geliş Tarihi: 04.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 08.06.2022

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesi modern anayasaların en önemli özelliklerinden birisidir. Buna göre devletin fonksiyonu bu ilke ile şekillenecek ve demokratik toplum düzenin varlığı bu ilke ile garanti altına alınacaktır. İdarenin takdir yetkisi ise sınırsız değildir ve bunun sınırları yargı içtihatları ile somutlaştırılmaktadır. Bununla birlikte yargı denetiminin de aşamayacağı sınırlar vardır ki bunun en önemli görünümü yerindelik denetimidir. Buna göre yargı mercileri idarenin eylem ve işlemlerindeki tercihleri sorgulayamaz, idarenin yerine kendi geçercesine idari işlem tesis edemez. Ancak günümüz demokrasilerinde özellikle kamu harcamalarında yani halkın finanse ettiği bütçeden harcama yapılıyor olması egemenlik bakımından titizlikle ele alınmalıdır. Zira halkın bütçe üzerinde egemenliği sadece bütçenin oluşumunda değil aynı zamanda harcanmasında da dikkate alınmalıdır. Bu noktada harcama yapıldıktan sonra yargı denetimine gidilmesi her zaman beklenen sonuçları vermeyebilir. Bu nedenle kamu harcamaları bakımından bir ön-izin mekanizmasının oluşturulmasının olumlu sonuçlar doğuracağı düşünülmektedir. Bu yönüyle çalışma kamu harcamaları bakımından yeni bir öneri içermektedir. Bu sayede kamu kaynaklarının verimli kullanımında etkin bir denetim mekanizması geliştirilebilecektir. Öte yandan idari denetim mekanizmaları ile idari işleyiş esnasında ortaya çıkan hak ihlallerinin daha hızlı ve etkin bir şekilde düzeltilebilmesine imkân tanınmalıdır. Buna göre yargı denetimi uzun süreler alabilmekte hatta yargı kararlarına rağmen aynı işlemin tekrar tesis edilmesi neticesinde yargı kararlarının etkinliği ortadan kaldırılabilmektedir. Artık idare karşısında yargı denetimini tek çare olarak görmek yeterli değildir. Bu durumda yargı dışı, hızlı ve etkin denetim mekanizmaları da oluşturulmalıdır. Bu mekanizmalar aynı zamanda halkın yönetime katılımı yani katılımcı demokrasi bakımından da modern çağın yeni vasıtaları olarak değerlendirilebilir. Zira sadece yasama açısından değil yürütme açısında da yönetime katılım demokratik bir anlam ifade edecektir. Bu vasıtalarla yasaların uygulanması esnasında meydana gelen hak ihlalleri uzun yargı süreçleri beklenmeden hızlı ve etkin şekilde giderilmektedir. Bu mekanizmalar sadece ihlallerin giderimi noktasında değil idarenin benzer ihlalleri tekrar etmemesi bakımından da etkili olabilecektir. Yine idari denetim mekanizmalarının aldığı kararlar aynı zamanda idareye yol gösterici mahiyette olacaktır. İdari denetim mekanizmalarının varlığı hukuk devleti ilkesinin gereğinin yerine getirilmesiyle bağlantılıdır. Hukuk devleti ilkesi, hukukun egemen olduğu devlet anlamına gelmenin yanı sıra bireylerin hukuki güvenlik içerisinde olmalarını da gerektiren bir ilkedir. Bu durumda hak ihlallerinin giderimi, hızlı ve etkin mekanizmaları gerektirir. Aynı zamanda bireyin önüne yargı dışı başvuru yollarının sunuluyor olması bireye birden fazla yolla hakkını talep etme imkânı sağlayacaktır. Yine yönetimde şeffaflığın gerçekleştirilmesinde idari denetim mekanizmalarının katkısı büyük olacaktır. Bu çerçevede çalışmamızda, ülkemizdeki bazı denetim

mekanizmalarının durumu, etkinlikleri ve hukuk devleti bakımından doğurdukları sonuçlar ele alınacaktır. Buna göre çalışmada hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesinde bahsi geçen kurumların sundukları ya da sunacakları katkıların neler olabileceği ele alınacaktır. Çalışma, bu yönüyle idari denetim mekanizmalarının başta temel hakların korunması olmak üzere hukuk devletinin tesisinde önemli bir role sahip olduğunu ortaya koyma gayreti içerinde olacaktır. Modern demokrasilerde hukuk devleti ilkesinin gelişimi bireylere yeni yeni imkânların sunulmasıyla ilişkilidir. Çalışma idari denetim mekanizmalarını bu kapsamda ele almakta, bunların yapısı, işleyişi ile hukuk devletine olan etkileri bakımından değerlendirmeler yapılmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin gelişimi ve etkinliği bakımından idari denetim mekanizmalarının varlığı son derece önemlidir. Hukuk devletinin temel felsefesi olan idare karşısında temel hakların korunması, yargı dışı, yeni bir denetim ağı ile perçinlenecektir. Ülkemizde etkinlik ve kurumsal yapı olarak düşünüldüğünde idari denetim mekanizmalarından bazıları dikkat çekmektedir. Bunlar Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) Kamu Görevlileri Etik Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulu (DDK) dur. Bununla birlikte Sayıştay da bir denetim mekanizması olarak düşünülse de yapılan denetim, hesap denetimi şeklinde gerçekleşmektedir. Sayıştay kurumunun ele alınması ayrı ve uzun bir çalışmayı gerektireceğinden bu konuya değinilmeyecektir. Yine Kişisel Verileri Koruma Kurulu da çalışmanın kapsamını çok genişleteceğinden tek başına ayrı bir çalışmanın konusu olarak ele alınabilecektir. Devlet Denetleme Kurulu'na geçmeden önce diğer iki idari denetim mekanizmasına değinilecektir. İlgili kurumlar görev alanları ve denetimlerinin doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından konu hukuk devleti ilkesi doğrultusunda ele alınacaktır.

I. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN GELİŞİMİ VE İDARİ DENETİM

Hukuk devleti ilkesi anayasal demokrasilerde iktidarların sınırlı yönetim anlayışına dayalı olarak çalışmalarını sağlar. Buna göre sınırsız güç kullanımı anayasacılık anlayışı bakımından keyfi yönetime, keyfi yönetim ise anti-demokratik rejimlere kapı aralayacaktır. Bilindiği üzere günümüz modern devlet anlayışından önce devlet algısı mülk devlet ya da polis devlet anlayışına dayanıyordu. Mülk devleti anlayışı hükümdarın mutlak hâkimiyetine dayanmaktaydı. Ortaçağ dönemi devlet anlayışını[1] yansıtan bu yaklaşım, feodal düzeni yani derebeyinin egemen olduğu topraklar üzerinde özel mülkiyetinin varlığını ortaya

[1] Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 31

koyar.[2] Belirli bir toprak parçası, üzerinde yaşayan insanlar da dâhil olmak üzere tümüyle hükümdarın mülkünde olduğundan bu durum bir bakıma "üst mülkiyet" şeklinde ifade edilebilir.[3] Bu durumda hükümdarı denetlemenin imkânı zaten mevcut değildir. İdari alan gibi yargısal alan da hükümdarın egemenliği altındadır. Daha ziyade 17. Yüzyılda kıta Avrupası ülkelerinde görülen[4] Polis Devlet anlayışında ise hükümdarın egemenliği mülkiyetten değil doğrudan şahsından kaynaklanır. Burada *"polis"* kavramı şehir, kent ya da kolluk anlamına gelmemektedir. Bu kavram, özü itibariyle toplumun yüksek menfaatleri ve korunması gereğince ortaya konulan yönetim anlayışını ifade eder. Buna göre devlet toplumu korumak amacıyla her türlü tedbiri alır, temel hak ve hürriyetlere müdahale eder, insanlara yükümlülükler getirebilir ve en önemlisi bunları yaparken herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı değildir ve vatandaşlara her hangi bir hukuki güvence tanınmaz.[5] Bununla birlikte polis devletinin varlığı, yönetimin doğrudan diktatörlük haline dönüşeceği anlamına gelmemektedir.[6] Burada hükümdarın fiili uygulamalarına göre durum değişiklik arz edebilecektir. Buna karşın hükümdarı engelleyebilecek herhangi bir hukuki mekanizmanın olmadığı da aşikârdır.

Hukuk devleti ilkesi ile birlikte devlet yönetiminin, yürütme erkinin sınırlılığı anlayışı ortaya çıkmıştır. Günümüzde devlet anlayışının geldiği en çağdaş ve ileri düzey hukuk devleti anlayışıdır.[7] Hukuk devletinin farklı şekillerde tanımı yapılmakla birlikte genel olarak yönetimin keyfiliği karşısında bireylerin hukuki güvencelere sahip olduğu devlet anlayışına, hukuk devleti denilebilir. Burada hukuk devletini, kanun devletinden ayıran en önemli nokta yönetimin sınırlandırılması ve bireye tanınan güvencelerdir. Zira sadece yasaların mevcudiyeti, o devletin hukuk devleti olduğu anlamına gelmeyeceği gibi yasaların ve yargının varlığı, adaletin tesisinden ziyade, mevcut devlet düzenine şeklen meşruluk kazandırmaktır.[8] Öte yandan hukuk devletine geçiş sürecinde en önemli aşamalardan birisi hazine teorisi olup bireylere devlet karşısında bazı güvenceler sunulmaktadır. Hazine teorisi, Roma Hukuk sistemine dayanmaktadır. Buna göre hazineye, hükümdarın varlığından bağımsız ayrı bir tüzel kişilik tanınmaktadır. Bu

---

2 Pınar Ülgen, "Ortaçağ Avrupa'sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış", S.1, Y.2010, Mukaddime, s. 3-4.

3 Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 84.

4 Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 37.

5 Günday, 2011, s. 38.

6 Balta, 1970, s.87.

7 Ayhan Akarsu, "Hukuk Devleti İlkesinin Dünya ve Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi", S.24, 2009, AYİM Dergisi, s. 37-48.

8 Serdar Gülener, Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 137.

sayede bireylere, zararlarını hazineden karşılama imkânı verilmekte[9] olup sınırlı da olsa bazı güvenceler sağlanmaktadır. Buna göre polis devletinde bireyler tümüyle hukuki güvenceden mahrum kalırken, hazine teorisi sayesinde bu katılık yumuşatılarak hukuki bir güvence tesis edilmeye çalışılmıştır. [10]

Hukuk devleti anlayışında ise bireylere tanınan güvenceler aynı zamanda yönetimi sınırlayan unsurlardır. Bir hukuk devletinde devlet erkinin bireylere tanınan hukuki güvenceleri keyfi olarak aşamayacağı sınırlar vardır. Buna göre hukuk devleti, hukuka dayanan ve hukuk sayesinde var olan yönetimi, vatandaşların hukuki güvenliğe sahip olduğu, devletin eylem ve işlemleriyle hukuk kurallarına bağlı kaldığı bir devlet anlayışını ifade eder.[11] Anglosakson hukuk geleneği, hukuk devletini *"hukukun hâkim ya da egemen olduğu devlet"* şeklinde ele almaktadır. [12] Bu nedenle hukuk devleti, *"yasası olan devletten"* farklıdır. Düzenin yasalarla sağlandığı toplumlar, modern toplumlarla sınırlı değildir. Devlet yapısına sahip tüm uygarlıklarda yasalar toplumsal düzenin tesisinde rol oynarlar. Hukuk devletinde ise toplum, hukuk üzerinden tarif edilmektedir.[13] Günümüzde ise hukuk devleti, kapsamlı olarak ele alınmakta ve sınırları geniş olarak çizilmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, bir kararında hukuk devletini *"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, 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, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir"* şeklinde tanımlamaktadır.[14] Öte yandan artık günümüzde temel hakların devlet karşısında korunması, bireylerin hürriyet ve onurunun güvence altına alınması, çağdaş demokratik hukuk devletinde bir iç hukuk sorunu olmaktan çıkmış uluslararası bir nitelik kazanmıştır.[15]

Görüldüğü üzere hukuk devleti ilkesinde bireyler hukuki güvencelerle donatılmışlardır. Bu güvencelerin ihlal edilmemesi ya da ihlali halinde gerekli yaptırımların uygulanması, sıkı bir denetim mekanizmasını gerektirir. Yürütmenin işlemlerinin hukuki denetimi

---

9 Günday, 2011, s. 38.

10 Gözübüyük/Tan, 2011, s. 32.

11 Hakan Altıntaş, Hukuk Devleti İlkesinin İşlerliği Açısından Türk Kamu Yönetimi Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Bölgesel Sorunlar- Tehditler- Fırsatlar, A. Hamdi Aydın (Ed.), Seyhan Taş, Saniye Adıgüzel, Kahramanmaraş, 2008, s. 209.

12 Altıntaş, 2008. s. 209.

13 Mehmet Tevfik Özcan, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", LXIV, S.2, 2006, İÜHFM, s. 120.

14 Anayasa Mahkemesi, E: 2001/406 ve 2004/20 sayılı kararı.

15 Firuzan İkincioğulları, "Hukuk Devleti", C.1, S.1, 1997, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 28.

olabildiğince hızlı ve etkin olmalıdır. Bununla birlikte yürütmenin idari kurullar aracılığıyla denetiminin de son derece önemli olduğunu ve gerekli mekanizmaların oluşturulması gerektiğini ifade edebiliriz. İdari denetim mekanizmalarının işletilmeleri, yargıya göre daha kolay ve pratiktir. Buna göre yargı denetimini kendiliğinden ve sürekli işler kılmak mümkün olmayacağına göre idari denetim mekanizmaların rutin olarak işletilebilmesi, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine önemli ölçüde hizmet edecektir. Öte yandan, hukuk devleti anlayışının dayandığı bazı ilkeler şu şekilde sıralanmaktadır; temel hakların güvenliği, anayasa uygunluğun yargısal denetimi, kanunların genelliği ilkesi, idarenin hukuka bağlılığı ilkesi, idarenin yargısal denetimi, mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi, kuvvetler ayrımı, demokratik rejim, devletin mali sorumluluğu.[16] Bununla birlikte son zamanlarda idari denetim mekanizmalarının varlığını da hukuk devletinin bir gereği olarak eklemek gerekecektir. Kanaatimizce idari denetim, yargı denetiminden daha etkin kullanılırsa daha verimli ve caydırıcı bir etkiye sahip olabilir. Günümüzde bireyin devlet karşısındaki beklentileri artmıştır. Artık modern devletler, temel hakların güvence altına alınması için farklı yasal ve anayasal düzenlemelere gitmekte, bürokrasiyi yenilemekte ve günün gereklerine uygun, yeni mekanizmalar oluşturmaya gayret etmektedirler.[17] Bu kapsamda gelişmiş demokrasilerde artık klasik bürokratik yapılanmadan esnek, katılımcı, şeffaf, vatandaş odaklı, yönetişimi gözeten, kaliteli kamu hizmetini arayan yeni bir kamu yönetimi modeline doğru bir ilerleyiş söz konusu olmaktadır. İşte idari denetim mekanizmaları da bu değişim ve eğilim içerisinde önemli bir yere sahip olacaktır.

II. HUKUKUMUZDA YER ALAN BAZI İDARİ DENETİM MEKANİZMALARI

A. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

Kamu denetçiliği, karmaşıklaşan devlet yönetimi karşısında klasik denetim mekanizmaları yerine yeni, kolaylıkla erişilebilir, hızlı ve düşük maliyetli bir denetim mekanizması olarak değerlendirilmektedir.[18] Kamu Denetçiliği Kurumu, şikâyet üzerine harekete geçmektedir. Buna göre Kurum şikâyet üzerine idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir. Kurumun görev alanına

[16] İsmail Hakkı Ülgen, "Hukuk Devleti", (Sempozyum Konuşması), Y.3, S.11, 1974, Danıştay Dergisi, s.5.

[17] Haydar Efe/Murat Demirci, "Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler", S.90, Temmuz-Eylül, 2013, Sayıştay Dergisi, s.50.

[18] Efe/Demirci, 2013.

girmeyen alanlar ise şu şekilde sıralanmaktadır; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri.[19] Kurum, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük ilkesi, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetimin ilkeleri bakımından idareye önerilerde bulunmaktadır.[20] Buradaki amaç kamu yönetimi alanındaki reformlara olumlu katkı sağlamaktır. Kurumun hedefi, bireye idare karşısında eşit söz hakkı tanınması, kötü yönetimden doğan haksızlıkların önlenmesi, gerek kamudaki etkinliğin artışı gerekse toplumsal memnuniyetin artması olarak görülmektedir.[21] Esasen Kamu Denetçiliği ya da Ombudsmanlık Kurumu İsveç' te olduğu gibi idarenin keyfi tutumlarının ve yanlış uygulamalarının önlemesi ile vazifelidir.[22] Aslında Kamu Denetçiliği demokrasi kültürünün bir parçasını olarak görülmektedir. Zira bu sistemin iyi işlediği ülkelerde kurumun denetimi oldukça geniş bir alanına sahiptir. Çağımızda gelişen ve karmaşık hale gelen devletin, temel hak ve özgürlüklere müdahil olduğu her alanda yargısal denetimle birlikte kamu denetçiliğinin bir ihtiyaç olduğu düşünülmektedir.[23] Diğer yandan kurumun vereceği kararların hukuki niteliği de dikkate alınmalıdır. Buna göre *"Kurumun vereceği kararların idarenin işlem ve eylemlerine karşı önerilerde bulunma niteliğinde olduğu, ayrıca bir yaptırıma sahip olmadığı, yine davacının hukuki durumunda değişiklik meydana getiren kesin ve icraî bir vasfı da bulunmadığı…"*[24] şeklindeki Danıştay kararında da görüleceği üzere Kurumun kararları doğrudan hukuki sonuçlar doğurmamaktadır. Yine kararların bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Aslında Kurumun kararlarına bağlayıcılık tanınmaması Kurumun yargı organından farklı bir niteliğe sahip olduğunu göstermektedir. Kurumun, idari işlemi iptal edememesi ya da yürürlüğünü durduramaması bundan ileri gelmektedir.[25] Kararlara uyulmaması halinde Kurum idarenin yerine geçerek bağlayıcı nitelikte kararlar veremeyecektir. Bu noktada

---

19 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu madde 5.

20 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik madde 6.

21 Kamu Denetçiliği Kurumu, 2019 Yılı Faaliyet Raporu.

22 Selçuk Gişi, "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç Ve Fransa Ülke Uygulamaları İle Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", Y.2, S.2017/2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s.14.

23 Mutlu Kağıtcıoğlu, "Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak", C.7, S.14, 2018, Anayasa Hukuku Dergisi, s.490.

24 Danıştay 10. D., E: 2014/843, K: 2016/222, T. 18.01.2016, Nakl. Kağıtçıoğlu, 2018, s.498.

25 Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2018, s. 338.

idari makamlar Kurumun tavsiyelerine sıkı sıkıya bağlanmak istememeyi tercih edebileceklerdir.[26] Kurum kararlarının etkinliği bakımından sahip olduğu bu nitelik Devlet Denetleme Kurulu ile arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır. Kurumun verdiği tavsiye kararlarına aykırı davranan kamu personelleri hakkında işlem yapma, ilgili birime başvurma ya da disiplin soruşturması açılmasını talep etme yetkisi bulunmamaktadır.[27] Kanaatimizce Kurumun doğrudan kendisinin idari soruşturma açma yetkisine sahip olması etkinliğini artıracaktır. Hukuk devleti ilkesinin tesisi Kamu Denetçiliği Kurumu'nun etkin olması ve kararlarının bağlayıcı olmasına bağlıdır. Buna göre bağlayıcı kararlar alabilen, hata idari soruşturma açma yetkisiyle donatılan bir kurum temel hakların korunmasında ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesinde daha etkin bir role sahip olacaktır. Örneğin Finlandiya gibi Baltık ülkeleri ile bazı Avrupa ülkelerinde Kamu Denetçiliği resen harekete geçebilmekte[28] hatta bazı ülkelerde doğrudan idari soruşturma açabilmektedirler.[29] İsveç'te Kamu Denetçisi incelemenin neticesine göre disiplin soruşturması açma, yargıya başvurma, Anayasa aykırılık iddiasıyla başvuruda bulunma, yasal düzenlemelere ilişkin reform talep etme yetkilerine sahiptir.[30] Bu konuda Başdenetçinin re'sen girişimde bulunma ve yerinde inceleme yapma hakkına sahip olması savunulmaktadır.[31]

B. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

İdarenin denetimi, genel olarak insan haklarının ulusal düzeyde korunmasını amaçlayan özel kurumlar ya da ihtisas kurumları tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu konuda 1993 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen ve *"Paris İlkeleri"*[32] olarak adlandırılan ilkeler, ilgili kurumların yapısı ve sorumluluklarını

---

[26] Onur Kaplan, "Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi", Y.7, S.13, Temmuz-Aralık, 2020, Ombudsman Akademik, s.106.

[27] Kağıtcıoğlu, 2018, s. 499.

[28] Buna karşın İskandinav ülkelerinin aksine, İngiliz Parlamento Komiserinin inceleme başlatabilmesi şikâyete bağlıdır, yani resen harekete geçemez. Demirkol, Selami, Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı, s.78. www.dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13849 (s.e.t. 11.03.2022)

[29] Naomi Creutzfeldt/Nick O'brien/Marek Nowicki, "Ombudsmanlıklar Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Avrupa Konseyi, Ekim, 2021, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, s.49-53.

[30] Işıkay Mahir, "Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu", www.archiv.jura.uni saarland.de/turkish/MIsikay.html (s.e.t.11.03.2022)

[31] Gişi, 2017, s.38.

[32] BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve B.M. Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlar.

belirlemektedir. Bu metne göre insan hakları kurumları hükümete, parlamentoya ve konuyla ilgili tüm diğer kurumlara, talep üzerine veya re 'sen, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması hakkında görüş bildirir, öneriler ve raporlar sunarlar. Yine bu kurumlara, yargı kurumlarının yetkilerine benzer yetkiler verilebilmektedir. Buna göre insan hakları kurumları, uzlaştırma yoluyla veya yasaların çizdiği sınırlar içerisinde bağlayıcı kararlar alabilirler. Bu kapsamda ülkemizde ilk olarak 2012 yılında "*Türkiye İnsan Hakları Kurumu"* kurulmuştur. Fakat Kurum, özellikle Paris İlkelerinde yer alan şartların eksikliği bakımından ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bunun üzerine Kurum kaldırılmış, ardından ise 2016 yılında *"Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu"* (TİHEK) kurulmuştur. Kurumun amacı, insan onuru temelinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, bireylerin eşit muameleye tabi olma hakkının güvence altına alınması, hukuk düzeninde tanımlı hak ve hürriyetlerin kullanımında ayrımcılığın önlenmesi, işkence ve kötü muameleyle mücadele edip ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmektir.[33] Kurum uzun bir görev listesine sahiptir. Bununla birlikte Kurumun temelde iki ana görevinin olduğu söylenebilir.[34] Bunlar; insan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak, sonuçlarını takip etmek ve ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek şeklindedir.[35] Kurum, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, işkence ve kötü muameleyle mücadele ve ayrımcılıkla mücadele konularında Cumhurbaşkanlığına ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına yıllık bir raporlar sunar.[36] Ayrıca Kurum, faaliyetleri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunu ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunu yılda en az bir kez olmak koşuluyla bilgilendirir.[37] Tüm bu özellikleri dikkate alındığında TİHEK, Türk idari teşkilatına dâhil olan iyi yönetişim ilkesinin gerçekleşmesine hizmet eden, idareyi denetleyen yargı dışı denetim mekanizması olarak ifade edilebilir.[38] Ayrımcılık yasağı ihlallerinde Kurum idari para cezası uygulayabilmektedir.[39]

---

33 6701 S.lı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.1.

34 Bununla birlikte Kurumun ana görevleri arasında Ulusal Önleme Mekanizmasının icrasını da vurgulamaktadır. TİHEK 2019 Yılı Faalıyet Raporu, s.15.

35 6701 S.lı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.9/1/f-g.

36 6701 S.lı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.9/1/k.

37 6701 S.lı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.9/3.

38 Emine Cin Karagöz, "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri", S.32, 2016, Yasama Dergisi, s.25.

39 6701 S.lı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.25/1 "Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır."

Bunun haricindeki ihlal hallerinde ihlalin giderilip ihlali yapan kamu görevlileri hakkında idari soruşturma yapılmasını talep edebilmekte ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına ihbarda bulunabilmektedir. Bununla birlikte talepte bulunulan kurumların harekete geçmemeleri halinde Kurumun bu konuda kullanabileceği bir yetkisi bulunmamaktadır.[40] Görüldüğü üzere gerek Kamu Denetçiliği gerekse TİHEK 'in görev alanlarına giren ihlal hallerinde kendilerinin doğrudan uygulayabilecekleri bir yetkileri bulunmamaktadır. Ülkemiz açısından TİHEK 'in resen inceleme yapma ve disiplin soruşturması açabilme yetkilerine sahip olması, şüphesiz etkinliğini arttıracaktır. Bu noktada soruşturma açma yetkisine sahip olması nedeniyle Devlet Denetleme Kurulu'nun bu kurumlar karşısında daha etkin olabileceği söylenebilir. Hukuk devleti ilkesi temel hakların korunmasını, hukuki güvence içerisinde olmasını gerektirir. Kanaatimizce temel hakların korunması amacına özgülenmiş olan TİHEK 'in daha geniş yetkilerle donatılması, hukuk devleti ilkesinin geçekleşmesine daha fazla katkı sağlayacaktır.

C. DEVLET DENETLEME KURULU

Türk Hukuku bakımından idari denetim mekanizmalarından biri olan Devlet Denetleme Kurumu Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte daha etkin bir role kavuşmuştur. Ayrıca 2021 yılında yapılan değişiklikle Kurulun yetki alanı da genişletilmiştir. Devlet Denetleme Kurlu (DDK) 1982 Anayasasının yürürlüğe girmeden önce 1981 yılında çıkarılan 2443 sayılı Kanun ile kurulmuş, sonrasında ise anayasal statüye kavuşmuştur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde, Kurul kendi özel kanununa[41] sahipti ve kapsam olarak Kurul, Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı organlarını denetleyemiyordu. Ancak bu Kanun yeni hükümet sistemi ile birlikte artık yürürlükte değildir. Yine Kurul ile birlikte değerlendirilebilecek bir diğer kurum olan Başbakanlık Teftiş Kurulu da yeni hükümet sistemiyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.[42] Bununla birlikte Kurulun eski sistemdeki düzenleniş biçimine kısaca göz atmakta fayda vardır. 2443 Sayılı Kanuna göre DDK, görevlerini yerine getirirken ve anılan yetkileri kullanırken diğer kamu kurum ve kuruluşların personellerini çalıştırabilir, kamu-özel tüm ilgili kişilerden her türlü bilgi ve belge talebinde bulunabilirdi.[43] 1990 yılında 2443 sayılı Kanunda değişiklikle Kurul'un hazırladığı raporlarda yer alan hususların incelenmesi, teftişi, tahkiki veya dava açılması şeklinde en geç kırk beş

---

[40] Haydar Albayrak, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi", S. 119, Aralık, 2020, Sayıştay Dergisi, s.148.

[41] 2443 Sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun.

[42] 10/10/1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun. Ayrıca 2010 yılında Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, 2010 yılında yürürlüğe giren 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 82/1 maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

[43] 2443 Sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun madde 5 ve 7.

gün içinde gereğinin yapılması istemiyle Başbakanlıkça yetkili mercilere başvurulacağı öngörülüyordu. Yine Başbakanlık vasıtasıyla neticeden Cumhurbaşkanlığına bilgi verileceği de hükme bağlanmıştı. DDK idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesi ve geliştirilmesi[44] için görev yapar. Kurula duyulan ihtiyaç Anayasa'nın gerekçesine göre[45] merkezi idarenin herhangi bir nedenle denetim işlevini yerine getirememesi halinde, siyasi etki altında kalmayacak, tarafsız ve etkin bir denetim organına gereklilik duyulması, şeklinde açıklanmaktadır. Kurul'un özel kanunun ilk maddesinde de kurulun amacı, anayasadaki ile aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Bu noktada Anayasa'da belirtilen *"hukuka uygunluğun sağlanması"* ifadesi, Kurulun denetimi kapsamındaki kurum ve kuruluşların ve personellerin idari eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesidir.[46] Öte yandan Kurul'un idarenin düzenli ve verimli şekilde işleyişinin sağlanmasına yönelik görevinin olması, yapılan denetimin yerindelik denetimi olduğunu ortaya koymaktadır. Kurul bu yönüyle diğer denetim mekanizmalarından ayrışmaktadır.

2017 yılında Anayasa değişikliğiyle birlikte Kurulun yapısı, görev ve yetkilerinde bazı değişikliklere gidilmiştir. Cumhurbaşkanının monist yürütme düzeni içerisindeki yeni konumu, yürütme adına üstlendiği görevleri yerine getirebilmesi ve yetkilerini kullanılabilmesi, kendisine bağlı geniş bir teşkilat ağının oluşturulmasını zaruri kılmaktadır.[47] Bu çerçevede yeni sistemle birlikte Cumhurbaşkanlığı makamının denetleme kurumu olan DDK 'da da sistemin gereklerine uygun değişikliklere gidilmiştir. Örneğin Anayasanın 104. Maddesinde, Cumhurbaşkanının görevleri arasında yer alan yer alan *"Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme"* şeklindeki görevi değişiklik sonrasında *"temin etme"* haline dönüşmüştür. Burada yer alan "temin etme" ifadesi etkili bir denetim mekanizmasının varlığını da beraberinde gerektirmektedir. Buna göre Kurulun yetki alanı iki kez genişletilmiştir. Evvela 2017 referandumuyla birlikte Anayasanın 108. maddesinde Kurulun inceleme kapsamı dışında tutulan Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) maddeden kaldırılarak, TSK Kurul denetimine açılmıştır.[48] Cumhurbaşkanının Anayasa gereğince Başkomutanlık sıfatına sahip olması, TSK üzerinde bir denetim yetkisin bulunmasını

---

44 1982 Anayasası madde 108.

45 1982 Anayasası madde 108 gerekçesi.

46 Cevdet Atay, "Devlet Denetleme Kurulu ve Kamu Denetçiliği Kurumu", C.10, 2012, Legal Hukuk Dergisi, s.18.

47 Mehmet Zahid Sobacı/Nebi Miş/Özer Köseoğlu, Türkiye'nin Yeni Yönetim Modeli ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı, Seta Perspektif, 2018, s.2.

48 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Silahlı Kuvvetler ve" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

destekler niteliktedir.[49] Yetki genişleme sürecinin ikincisi ise 20 Ağustos 2021 tarihinde 82 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile gerçekleşmiştir.[50] 82 numaralı CBK ile Kurulu düzenleyen 5 numaralı CBK'da değişikliğe gidilmiş ve Kurulun yetki alanına *" ... vakıflar, kooperatifler, birlikler ile bu kurum ve kuruluşların her türlü ortaklık ve iştirakleri..."* de alınmıştır.[51] Yine 2017 Anayasa değişikliği sorasında Kurula *"idari soruşturma açma"* yetkisi de verilmiştir.[52] Böylece Kurul, kapsamına giren kurum ve kuruluşlara dair her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapmakla yetkili hale gelmiştir. Esasen Kurul'un yeni hükümet sistemine uygun şekilde tekrar tanzim edilmesinde değişiklik sonrasında kapatılan diğer denetim kurumlarının yetkilerinin DDK bünyesinde birleştirilmiş olması etkili olmuştur. Buna göre Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun idari soruşturma açma yetkisi yeni sistemle birlikte DDK'ya geçmiş oldu.[53] Ayrıca Kurulun inceleme ve araştırma yetkisi, dolayısıyla yerindelik denetimi yapabiliyor olması[54] ve idari soruşturma açma yetkisinin bulunuyor olması Kurulu diğer denetim mekanizmalarından ayıran en önemli farklılıklardır. Hatta ilgili CBK' da son yapılan değişiklikle Kurulun denetçilerinin denetim yaptıkları kurum ve kuruluşların teftiş, denetim ve bu maksatla kurulmuş birimlerinin görev, yetki ve sorumluluklarını taşıdıkları belirtilmektedir.[55] Bu yolla Kurul'un etkinliği artırılmakta, kararlarının bağlayıcılığı ortaya konulmaktadır. Öte yandan Kurul raporlarının yayınlanması şeffaflık ve kamuoyunun takibi bakımından olumlu bir adım olacaktır. Böylece bireylerin bilgiye erişim haklarını kullanabilmesi mümkün olacaktır. Bununla birlikte belli hallerde Kurul raporlarının açıklanmasına sınır getirilebilir. [56] İlgili CBK, disiplin soruşturmaları bakımından ise farklı bir tercihte bulunmaktadır. Buna göre *"Soruşturma raporları Kurulda görüşülmeden Kurul Başkanınca Cumhurbaşkanına sunulur ve mevzuatta tanımlanan yetkili mercilere gönderilir."*[57] Disiplin soruşturmalarının başlama süreci, yetkili disiplin

---

[49] Abdullah Yasin Erdem, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Devlet Denetleme Kurulu", C.35, S.2, 2016, Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s.18.

[50] 5 numaralı CBK'nın 1.maddesinin ilk halinde Kurul "ç) Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, d) Kamuya yararlı derneklerde, e) Vakıflarda," yetkili kılınıyor iken "d" ve "e" fıkraları kaldırılarak bunlar "ç" fıkrasına aktarılarak yeni ilavelerle birlikte Kurulun yetki alanı genişletilmiştir.

[51] RG, 20/8/2021, S.31574.

[52] 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle, bu fıkraya "inceleme," ibaresinden önce gelmek üzere "idari soruşturma," ibaresi eklenmiştir.

[53] Erdem, 2016, s.17.

[54] Erdem, 2016, s.21.

[55] 82 Saylı CBK m.3.

[56] Erdem, 2016, s.20.

[57] 5 Saylı CBK m.11/6.

amirinin onayı üzere, yani soruşturmacının resmi şekilde görevlendirilmesi ile başlar. Bu aşamada soruşturmaya konu fiil somutlaştırılır, soruşturmanın sınırları ile kimin hakkında yapıldığı açıkça belirlenir.[58] CBK'nın ilgili düzenlemesine göre ise Cumhurbaşkanı tarafından faaliyete geçirilen DDK'nın raporuna istinaden ilgili idari birimler disiplin soruşturması başlatabilmektedir. Bu durumda yetkili disiplin amirinin onayı alınmaksızın başlatılan disiplin soruşturması neticesinde disiplin cezası verilmesinde usulî bir eksiklik bulunacağı dile getirilmektedir.[59] Danıştay içtihatlarına göre de disiplin soruşturmasına başlanabilmesi yetkili disiplin amirinin soruşturma onayının alınmasını gerektirmektedir.[60] Öte yandan kurumun amirinin soruşturma başlatma yetkisinin aranması, Kurul'un denetim gücünü zayıflatılabilir. Bunu engellemek için uygulama açısından yeni içtihatlar gelişebilir ya da yeni yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilebilir. Hukuk devleti ilkesinin önemli bir bileşeni de kamu yönetiminde şeffaflığın sağlanmasıdır. Şeffaflığın güvencesi ise etkili denetimden geçer. DDK ile ilgili son mevzuat değişikliği Kurulun denetim kapsamını genişletmektedir. Daha çok kurumun DDK denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesi bakımından son derece olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

D. KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU

Kamu Görevlileri Etik Kurulu 25/5/2004 tarihli ve 5176 sayılı Kanunla kurulmuştur. Kurulun amacı, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek şeklinde dile getirilmektedir.[61] Kurlun yetki alanı *"genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli*

---

[58] Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s.486.

[59] Yakup Çokkaş, "Dönüşen Yapısı İtibariyle Devlet Denetleme Kurulu", Mayıs 2019, İzmir Barosu Dergisi, s. 104- 105.

[60] "…Disiplin hukukunda .. soruşturmaya başlanabilmesi için soruşturma onayı alınması, yürütülen soruşturma kapsamında memurun disiplin cezasını gerektiren bir başka fiilinin tespit edilmesi halinde de yine tespit edilen bu fiili için ayrıca soruşturma onayı alınması gerekmektedir…" Danıştay 2. Dairesi, E.2016/4269, K.2017/406, K.T.:30.1.2017., "…Bu durumda, soruşturma olurunda bulunmayan ve soruşturma esnasında disipline aykırı olduğu tespit edilen fiille ilgili olarak soruşturma onayı verecek makamın bilgilendirilmesi, sözü edilen makamca verilecek soruşturma oluru üzerine soruşturmanın davacının bu fiilini kapsar şekilde yürütülmesi … davacı dışındaki kişiler hakkında yapılan soruşturma sırasında tespit edilen fiil nedeniyle … ek disiplin soruşturma oluru alınmaksızın konunun incelenmesinde ve disiplin yönünden getirilen teklif doğrultusunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık… bulunmamaktadır…" Danıştay 12. Dairesi, E.2015/2720, K.2016/2608, K.T.:27.4.2016, Nakl. Çokkaş, 2019, s. 105.

[61] 5176 sayılı Kanun madde 1/1.

kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli kapsar."[62] Kurul, kamu görevlilerinin göreve dair etik davranış ilkelerini belirleyen yönetmelikler hazırlar. Etik davranış ilkelerinin ihlâl edilmesi durumunda re'sen veya başvuru üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yapar. [63] İhlal iddialarına ilişkin olarak, en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında Kurula başvurulabilir. Diğer kamu görevlilerinin ihlal iddiaları ise ilgili kurumun disiplin kurulları tarafından ele alınır. [64] Kurul'un yapacağı inceleme ve araştırma, etik davranış ilkelerinin ihlâl edilip edilmediğine yöneliktir. Kurul, vardığı neticeyi ilgililere, Cumhurbaşkanlığı'na, Çalışma Bakanlığına, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına yazılı olarak bildirir.[65] Görüldüğü üzere Kurul'un yetki alanı ilgili kurum hakkında hazırlanacak etik yönetmeliklere göre belirlenmektedir. Buna göre ne kadar çok sayıda kurum için etik yönetmelik hazırlanırsa Kurul'un yetki alanı o kadar genişleyecektir. Ayrıca mevzuat gereğince Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar, Türk Silahlı Kuvvetleri, yargı mensupları ve üniversiteler Kurulu' un yetki alanı dışında kalmaktadır. [66] Bu durumda Kurul' un yetki alanın geniş olduğu söylenemez. Öte yandan personel olarak Kurul'un inceleme alanı genel müdür ve eş değeri personellerle sınırlıdır. Yine bu durumda Kurul'un inceleme alanını oldukça daraltmaktadır. İncelemelerde varılan neticeler, sadece mevzuatta belirtilen makamlara sunulmakta olup bu yönüyle Kurul'un etkinliğinin zayıf olduğu söylenebilir. Nitekim 2008 yılından günümüze kadar Kurul'un, sitesinde paylaşıldığı kadarıyla 55 adet ihlal kararı verdiği[67], bununun da yıllık ortalama 4 ihlal kararına denk geldiği görülmektedir. Kurul kararlarının elektronik ortamda paylaşılıyor olması ise şeffaflık adına olumlu olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce Kurul'un daha etkin kılınması adına mevzuatta gerekli iyileştirmeler yapılmalıdır. Kamu yönetiminde kalitenin artması hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olacaktır.

E. YENİ BİR ÖNERİ: KAMU HARCAMALARI DENETİM KURULU (KHDK)

Kamu harcamalarının denetiminde yargının denetimi önemli olmakla birlikte harcama yapıldıktan sonra denetimin yapılıyor olması

[62] 5176 sayılı Kanun madde 1/2.

[63] 5176 sayılı Kanun madde 3.

[64] 5176 sayılı Kanun madde 4.

[65] 5176 sayılı Kanun madde 5/1-2. Çalışma Bakanlığı ayrı bir bakanlık haline gelmiştir.

[66] 5176 sayılı Kanun madde 1/3.

[67] www.etik.gov.tr/etik-ihlal-kararlari/ (s.e.t. 14.3.2022)

ve yerindelik denetiminin yine yargı mercilerince yapılamıyor olması denetimin etkinliği bakımından endişe uyandırmaktadır. İdarenin yargısal denetiminde esas gaye idarenin hukuka aykırılıklarını engellemek ve haksızlıkları gidermektir. Bu denetimde yargı, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.[68] Zaten Anayasa hükmü gereğince *"... idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez."* [69] Esasen idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Zira yargı ile yürütmenin altında yer alan idare, devletin farklı fonksiyonlarını teşkil ederler.[70] Bununla birlikte takdir yetkisi, idari işlem ve eylemlerin yapılmasında yani idarenin görevini ifası esnasında belirli ölçüde hareket serbestiyetine sahip olmasıdır.[71] İdare görevini ifa ederken yasaların öngördüğü çerçevede önüne konulan seçeneklerden birini tercih etme serbestisine sahiptir. Bu noktada yapılan tercih ve kamu harcaması bakımından yargı mercileri önünde bir yerindelik denetimi yapılamamaktadır. İşte çalışmamızda önermiş olduğumuz bahsi geçen Kurul'un en önemli özellikleri; yerindelik denetimi yapıyor olması, kamu harcamaları yapılmadan ön denetim yapıyor olması ve bağlayıcı kararlar alabilmesidir. Buna göre yargı denetiminde gerçekleştirilemeyen yerindelik denetimi, idari bir kurul aracılığıyla gerçekleştirilecektir. Bilindiği üzere kamu kurumlarının giderleri halkın vergileriyle finanse edilmektedir. O halde bunun denetiminde sonradan ve sadece hukukilik denetiminin yapılıyor olması yeterli olmayacaktır. Öte yandan Kurulun görev alanı belli harcama türleri, belli miktardaki harcamalar ya da belli kurumlarla sınırlandırılabilir. Aynı şekilde gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Kurul'dan izin alınmasına bazı istisnalar getirilebilir. Bu istisnalar yürütmenin siyasi takdir alanı yani yürütmenin icra kabiliyetini tamamen ortadan kaldırılmaması bakımından gerekli olacaktır. Yine bütçe hakkı, bütçenin doğru ve verimli kullanımını gerektirmektedir. Kamu harcamaları zaten Sayıştay'ın genel denetimine tabidir ve bu bütçe hakkının ihlali olarak düşünülemez. Burada önerilen ön-denetim mekanizmasıyla yapılan harcamaların hukuka uygun olmasının sonradan tespiti yerine daha baştan bunların denetiminin gerçekleştirilmesidir. Bu durum hukuk devleti ilkesi bağlamında şeffaflığa önemli katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte yapılan harcamaların Kurul'dan alınan izne uygun olup olmadığının denetimi ise Sayıştay tarafından yapılabilir. Bu konuda

---

[68] Ahmet Talha Tetik, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", C.25, S.2, 2017, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 255.

[69] Anayasa madde 125.

[70] Metin Günday, "1982 Anayasasına Göre, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, s.144.

[71] Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara 2006, s. 333.

ihlallerin olduğunun tespit edilmesi Sayıştay denetiminin genel sonuçlarına tabi kılınabilir.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi, günümüz toplumlarını ayakta tutan temel ilkelerden biridir. İnsanlar hukuka olan güvenleri sayesinde toplum içerisinde var olur ve geleceklerine dair planlar yaparlar. Toplumsal düzenin en temel koruyucu unsuru, yönetimin ya da yönetim sisteminin meşrutiyetine duyulan inançtır. Zira insanlar kendilerini güven içerisinde hissettikleri oranda toplumsal hayata ayak uydurabilir ve hukuk kurallarını içselleştirebilirler. Bir toplumda sadece hukuk kurallarının bulunuyor olması tek başına bir şey ifade etmez. Hukuk kurallarının özellikle devlet eliyle ihlali durumunda bunun hızla önlenmesi ve zararın hızla telafi edilmesi gerekir. Yani ihlalin tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması, bu mümkün değil ise ihlalin tazmin yoluyla giderimi gerekmektedir. Günümüzde yargı mercilerinin yanı sıra hızlı ve etkin çözümler alınabilecek idari denetim mekanizmaların oluşturulması kaliteli demokrasinin de bir gereği haline gelmiştir. Günümüz modern toplumlarında insan hakları standardının yükseltilmesinde idari denetim mekanizmalarının olumlu rolü yadsınamaz. Tük hukuku bakımından da son yirmi yılda sisteme kazandırılan denetim kurulları, denetimin boyutunu değiştirerek yargı haricinde alternatif koruma mekanizmaları haline gelmişlerdir. Ancak bu kurumların etkinliği tartışmalıdır. Bu kurumların etkin olup olmadıklarına karar vermek, yaptıkları incelemenin hukuki sonuçlarına bakmayı gerektirir. Bu inceleme yukarıda başlıklar halinde yapılmıştır. Netice olarak bu kurumların yetkilerinin sınırlarının dar olduğu, alınan kararların tavsiye seviyesinde kaldığı söylenebilir. Anayasacılık düşüncesinin temelinde sınırlı iktidar anlayışı yer alır. Bunu sağlamanın gereği de hukuk devleti ilkesine riayettir. Buna göre devlet, hukuk kurallarıyla bağlı olmalı, devletin tüm faaliyetleri hukukun sınırları içerisinde yer almalı, tüm iş ve işlemleri hukuka uygun olmalıdır.[72] Öte yandan idarenin hukukilik sınırının içerisinde kalması her zaman yapılan iş ya da işlemin verimli ya da kamu yararına dönük olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin kamu harcamalarının yapılışı bakımından hukukilik sınırının içerisinde yer alınıyor olması ile bunların gerekliliği bakımından uyumsuzluk yaşanabilir. Bu harcamaların yerindeliğinin denetlenmesi, takdir yetkisinin kullanımını önemli ölçüde denetim altına alacak, idarenin keyfi iş ve işlemlerinin denetimi ve önlenmesi sağlanacaktır. Anayasamız gereğince *"Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*

[72] Mustafa Erdoğan, Özgürlük, Hukuku ve Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018, s.27.

yerine getirir."[73] Anayasanın bu amir hükmünün yerine getirilmesinde hukuki sınırların aşılmaması kadar ihtiyaçların öncelik sırasının belirlenmesi de önem arz etmektedir. Buna göre devletin amaçlarına uygun öncelikleri belirlemesi, hukuken *"yerindelik denetimi yapma yasağına"* takılabilmektedir. O halde bu boşluğun idari bir denetim mekanizması tarafından doldurulması gerekmektedir. Yine yargı süreçlerinin uzunluğu ve etkinliği dikkate alındığında insan haklarının korunmasında idari kurullar oldukça önem kazanmaktadır. Ancak bu kurulların denetim süreçlerinin etkinliği, sahip oldukları yetkilerle ilişkilidir. Ülkemizdeki kurulların en önemli dezavantajı, idari soruşturma açma yetkilerinin olmamasıdır. Eğer bu yetki kendilerine tanınacak olursa insan haklarının korunması bakımından da kendilerine önemli bir imkân sunulmuş olacaktır.

[73] Anayasa madde 65.

KAYNAKÇA

Akarsu A, "Hukuk Devleti İlkesinin Dünya ve Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi", S.24, 2009, AYİM Dergisi, ss. 37-48.

Albayrak H, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi", S. 119, Aralık 2020, Sayıştay Dergisi, ss. 129-153.

Altıntaş H, "Hukuk Devleti İlkesinin İşlerliği Açısından Türk Kamu Yönetimi Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Bölgesel Sorunlar- Tehditler-Fırsatlar, A. Hamdi Aydın (Ed.), Seyhan Taş, Saniye Adıgüzel, Kahramanmaraş, 2008.

Atay C, "Devlet Denetleme Kurulu ve Kamu Denetçiliği Kurumu", C.10, 2012, Legal Hukuk Dergisi, s.18.

Balta T B, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Cin K E, "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri", S.32, 2016, Yasama Dergisi, ss. 21-40.

Creutzfeldt N/O'brien N/Nowicki M, "Ombudsmanlıklar Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi", Avrupa Konseyi, Ekim, 2021, ss. 49-53.

Çokkaş Y, "Dönüşen Yapısı İtibariyle Devlet Denetleme Kurulu", Mayıs, 2019, İzmir Barosu Dergisi, ss. 85-125.

Demirkol S, "Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması Ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı", s.78, www.dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13849 (s.e.t.11.03.2022)

Erdem A Y, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Devlet Denetleme Kurulu", C.35, S.2, 2016, Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.1-24.

Erdoğan M, Özgürlük, Hukuku ve Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018.

Efe H/Demirci M, "Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler", S.90, Temmuz-Eylül, 2013, Sayıştay Dergisi, s.49-72.

Eren A, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2018.

Gişi S, "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları İle Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", Y.2, S.2017/2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.1-42.

Gözübüyük Ş, Yönetim Hukuku, Ankara, 2006.

Gözübüyük Ş/Tan T, İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Gülener S, Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Günday M, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

Günday M, 1982 Anayasasına Göre, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991.

Işıkay M, "Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu", www.archiv.jura.uni saarland.de/turkish/MIsikay.html (s.e.t. 11.03.2022)

İkincioğulları F, "Hukuk Devleti", C.1, S.1, 1997, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 28-30.

Kağıtcıoğlu M, "Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak", C.7, S.14, 2018, Anayasa Hukuku Dergisi, ss.457-512.

Kamu Denetçiliği Kurumu, 2019 Yılı Faaliyet Raporu.

Kaplan O, "Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi", Y.7, S.13, Temmuz-Aralık 2020, Ombudsman Akademik, ss. 93-119.

Özcan M T, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", LXIV, S.2, 2006, İÜHFM, ss. 119-144.

Sancakdar O/Önüt L B/Doğan E U/Kasapoğlu T M/Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

Sobacı M Z/Miş N/Köseoğlu Ö, Türkiye'nin Yeni Yönetim Modeli ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı, Seta Perspektif, 2018.

Tetik A T, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", C.25, S.2, 2017, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 249-276.

TİHEK Yılı Faaliyet Raporu, 2019.

Ülgen P, "Ortaçağ Avrupa'sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış", S.1, 2010, Mukaddime, ss.1-17.

Ülgen İ H, Hukuk Devleti, Y.3, S.11, 1974, (Sempozyum Konuşması) Danıştay Dergisi, ss.4-10.

www.etik.gov.tr/etik-ihlal-kararlari/ (s.e.t. 14.3.2022)

BİREYSEL BAŞVURU YOLU: MİSYONU, VİZYONU VE UYGULANMASI

Remedy of Individual Application: Mission, Vision and Implementation

Doç. Dr. Recai AKYEL*

Öz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk iç hukukunda yer alan bireysel başvuru kurumunun sağlıklı anlaşılabilmesi açısından; öncelikle bireysel başvuru kurumunun tanımı, misyonu, vizyonu, kapsamı ve gelişimi anlatılmış; bunun yanı sıra, Türk hukuk sisteminde bireysel başvuru yolunun yer alışı, gelişimi ve günümüzdeki görünüşü sistematik bir boyutta ele alınmıştır. Bu genel bilgiler ışığında Türkiye'de uygulanmakta olan bireysel başvuru sistemi ile ilgili isabetli değerlendirmelerin yapılacağı ifade edilmiştir.

Bireysel başvuru yolunun, bireyin haklarını koruyan uluslararası mekanizmalar bağlamında konumunun belirlenmesinin önemli olduğu kabul edilmiştir. Günümüzde bireysel başvuru yolunun, Avrupa ülkelerinin bir kısmında, karşı karşıya kalınan ırkçılık, yabancı düşmanlığı, islamofobi gibi ayrımcılık düşüncelerinden kaynaklanan hak ihlallerine karşı bireylerin hak arama mücadelesinde etkin ve pozitif rolünün olabileceği vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Anayasa, Temel Hak ve Hürriyetler.

Abstract: For a better understanding of the individual application mechanism enshrined in the European Convention on Human Rights and Turkish domestic law, first of all, the definition of the individual application mechanism was made, as well as its mission, vision, scope and development were explained. In addition, introduction, development and current situation of the remedy of individual application in the Turkish legal system were discussed systematically. In the light of this general information, it was stated that accurate evaluations would be made regarding the implementation of the individual application system in Türkiye.

It was acknowledged that it was important to determine the position of the remedy of individual application in the context of international mechanisms protecting the rights of individuals. It was emphasized that the remedy of individual application might today have an effective and positive role in the fight against discriminatory practices such as racism, xenophobia and Islamophobia, which were occasionally encountered in most of the European countries.

Keywords: Council of Europe, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Individual Application, Constitution, Fundamental Rights and Freedoms.

* Anayasa Mahkemesi Üyesi, recai.akyel@anayasa.gov.tr, ORCİD: 0000-0003-2872-6017
Makale Geliş Tarihi: 04.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 18.05.2022

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk iç hukukunda yer alan bireysel başvuru kurumunun sağlıklı anlaşılabilmesi açısından; genel anlamda tanımı, misyonu, vizyonu, kapsamı ve gelişiminin takip edilmesi gerekmektedir. Bireysel başvuru yolunun bu genel çerçevesi içinde, Türk hukuk sisteminde bireysel başvuru yolunun yer alışı, gelişimi ve günümüzdeki görünüşü sistematik bir boyutta ele alınmalıdır. Bu genel bilgiler ışığında Türkiye'de bireysel başvuru sisteminin uygulanması ile ilgili isabetli değerlendirmelerde bulunulması mümkün olacaktır.

Öncelikli olarak, genel anlamıyla bireysel başvuru kurumunun; tanımı, misyonu, vizyonu, kapsamı ve genel yapısından bahsedilmiş, bu çerçevede gelişimi özetlenmiştir. Günümüzdeki bireysel başvurunun görünümünü ve geldiği noktayı daha iyi anlayabilmek için, bireysel başvurunun hangi koşullarda ve nasıl ortaya çıktığı bilinmelidir.

Bireysel başvuru yolunun; kurucusu ve asıl sahibi olan Avrupa Konseyi, düzenleyici metin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, denetleyici ve yargısal örgüt olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi kurumlar hakkında bilgilendirmelerde bulunulmuştur.

Bireysel başvuru kurumunun, bireyin haklarını koruyan uluslararası mekanizmalar bakımından konumu incelenmiş; bireysel başvuru kurumunun, uluslararası hukukun bölgesel bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, bireysel başvuru yolunun, Avrupa ülkelerinin çoğunda yaşanan yabancı düşmanlığı ve İslamofobi gibi ayrımcı uygulamalar ile mücadelede etkin ve pozitif rolünün olabileceği vurgulanmıştır.

Müteakiben ise, Türk hukuk sisteminde bireysel başvuru kurumunun yer alışı, gelişimi ve günümüzdeki görünüşü incelenmiştir. Türkiye'de bireysel başvuru sisteminin uygulanması ile ilgili bir kısım değerlendirmelerde bulunulduktan sonra, bazı önerilere yer verilmiştir.

I. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN TANIMI, MİSYONU, VİZYONU VE GELİŞİMİ

Yazının bu kısmında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Ek Protokollerde biçimlenen bireysel başvuru yolunun tanımına, misyonuna, vizyonuna, gelişimine ve ilgili kurumlarına yer verilmiş bulunmaktadır. Yazının bu kısmında verilen genel bilgilendirmeler, Türk hukukunda yer alan bireysel başvuru yolunun iyi anlaşılmasını da sağlayacaktır.

A. TANIMI, MİSYONU VE VİZYONU

Bireysel başvuru yolu; Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamaları ve buna dayalı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini kurmaları ve Mahkemenin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmeleri sonucu ortaya çıkan bir kurumdur. **Bireysel başvuru**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinde tanınan haklarının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilme hakkını ifade eder. Ayrıca taraf ülkeler, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.[1]

Bireysel başvuru yolunun misyonunu; ilk oluşum tarihi itibariyle, Avrupa Konseyinin kuruluş amaçlarının gerçekleşmesine katkı sağlamak olduğu şeklinde genel bir ifade olabilir. Bu çerçevede, günümüz itibariyle; insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek; azınlıklar, ırkçılık, hoşgörüsüzlük ve yabancı düşmanlığı, sosyal dışlanma, uyuşturucu madde ve çevre konularındaki sorunlara çözüm aramak; Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak olarak ifade etmek mümkündür.

Ülkeler, bir yandan demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayışa ve bu temel özgürlüklere bağlılıklarını ifade ederek, Evrensel Bildiri 'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda, bu Sözleşme içeriğindeki hususlarda anlaşmışlardır.

Sözleşme, Avrupa'nın İkinci Dünya Savaşında yüz yüze kaldığı ciddi insan hakları ihlallerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme'nin, yaşanan büyük çaplı insan hakları ihlallerine Batı Avrupa Devletlerinin dikkatini çekmesi ve bu ihlallerin ortadan kaldırılması için adım atılması yönünde bir uyarı hizmeti göreceği düşünülmüştür.

Bireysel başvurunun vizyonunu; Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri arasında güven ve iş birliği ortamı içinde ortak siyasal bir kültürü oluşturmak ve sürdürmek, olarak ifade edebiliriz. İkinci Dünya Savaşı öncesi ve esnasında büyük maddi ve manevi kayıpla çıkan Avrupa'da, ülkeler arasında uzlaşıyı sağlamak ve kıtada süregelen gerginlik ve çatışmanın yerine, ortak kurumlar, standartlar ve sözleşmelere dayalı güven ve iş birliği ortamı tesis etmek ve sürdürmek olarak özetlenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraflar açısından hukuki olarak bağlayıcı bir sözleşme formunu alan ve aynı zamanda ulusal düzeyde

[1] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.34.

hakların uygulanmasını denetleyen etkili bir koruma mekanizması oluşturarak uluslararası düzeyde insan haklarının uzun vadede ve ileriye dönük bir şekilde korunmasını amaçlamaktadır. Bireysel başvuru yolu ile Avrupa Konseyi kuruluş amaçlarının gerçekleşmesine katkı sağlamak istenmiştir.

B. GELİŞİMİ

Bireysel başvuru yolu, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamaları ve buna dayalı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini kurmaları ve Mahkemenin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmeleri sonucu ortaya çıkan bir kurumdur. Bu yüzden bireysel başvuru hakkının gelişim sürecini incelemek için Avrupa Konseyinden başlamak uygun olacaktır.

Avrupa Konseyi, İkinci Dünya Savaşı'ndan büyük maddi ve manevi kayıpla çıkan Avrupa'da, ülkeler arasında uzlaşıyı sağlamak ve kıtada süregelen gerginlik ve çatışmanın yerine, ortak kurumlar, standartlar ve sözleşmelere dayalı güven ve işbirliği ortamı tesis etmek amacıyla kurulmuştur. Avrupa Konseyi'ni kuran Londra Antlaşması 5 Mayıs 1949'da 10 Avrupa ülkesi tarafından imzalanmıştır.[2]

Avrupa Konseyi, savunma dışında, hayatın hemen her alanını kapsayan konularda siyasi iş birliğinin yanı sıra, norm oluşturma, bunları kodifiye etme ve denetleme olmak üzere, her aşamada, üye ülkeler arasında çeşitli düzlemlerde iş birliği öngören kapsamlı bir yapılanmaya sahiptir. Konsey, hükümetler arası kanat, parlamenter kanat ve bilahare oluşturulan yerel yönetim kanadı dışında, 200'ü aşkın sözleşme ile bir sözleşmeler sistemini de içerir. Keza, bütün taraf ülkelerin bireysel başvuru hakkını kabul ettiği yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başta olmak üzere, birçok denetim mekanizması bulunmaktadır.

Avrupa Konseyinin amaçları; insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek; azınlıklar, ırkçılık, hoşgörüsüzlük ve yabancı düşmanlığı, sosyal dışlanma, uyuşturucu madde ve çevre konularındaki sorunlara çözüm aramak; Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak olarak özetlenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS-Sözleşme) olarak bilinen **İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme,** Avrupa Konseyi üyesi ülkeler tarafından 04 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Bu sözleşmenin ortaya çıkmasının bir

[2] (http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa)

nedeni de, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin sorumluluklarını açıkça ve detaylı bir şekilde belirlemektir. Sözleşme, Avrupa'da insan hakları ve temel özgürlükler alanında yaşanmış ve yaşanmakta olan olumsuzluklara karşı bir tepki ve tedbir olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme, hem İkinci Dünya Savaşı sürecinde Avrupa'da yaşanan önemli insan hakları ihlallerine karşı bir tepkiydi, hem de İkinci Dünya Savaşından sonra demir perde arkasından Sovyetler Birliğinin Avrupa içlerine saldığı komünizme karşı bir duvar, savunma oluşturmaktı.[3] Bu sözleşme ile birlikte, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin açıkladığı hakların etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedef almışlardır. Avrupa Konseyi, bir yandan demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayışa ve bu temel özgürlüklere bağlılıklarını ifade ederek, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda, bu Sözleşme içeriğindeki hususlarda anlaşmışlardır. [4]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa'nın İkinci Dünya Savaşında yüz yüze kaldığı ciddi insan hakları ihlallerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme'nin, insan hakları ihlallerine karşı Batı Avrupa devletlerinde bir duyarlılık oluşturma ve bu ihlallerin ortadan kaldırılması için adım atılması yönünde etkisi olduğu kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir ulusal hukuk sisteminde bireysel başvuruları inceleme yetkisi ile donatılmış bir anayasa mahkemesinin oynadığı role benzer bir rol üstlenmesi ile Sözleşme giderek daha fazla oranda bir Avrupa haklar bildirgesi olma yolunda evrim geçirmektedir. Sözleşme, gelinen nokta itibarıyla, bölgesel ve evrensel olarak uygulanan uluslararası insan hakları sözleşmeleri ağının bir parçası olmuştur. [5]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel niteliği, insan hakları anlamında yargısal bir makam ve bir yaptırım gücü içermesidir. Sözleşme, taraflar açısından hukuki olarak bağlayıcı bir sözleşme formunu alan ve aynı zamanda ulusal düzeyde hakların uygulanmasını denetleyen bir sistem yaratarak uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasını amaçlayan ilk uluslararası belgedir.

---

[3] O'Boyle Harris and Warbrick, “Law of the European Convention on Human Rigths", OXFORD Press, UK.2018, s.3.

[4] AYM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ortak proje kapsamında basılmış kitap, 2019, s.5.

[5] O'Boyle Harris and Warbrick, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku”, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s.1-3.

Sözleşme ile Ek Protokollerin imza ve onaylanmalarına ilişkin son durum ile yapılan beyanlar ve konulan çekincelerin tam listesine ulaşmak ve istenildiğinde bilgi sahibi olmak mümkündür.[6]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyine bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş uluslararası bir Mahkemedir. AİHM, Avrupa Konseyinin 21 Ocak 1959 tarihinde, Roma'da yapılan toplantısında alınan bir karar ile kurulmuş olup, Strazburg'da teşkilatlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların ihlal edildiğini iddia eden bireysel veya devlet başvuruları hakkında hüküm verir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11. Ek Protokolle birlikte, 1998 yılından bu yana tam zamanlı çalışan bir Mahkeme statüsüne kavuşmuştur. Bireyler, doğrudan Mahkemeye başvurabilmektedirler.

Mahkeme, Sözleşme'yi onaylamış olan Avrupa Konseyine üye devlet sayısına eşit sayıda hâkimden oluşur. Bugün itibarıyla bu sayı 47'dir. Hâkimler, hiçbir devleti temsil etmeyip, Mahkemede kendi adlarına görev yaparlar. Başvuruların incelenmesinde Mahkemeye, özellikle üye devletlerin her birinden gelen hukukçulardan oluşan Yazı İsleri Müdürlüğü yardım eder. Hukukçular, geldikleri devletten tamamen bağımsız olup ne devletleri ne de başvurucuları temsil ederler. Günümüzde Sözleşme'yi onaylayan tüm Devletler, Mahkemenin bireysel başvuruları inceleme yetkisini otomatik olarak kabul etmekle yükümlüdürler.

Mahkeme tarafından verilen kararlar, ilgili ülkeler açısından bağlayıcıdır ve bu kararlar, hükümetlerin mevzuatlarını ve idari uygulamalarını pek çok alanda değiştirmelerine neden olmuştur. Mahkemenin kararları, Sözleşme'yi, yeni sorunları karşılamak ve Avrupa'da hukukun üstünlüğü ve demokrasiyi güçlendirmek için yaşayan güçlü bir araç yapmaktadır. Strazburg'da bulunan Mahkeme, Sözleşme'yi onaylayan 47 Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bireylerin Sözleşme'de düzenlenen haklarına yönelik ihlal iddialarını denetlemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının taraf devletler tarafından yerine getirilip getirilmediğine ilişkin denetim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yürütülmektedir. [7]

---

[6] (http://conventions.coe.int)

[7] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Sorular ve Cevaplar; AİHM Yazişleri Müdürlüğü Yayını; (http://www.echr.coe.int)

II. ULUSLARARASI ALANDA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAĞLAMINDA BİREYSEL BAŞVURU YOLU

A. İNSAN HAKLARININ KORUNMASI

Bireyin haklarının; ulusal düzeyde korunması çabalarının yanı sıra, uluslararası düzeyde de korunması hususunda çabalar olduğu görülmektedir. Uluslararası hukuk temelinde, uluslararası anlaşmalar ile kurulmuş organizasyonlar tarafından bireyin hakları korunmaktadır.

Ülkemizde bireyin haklarının korunması çabaları kapsamında; Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının yanı sıra, Kamu Denetçiliği Kurumuna, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna, TBMM Dilekçe Komisyonu ve TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna başvuru yöntemleri bulunmaktadır. Bunların yanı sıra, bu çabaları destekleyen ve bireylere yol gösteren ve bilgilendiren değişik oluşumlar da mevcuttur.[8]

Bireysel hakların küresel düzeyde, uluslararası anlaşmalar çerçevesinde korunması çabalarının temelini, Birleşmiş Milletler Teşkilatı düzenlemeleri oluşturmaktadır. Bu temel üzerinde değişik bölgesel oluşumlar hayata geçirilmiş bulunmaktadır. Bireysel başvuru kurumunun kaynağı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de Birleşmiş Milletler düzenlemeleri temeline oturtulmuş bulunmaktadır.

Bireyin ulusal hukuk öznesi olmasının yanında, uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlaması, yirminci yüzyılda insan hakları alanında yaşanan en önemli gelişmedir. İkinci dünya savaşının doğurduğu acı sonucun, insanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşün yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunlu görülmüştür. Bu yaklaşım, Birleşmiş Milletler Teşkilatının oluşumuna yol açmıştır. Birleşmiş Milletler Teşkilatının kurulmasından bu yana, **İnsan Hakları** uluslararası hukukun ana kavramlarından biri olmuştur.[9]

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması İkinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıkmıştır. Bundan önce, ulusal düzeyde kabul edilmiş bildiriler mevcuttur. İlk evrensel siyasal örgüt olan Milletler Cemiyeti Misakı, insan haklarının korunması konusunda kimi dolaylı hükümler içerse de açık kurallara yer vermemektedir. Bu kapsamdaki antlaşmalarda ortak olan bazı noktalar vardır; en başta, hepsinde yaşama hakkı ve dil, ırk veya din temeline dayanan hiçbir ayrıma

[8] (http://www.insanhaklarisavunuculari.org/basvurmekanizmalari/index.html)

[9] A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.4-5.

uğramaksızın dinsel inanç ve uygulama özgürlüğü garanti altına alınmaktadır. Taraf devletlerin vatandaşları, yasa önünde ve medeni ve siyasal haklar açısından eşit olacaklardır. Dinsel ve eğitim amaçları için örgütlenme özgürlüğü getirilmiştir. Bu hükümler Milletler Cemiyeti'nin garantisi altına konulmuştur ve Milletler Cemiyeti Konseyi'nin rızası olmadan değiştirilemez. Buradaki amaç, devletlerin bu hükümleri tek taraflı olarak değiştirmesinin engellenmesi ve uygulamasının sağlanmasıdır.[10]

İnsan haklarını evrensel ve bölgesel düzeyde korumak amacıyla kurulan mevcut koruma sistemlerinin hepsinin ortak kaynağı 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olup, çıkış noktaları insan haklarının evrenselliği idealini gerçekleştirmektir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne yalnızca Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen insan hakları sözleşmelerinin başlangıcında değil, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın başlangıç bölümlerinde de atıf yapılmıştır. İnsan haklarının korunmasının evrenselleştirilmesi sürecine yakından bakıldığında birçok uluslararası sözleşmenin bulunduğu, bu sözleşmelerin birbirinden farklı koruma sistemlerine sahip olduğu ve bu sözleşmelerde tanınan hakların farklı şekillerde formüle edildiği görülür.[11]

1945 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Şartı, insan haklarının uluslararası düzeyde tanınması ve korunması bakımından önemli bir dönüm noktası olmuştur. Gerek evrensel gerek bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin anlaşmalar ve koruma sistemleri Birleşmiş Milletler Şartı ile oluşan insan hakları rüzgarının etkisiyle ortaya çıkmıştır. Şart'ın önsözünde insan haklarının önemine ve korunması gereğine değinildikten sonra birinci maddesinde, insan haklarını ve temel özgürlüklerini ilerletmenin ve özendirmenin Birleşmiş Milletler Teşkilatının temel amaçlarından biri olduğu hükmüne yer verilerek insan haklarının uluslararası düzeyde korunması yönünde önemli bir adım atılmıştır.[11] [11] [12]

Belirli bir insan hakları anlayışına dayanan uluslararası düzeni amaçlayan bir sistem olarak Birleşmiş Milletler'in kuruluşunun hemen

---

[10] Ankara Üniversitesi, 2021, "İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Ulusal Düzeyde Korumadan Uluslararası Düzeyde Korumaya Geçiş", (https://acikders.ankara.edu.tr/course/view.php?)

[11] Betül Çatal, "İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar", 2018, C. 1, S.1, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, s. 69-99.

[12] Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin, Ankara, 2004, s.30.

ardından hazırlanarak ilan edilen Evrensel Bildirge'de barış, insan hakları ve adalet arasındaki ilgi çok daha açık bir şekilde kurulmuştur. Hatta insan haklarına öncelik verilerek, "*İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin doğal yapısındaki onuru ile eşit ve devredilmez haklarını tanımanın dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu*" bu hakları "*göz ardı etmenin ve hor görmenin, insanlığın vicdanında infial uyandıran barbarca eylemlere yol açtığı*" ve insanların en yüksek özleminin "*insanların korku ve yoksunluktan kurtulması, konuşma ve inanma özgürlüğüne sahip olacağı bir dünya*" olduğu dile getirilmiştir.[13]

Günümüzde bireysel haklar, uluslararası camianın ortak çıkarları olarak takip edilmektedir. Uluslararası hukukun ortak çıkarların korunmasına yönelik yeni yaklaşımında, uluslararası seviyede temin edilen insan haklarının rolü büyüktür. İnsan hakları alanındaki yeni gelişmeler sonucu, ortak değerlerin korunması adına uluslararası camianın kimi normları zorla icra etmesinden söz edilmektedir.[14]

Uluslararası hukuk, devlet ile kendi vatandaşları arasındaki ilişkiler alanına müdahalede bulunmakta ve bu ilişkilere uygulanmak üzere birtakım kurallar getirmektedir. Uluslararası hukuk, devletlere, kendi vatandaşlarına karşı ödev ve sorumluluklar yüklemekte ve buna uygun davranmadığı iddiasıyla ilgili olarak da kişilere uluslararası makamlar önünde denetim yolu imkânı sunmaktadır. Hiçbir devletin, insan hakları sorunlarının kendi iç egemenliğine girdiğini ileri süremeyeceği bir aşamaya gelinmiştir. Artık devletler, uluslararası alanda insan hakları normlarını kabul ettiklerini ve bunlara bağlı olduklarını ilan etmeye başlamışlardır. İnsan haklarının ihlal edildiği suçlaması artık uluslararası ilişkilerde yapılan en güçlü suçlamalar halini almıştır.[15]

B. KİŞİSEL BAŞVURU YOLLARI

İnsan haklarının korunması için hazırlanan evrensel belgelerin yanı sıra çok sayıda bölgesel insan hakları sistemi de geliştirilmiştir. Bu sistemler genellikle daha yüksek hak ve uygulama standartları sağlamaktadırlar. Bölgesel sistemlerin getirdiği avantaj, şikayetlerin daha etkin bir biçimde ele alınabilmesidir. Mahkemeler hem hukuken bağlayıcı karar hem de tazminat verebilmektedir. Bu sistemler, insan hakları hükümlerinin öncü davalar ile yorumlanıp netleştirilmesini

---

13 Çatal, 2018, s. 69-99.

14 Ayşe Füsun Arsava, "Uluslararası Hukuk Ve BM Teşkilatındaki Değişimler", (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155577)

15 Anayurt, 2004, s.28.

sağladıkları gibi, ulusal hukuk sistemlerinin de uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uygun hale getirilmesine yol açabilmektedirler.[16]

Birleşmiş Milletler Teşkilatı çerçevesindeki Sözleşmeler, bölgesel düzeyde kabul edilen insan hakları sözleşmeleri ve değişik organizasyonlar aracılığıyla getirilen kişisel başvuru yolu ile ilgili mevcut uygulamalardan bahsetmek faydalı olacaktır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde insan haklarının korunması temelinde kişisel başvuru yolları olarak; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde kişisel başvuru yolu, Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Hakkında Sözleşme'de kişisel başvuru yolu, İşkence ve Diğer Zalimane ve İnsanlık Dışı ve ya Küçültücü İşlem ve Cezalara Karşı Sözleşme'de kişisel başvuru yolu, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme'de kişisel başvuru yolu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonuna başvuru, uygulamalarını saymak mümkündür.[17]

Bölgesel sözleşmeler ile kurulan bireysel başvuru yolları olarak; Orta Amerika Adalet Mahkemesine kişisel başvuru yolu, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde bireysel başvuru yolu, Afrika insan ve halkların şartında kişisel başvuru yolu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel başvuru yolu, uygulamaları söylenebilir.[18] Ayrıca, bireyin haklarının korunması konusunda örgütlenmiş önemli uluslararası mekanizmaların makalenin konusu ile bağlantılı olmaları itibariyle aşağıda yer alması gerekli görülmüştür.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından insan hakları korumasının uluslararası boyutta güçlenmesi amacıyla kabul edilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletlerin adli bir organı olarak, Lahey'de bir mahkeme niteliğinde çalışmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, yada Bildirgesi, insan hakları ve temel özgürlükler açısından geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu belge, yalnız kişisel ve siyasal hakları içermekle kalmamış, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara da bünyesinde yer vermiştir.[19]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler tarafından 04 Kasım 1950 tarihinde Roma'da

---

16 Wolfgang Benedek, İnsan Haklarını Anlamak, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, s. 51.

17 Anayurt, 2004, s.27-44.

18 Anayurt, 2004, s.45-52.

19 Gözübüyük/Gölcüklü, 2016, s.6.

imzalanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi çerçevesinde faaliyet yürütmekte olup, Strazburg'da bir mahkeme niteliğinde çalışmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının korunması sorununu ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşımış; yani birey uluslararası hukukun süjesi (hak sahibi) haline gelmiştir.[20]

Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği çerçevesinde, 2000 yılında kabul edilmiş, insan hakları ve temel özgürlükler hakkında bir Avrupa Birliği metnidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği mevzuatı ve Avrupa Birliğini kuran anlaşmaların yorumu ve uygulaması hakkındaki kurallarla uyumu temin etmekle ilgilenen ve **Lüksemburg'da** bulunan bir Mahkemedir.

III. AVRUPA'DA YAŞAYAN YABANCILAR BAĞLAMINDA BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Avrupa ülkelerinin hukuku, genel olarak küresel uluslararası hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde oluşturulmuştur. Avrupa ülkelerinin toplum içinde dinin rolü ile ilgili yaklaşımlarının benzerliği, Avrupa Ülkeleri ortak din hukuku prensiplerini ortaya çıkarmıştır. Avrupa ülkelerinde, devlet ile dini kurumların/ kesimlerin işbirliği yaptığı model yaygındır. Dini özgürlüğün korunması ve din bakımından ayrımcılığın yasaklanması konusunda hükümet kurumları ile dini organizasyonlar arasında resmi veya gayri resmi işbirliği söz konusudur.[21]

Gerek uluslararası hukukta ve gerekse uluslararası hukuka uygun kabul edilmiş Avrupa ülkeleri anayasalarında temel insan hakları ve din özgürlüğü ile ilgili kurallar yer almaktadır. Ayrıca Avrupa demokrasilerinde çoğulculuk anlayışı, hoşgörü ve dini bakımdan tarafsızlık olduğu kabul edilmektedir.[22] Din ve inanç terimleri, insan hakları enstrümanlarında ve ayrımcılık ile mücadele düzenlemelerinde sıklıkla birlikte kullanılmaktadır. Bir temel insan hakkı olarak din özgürlüğünün anlamı; kişinin bir dine, inanca, düşünceye sahip olma veya değiştirme, kişinin inancını yalnız veya toplum içinde başkaları ile birlikte, uygulama, ibadet etme, öğretme ve gösterme, hakkına sahip olmasıdır.[23]

---

[20] Gözübüyük/Gölcüklü, 2016, s.11.

[21] Norman Doe,"Law and Religion in Europea", 2011, Oxford University Press, s.259-261.

[22] Renata Uitz, Freedom of Religion, Council of Europea Publishing, Belgium, 2007, s.9-22.

[23] Erica Howard, Law and the Wearing of Religious Symbols, Routledge Taylor & Francis Group, 2012, s.8.

Hukuki düzenlemeler yukarıda belirtildiği şekilde olmasına rağmen, Avrupa'da yer alan bazı ülkelerin kamu otoritelerinin, yabancı düşmanlığı ve ırkçılık düşüncesi kaynaklı eylem veya işlemler karşısında pozitif ve negatif yükümlülüklerini yerine getirmediklerine dair haberler basın ve medyada yer almaktadır. Avrupa ülkelerinde, demokrasi, hukuk devleti, insan temel hak ve hürriyetlerinin korunması ilkelerine aykırı bu tür davranışların sayısı gittikçe artmaktadır. Ülkelerin kamu otoriteleri, uluslararası hukuk, uluslararası anlaşmalar ve kendi anayasalarına aykırı bir şekilde ortaya çıkan yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve ayrımcılık düşüncelerinden kaynaklı hak ihlallerine yol açan işlem ve eylemler karşısında bazen yetersiz ve bazen de tepkisiz kalmaktadırlar.

Avrupa'daki gözlemlenen bu olumsuz durum ile ilgili araştırma, inceleme ve çalışmalar yapılmaktadır. Irkçılık ve insan hakları konusunda uzmanlaşmış çok sayıda yerel akademisyen, uzman ve sivil toplum aktivisti tarafından hazırlanan Avrupa İslamofobi Raporu, uzun süreden beridir yıllık düzeyde yayınlanmakta olup, güncel ve politik olarak önemli bir konuyu ele almaktadır. Raporda, Avrupa'da Müslüman karşıtı ırkçılığın yükselişini doğrudan veya dolaylı olarak destekleyen temel dinamikler ayrıntılı olarak araştırılmaktadır. Konunun boyutu, ulusal medyada yayılan İslamofobik açıklamalardan temel hakları kısıtlayan yasa ve politikalara kadar uzanmaktadır. Müslüman karşıtı söylemin, insan hakları, çok kültürlülük ve hukuk devleti üzerindeki etkisi tartışılmaktadır. Rapor, Avrupa toplumlarının, yalnızca Müslümanlara karşı nefreti vaaz etmekle kalmayan, aynı zamanda kanlı terör saldırılarının organizasyonuna katılan şiddetli aşırı sağ grupların yükselişiyle karşı karşıya kaldıkları riskleri de vurgulamaktadır.[24]

Avrupa'nın bir kısım ülkelerinde kamu kurumlarının faaliyetlerinde, Avrupa kökenli olmayan ve dışarıdan gelen, genelde Asyalı ve Afrikalılara karşı ırkçı ve ayrımcı yaklaşımlar ve davranışlar olduğu; Müslümanlara karşı ise din özgürlüğünü ihlal eden uygulamalarda bulunulduğu gözlenmektedir. Ayrıca, toplumsal düzeyde kişisel ve örgütlü olarak ırkçı, yabancı düşmanı, ayrımcı ve din özgürlüğünü ihlal eden davranışlara dayalı zarar vermelerin ve bu konudaki yakınma ve şikayetlerin yeterince karşılanmadığı çok sık rastlanır olmuştur. Bu tür bireyin temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden davranışlara karşı bireysel başvuru kurumu etkin bir yol olarak görünmektedir.

[24] Avrupa İslamofobi Raporu 2018, (https://www.islamophobiaeurope.com/wp- content/ uploads/2020/06/intro-eir-2019.pdf)

Avrupa ülkelerinde yaşayan Türklerin, bireysel haklarının korunması konularında aydınlatılması, bilinçlendirilmesi ve bireysel başvuru sürecinde hukuki desteğin sağlanarak; gerek yaşadıkları ülkenin iç hukuk yollarının bitirilmesi aşamasında, gerekse AİHM'e başvurusunun sağlanmasında ve sonuçlandırılmasına değin sürecin takip edilmesinde bir örgütlenmenin gerçekleştirilmesi gelinen noktada bir zorunluluk haline gelmiş bulunmaktadır.

İslam İşbirliği Teşkilatı, Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslümanlara yönelik uygulanan ayrımcı, yabancı düşmanı ve islamofobik politika ve uygulamalara karşı; bireysel başvuru yolunun kullanılması hususunda, bireylere yardımcı olunması için gerekli örgütlenmeyi gerçekleştirmelidir.

Avrupa ülkeleri, kendi ulusal makamlarına ve AİHM'ne karşı yapılan bireysel başvuruların sonuçlarının objektif amaçları nedeniyle, uygulamalarında daha dikkatli olmak zorunda kalacaklardır. Bu süreç yabancı kökenli bireylerin ve Müslümanların bireysel haklarının korunmasına olumlu katkı sağlayacaktır.

Yunanistan'ın Batı Trakya'da yaşayan soydaşlarımıza yönelik insan hak ve hürriyetlerini ihlal eden düzenleme ve uygulamalarına karşın hak ihlaline uğrayan soydaşlarımızın önce Yunanistan iç hukukunda ve devamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bireysel başvuru yolunun kullanılmasını etkinleştirmek için yol gösterici olmak faydalı olacaktır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA BİREYSEL BAŞVURU YOLU

A. GENEL OLARAK

Bireysel başvuru mekanizmasının Türkiye'deki uygulanışı çerçevesinde genel bir **tanımını** yapacak olur isek; **bireysel başvuru**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin birlikte güvence altına aldıkları temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin, kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali nedeniyle ihlal edildiği ve kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketildikten sonra başvurulan bir hak arama yoludur.[25]

Bireysel başvuru yolunun Türk hukukunda yer almasının ana dayanağı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin önce Avrupa Konseyine üyesi olması, müteakiben de sırasıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

[25] Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.15.

kararlarının bağlayıcılığını kabul etmesi ve Anayasa'da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınmasıdır. Bireysel başvuru yolunun anayasal dayanağını ise, Anayasa'nın 90. ve 148. maddelerinin bağlayıcı hükümleri oluşturmaktadır.

Bireysel başvuru mekanizmasının Türkiye'deki uygulanışı çerçevesinde **misyonunu**; temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen bireylerin uğramış oldukları mağduriyetlerinin karşılanması, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması hususunda katkı sağlanması şeklinde ifade etmek mümkündür.

2010 Anayasa değişikliği ile iç hukukumuzca da benimsenen bireysel başvuru hakkı ile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hakların ihlali iddiası ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınarak, Sözleşme ile Anayasa arasındaki ilişki kurulmuştur. Anayasa maddesi gerekçesi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yönteminin kabul edilmesi amaçları arasında Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınan davaların yoğunluğunu azaltmayı özellikle vurgulamaktadır. Söz konusu hüküm bireysel başvuru bakımından Sözleşme 'deki hakları esas alarak Sözleşme ile Anayasa arasındaki sıkı ilişkiyi vurgulamıştır.[26]

Bireysel başvuruya ilişkin; **a)** genel hükümler Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, **b)** usul ve esaslar ise 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da, **c)** uygulama ile ilgili teknik ve detay düzenlemeler ise, Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nde yer almış bulunmaktadır.

Bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesine yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru ile ilgili kararlarına karşı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapılabilmektedir. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan bireysel başvuruları değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarını dikkate almaktadır. Anayasa Mahkemesi, Avrupa'nın en eski mahkemelerinden biri olarak sahip olduğu deneyimlerle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin, hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin destekleyicisi ve koruyucusu olması niteliği ile bireysel başvuruları değerlendirme ve sonuçlandırma mercii olarak isabetli bir tercih olmuştur.[27]

---

[26] Sibel İnceoğlu (ed.), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme", Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s.7.

[27] Recai Akyel, "Actual Issues and Prospects of The Turkish Constitutional Justice", The İnternational Conference on the Occasion of the 25. Anniversary of the Constitutional

Bireysel başvuru mekanizmasının Türkiye'deki uygulanışı çerçevesinde **vizyonunu;** bir yandan, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlamak, diğer yandan ise, kamu organlarını, Anayasa'ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlamaktır. Böylece; bireysel başvurunun vizyonunu ülkede haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltmek, şeklinde anlamak mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin vermiş olduğu kararlar ile bireysel başvuru hakkında ihtiyaç duyulan başvuru bilgileri Anayasa Mahkemesinin resmi internet sitesinde yer almaktadır.[28] Söz konusu site bu konuda doyurucu bilgilere sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bireysel başvurular ile ilgili tüm kararları, Türkiye ve diğer üye ülkeleri ilgilendiren kararları, AİHM'in resmi internet sitesinde birden fazla değişik dillerde yayınlanmaktadır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvurunun nasıl yapılacağına dair bilgiler ile AİHM hakkında gerekli diğer bilgileri de bu siteden elde etmek mümkündür.[29]

B. GELİŞİM SÜRECİ

Bireysel başvuru yolunun Türk hukukunda yer almasının ana dayanağı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin önce Avrupa Konseyine üyesi olması, müteakiben de sırasıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını kabul etmesi ve iç hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanımasıdır.

Avrupa Konseyi, ülkemizin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'yla kurduğu ilk kurumsal bağı temsil etmektedir. Türkiye, Avrupa Konseyine, kuruluşundan üç ay sonra, Ağustos 1949'da davet edilmiş ve örgütün kurucu üyeleri arasında sayılmıştır. Türkiye, kuruluşundan bu yana Avrupa Konseyinin çalışmalarına katılarak, Avrupa entegrasyonuna yönelik katkılarını gerek hükümetler arası, gerek parlamenterler platformunda dile getirmektedir. Türk milletvekilleri, kurulduğu günden bu yana Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinde (AKPM) yer almıştır.

Bireysel başvuru yolunun tanınması sürecinin kronolojik gelişimini şöylece sıralamak olası görünmektedir. Türkiye Cumhuriyeti

---

Court of Mongolia, Constitutional Justice: Current Issues, Prospects Mongolia, 2017, s.152.

[28] (http://www.anayasa.gov.tr)

[29] (https://www.echr.coe.int)

Devleti; Avrupa Konseyine 13 Nisan 1950 tarihinde üye olmuş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 1954 yılında taraf olmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını 1987'de kabul etmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargılama yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir.

2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle de başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, kanunların üzerinde bir değer atfedilmiştir (Anayasa, 90. m.). Temel haklarla ilgili "evrensel ölçütlere" atıf yapan değişikliklerin son halkasını ise, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması oluşturmuştur.

Bireysel başvurunun uygulamaya geçirilmesiyle, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmıştır. Buna göre, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa'mızda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir.[30]

Bugün itibarıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, Anayasa'nın güvencesinde Anayasal bir kurum olup Anayasa'nın 90. ve 148. maddelerinin düzenlemeleri kapsamında bireylerin haklarının korunmasına katkı sunmaktadır.

C. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN KABULÜNÜN NEDENLERİ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulünün nedenlerini, Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan 07/05/2010 tarihli değişikliğin gerekçelerine bakıldığında, anlamak mümkündür.[31] Gerekçeleri sıralamak gerekirse;

a) Günümüzde temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir.

b) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 tarihli ve 6 sayılı Tavsiye Kararı'nda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerektiği, belirtilmiştir.

---

30 (http://www.anayasa.gov.tr)

31 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeli, Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2018, s.921.

c) Türkiye, zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını önceden kabul etmiş ve yine AİHM'in zorunlu yargılama yetkisini tanımıştır. Şimdi ise, iç hukukta bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile birlikte, AİHM'e gidecek Türkiye aleyhine başvuruların sayısında azaltma imkânı doğacaktır.

d) İç hukukta bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile birlikte; bir yandan, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, diğer yandan ise, kamu organlarını, Anayasa'ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Böylece; ülkede haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.

e) Yapılan yeni düzenleme ile bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi başvurular nedeniyle ağır iş yükü altında kalan AİHM tarafından, memnuniyetle karşılanmıştır. AİHM, her ülkenin insan hakları sorunlarını öncelikle kendi ülkesinde çözmesini istemektedir. Bireysel başvuru ise, bunu sağlamanın en etkili yoludur. Bireysel başvuru hakkının sağlanmasıyla ülkedeki hak arama yollarının etkinliği artırılmıştır.[32]

V. BİREYSEL BAŞVURUYU DÜZENLEYEN KURALLAR

Ülkemizde bireysel başvuru yolunun uygulanması ile ilgili kuralların yer aldığı temel metinleri; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokoller, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü oluşturmaktadır.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE EK PROTOKOLLER

Bireysel başvuru kurumu ile ilgili temel uluslararası düzenleme İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile daha sonra değişik tarihlerde ortaya çıkan Ek Protokollerdir. Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri tarafından 04 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe

[32] Sevap Yokuş, Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.32.

girmiş olan Sözleşme'yi, Türkiye 10/03/1954 tarihli bir Kanun ile onaylamış ve Sözleşme'ye taraf olmuştur. [33]

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni ve bu bildirinin açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedeflemiştir. Sözleşme'nin birinci bölümünde, hak ve özgürlükler tek tek sayılmış bulunmaktadır. Sözleşme'nin ikinci bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düzenlenmiştir. Sözleşme'nin üçüncü bölümünde, çeşitli hükümler yer almıştır. Sözleşme'ye, daha sonra değişik tarihlerde kabul edilen Ek Protokoller eklenmiştir.[34]

Sözleşme, devletlerarası başvurular ile bireysel başvurular konusuna yer vermiştir. Sözleşme'ye göre, Sözleşme'ye taraf bir devlet, bir başka devlete karşı, Sözleşme ve Ek Protokollerin hükümlerinin ihlali iddiası ile Mahkemeye başvurabilir. Sözleşme'ye göre, bu Sözleşme veya Protokollerinde tanınan haklarının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkemeye başvurabilir. Taraf ülkeler, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.[35]

B. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

1982 Anayasası'nın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinde, 7/5/2010 tarihli ve 5982/ 18 md. ile yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı benimsenmiş oldu.[36] Anayasa'da bireysel başvuru ile ilgili yer alan kurallar aşağıda gösterilmiştir.

1. Bireysel Başvuruları Karara Bağlayan Mercii Anayasa Mahkemesidir

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda

[33] Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.244.

[34] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,

[35] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 33 ve 34.

[36] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (http://www.resmigazete.gov.tr)

gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. **(m.148).**

2. Anayasa Mahkemesinin Çalışma ve Yargılama Usulü Anayasa'da Belirlenmiştir

Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanı'nın veya Başkan'ın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir. Bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır. Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir. Anayasa Mahkemesi işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir. **(m.149).**

3. Anayasa'ya göre, Anayasa Mahkemesinin Kararları Kesindir

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar **(m.153).**

C. KANUN

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar, 30/03/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (Kanun) düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun'da yer alan bireysel başvuru ile ilgili kurallara aşağıda işaret edilmiştir.

1. Bireysel Başvuru Hakkı

Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan

bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz **(m.45).** [37]

2. Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

Kanun'a göre, bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir. Kanun'a göre, kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. Kanun'a göre, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz **(m.46).**

3. Bireysel Başvuru Usulü

Bireysel başvurular, bu Kanun'da ve İçtüzük'te belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikleri vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir. Bireysel başvurular harca tabidir.

Başvuru dilekçesinde başvurucunun ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır. Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir.

Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurama- yanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.

Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvurucu veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve

[37] 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, (http://www.resmigazete.gov.tr)

geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir **(m.47).**

4. Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Şartları ve İncelenmesi

Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ilâ 47'nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir.

Mahkeme, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir. Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir. Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir. Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. **(m.48).**

5. Esas Hakkındaki İnceleme

Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır.

Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.

Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir. Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir.

Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hak- kındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzük'te hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır. Esas hakkında incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir **(m.49).**

6. Başvuru ile İlgili Verilen Kararların Niteliği

Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

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 hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzük'te gösterilir.

Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir (m. **50).**

7. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılmasının Müeyyidesi

Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvurucular aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir (m.**51).**

D. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTÜZÜĞÜ

Bireysel başvuruya ilişkin uygulama ile ilgili teknik ve detay düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde yer almış bulunmaktadır. 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 149'uncu maddesi ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında

Kanun'un 5'inci maddesine dayanılarak hazırlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde bireysel başvurunun yapılışı ile ilgili geniş ve detay düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yüzden İçtüzük içeriğine bu yazıda yer verilmemiş olup, İçtüzük'e ulaşımın adresi belirtilerek yetinilmiştir.[38]

Bireysel başvuruların İçtüzük ekinde örneği bulunan ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu kullanılarak Türkçe yapılması gerekmektedir. Başvuru formunda yer alması gereken hususlar İç- tüzük'te sayılmıştır. Bireysel başvuruların İçtüzük'te yer alan düzenlemelere uygun biçimde yapılıp yapılmadığı ilk inceleme aşamasında kontrol edilmektedir. Bu kapsamda bir eksiklik tespit edildiğinde başvurucu bilgilendirilmekte ve başvurucudan belirlenen eksiklikleri verilen kesin süre içinde tamamlaması istenmektedir.[39]

E. BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDAKİ HAKLAR

1. Anayasa ile Güvence Altına Alınan Haklardan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Ek Protokollerde Güvence Altına Alınmış Olan Haklar

Anayasa Mahkemesine yapılacak olan bireysel başvuruya konu olabilecek haklar, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde güvence altına alınan haklar olmalıdır. Aşağıda yer verilen bu haklar Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya konu haklar olarak uygulama bulmaktadırlar. Hakların ifade edilmesinde ve sıralamasında Anayasa'nın terimleri ve sıralaması dikkate alınmıştır. Söz konusu hakların tanımı ve açıklaması bu çalışmanın kapsamı dışında kabul edilmiştir.

Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar şunlardır: 1) Eşitlik ilkesi, 2) Yaşam hakkı, 3) Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, 4) İşkence ve kötü muamele yasağı, 5) Zorla çalıştırma ve angarya yasağı, 6) Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, 7) Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, 8) Haberleşme hürriyeti, 9) Din ve vicdan hürriyeti, 10) İfade özgürlüğü, 11) Bilim ve sanat hürriyeti, 12) Basın özgürlüğü, 13) Örgütlenme özgürlüğü, 14) Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı,15) Mülkiyet hakkı,16) Adil yargılanma

[38] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, (http://www.anayasa.gov.tr)

[39] Muharrem İlhan Koç/Mustafa Eyyub Demirbaş, Bireysel Başvuruda İdari İnceleme Aşaması, Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, AYM, Ankara, s.6.

hakkı, 17) Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, 18) Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, 19) Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 20) Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı, 21) Etkili başvuru hakkı, 22) Evlenme hakkı, 23) Eğitim hakkı, 24) Sendika hakkı, 25) Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı.

Adil yargılanma hakkının alt güvenceleri olarak da adlandırılan alt hak grubu bulunmaktadır. Bunları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür. 1) Aleni yargılanma hakkı, 2) Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, 3) Gerekçeli karar hakkı, 4) Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, 5) Kanuni hakim güvencesi, 6) Karar hakkı, 7) Kararların icrası hakkı, 8) Mahkemeye erişim hakkı, 9) Makul sürede yargılanma hakkı, 10) Masumiyet karinesi, 11) Müdafii yardımından yararlanma hakkı, 12) Savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı,13) Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri, 14) Suçu , isnadı öğrenme hakkı, 15) Tanık dinletme ve sorgulama hakkı, 16) Tercüman yardımından yararlanma hakkı,

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının alt güvenceleri olarak da adlandırılan alt hak grubu bulunmaktadır. Bunları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür. 1)Tutuklamanın hukuki olmaması, 2) Tutukluluk süresinin makul olmaması, 3) Sulh ceza hakimliklerinin yapısı, 4) Anayasa'da öngörülen güvencelerin yerine getirilmemesi, 5) Cumhuriyet başsavcılığının görüşünün bildirilmemesi, 6) Gözaltının hukuki olmaması, 7) Resen tutukluluk incelemesinin süresinde yapılmaması.

2. Anayasa'da Yer Almasına Rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Ek Protokollerde Güvence Altına Alınmayan Haklar

Anayasa'da haklar ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler, Sözleşme kapsamındaki haklar ve özgürlüklerden çok daha fazla ve detaylıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında, Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamındaki haklara ve özgürlüklere ilişkin inceleme ve değerlendirme yapma yetkisi ve görevine haizdir. Anayasa'da yer almasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve buna Ek Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde güvence altına alınmayan bazı haklar bulunmaktadır. Bunlar şunlardır: Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti (m.48), Çalışma Hakkı (m.49), İşe Uygun Adaletli Bir Ücret Elde Etme Hakkı (m.55), Sosyal Güvenlik Hakkı (m.60), Kamu Hizmetine Girme Hakkı gibi (70). [40]

[40] Yılmazoğlu, 2019, s.65.

F. BİREYSEL BAŞVURU KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesine ilişkin ilkelerin belirlenmesi ve somut başvurulara uygulanması hayati derecede önemlidir. Anayasa Mahkemesinin belirlediği ve uyguladığı bireysel başvuru kabul edilebilirlik kriterleri aşağıda sayılmıştır:[41]

Zaman bakımından yetki, Süre bakımından yetki, Yer bakımından yetki, Konu bakımından yetki, Kişi bakımından yetki, Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kriteri, Açıkça Dayanaktan Yoksun olmama Kriteri, Anayasal Önem Kriteri. Yapılan bireysel başvuruda bu kriterlerin bulunmaması halinde kabul edilemezlik kararı verilebilir.

Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması ile mükerrer başvuruda bulunulması durumunda başvurunun reddine karar verilebileceği gibi; başvurudan feragat edilmesi, başvurunun takipsiz bırakılması, mirasçılara geçmeyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddiasında bulunan başvurucunun başvurudan sonra vefat etmesi ve mirasçıların başvuruya devam etmemeleri halinde başvurunun düşmesine karar verilebilir.

Bireysel başvurunun idari inceleme aşamasında başvuru evrakları incelenir. Başvuru, başvuru formu ve ekleri idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra eksiklik yoksa, komisyonlara gönderilir.

Komisyon tarafından yapılan bireysel başvuruların ilk incelemesinde, kabul edilebilirlik kriterleri çerçevesinde, başvuru hakkında "kabul edilemezlik, başvurunun reddi veya başvurunun düşmesi" kararı verilebilmektedir. Anılan kararların verilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi açısından başvuru sonlandırılmış olmaktadır. Başvurucu isterse, Anayasa Mahkemesinin kararına karşı AİHM'e başvurabilir.

Komisyon tarafından yapılan bireysel başvuruların ilk incelemesinde, kabul edilebilirlik kriterleri çerçevesinde, başvuru hakkında "**kabul edilemezlik**, **başvurunun reddi** veya **başvurunun düşmesi**" kararı verilmemesi durumunda; "**kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılması**" için kabul edilebilirlik hususu karara bağlanmadan başvuru Bölüme gönderilmektedir.

[41] Muharrem İlhan Koç/Recep Kaplan, Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Rehberi, T.C. Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2017, s.1.

VI. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN UYGULANMASINDA İZLENEN SÜREÇ

Bireysel başvuru, belli aşamalardan oluşan bir süreç çerçevesinde gerçekleşmektedir.

A. Başvurunun Yapılması Aşaması: Bireysel başvuru yapıldığında, başvurucuya başvuru alındı belgesi verilir.

B. Ön İnceleme Aşaması: Bu aşamada başvuru evrakları incelenir. Başvuru, başvuru formu ve ekleri idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra, eksiklik yoksa komisyonlara gönderilir. Eksiklik varsa başvurucuya bildirilir ve onbeş gün içinde tamamlanması istenir. Başvurucunun, eksiklikleri kendisine verilen kesin süre içinde tamamlamaması üzerine, bireysel başvurunun, şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen sürelerde tamamlanmadığı hallerde, Komisyonlar Başraportörü tarafından **idari yönden reddine** dair karar verileceği öngörülmüştür. Başvurucu, bu idari ret kararına karşı itiraz da bulunabilir. Başvurucunun bu idari ret kararına karşı itirazı, komisyonlar tarafından itirazın kabulü veya itirazın reddi kararı ile sonuçlandırılır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66. maddesinin 3 numaralı fıkrasında bu durum düzenlenmiştir.

C. Komisyon Aşaması: Komisyon tarafından başvuru hakkında ya "kabul edilemezlik, başvurunun reddi veya başvurunun düşmesi" kararı verilir veya "kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılması" için kabul edilebilirlik hususu karara bağlanmadan başvurunun bölüme sevk edilmesi kararı verilir. Komisyonun "kabul edilemezlik, başvurunun reddi veya başvurunun düşmesi" kararı üzerine başvurucu, maddi hataya dayalı bireysel başvuru kararının düzeltilmesi talebinde bulunabilir. Aynı komisyon tarafından, başvurucunun tashih istemli dilekçesi çerçevesinde yeniden değerlendirme yapılır. Başvuru formunun ve tashih dilekçesinin incelenmesinde, başvuru hakkında verilen kararın temelinin maddi hataya dayandığı anlaşılırsa, bu nedenlerle başvurucunun tashih talebinin kabulüne karar verilir.

D. Bölüm Aşaması: Uygulamada bölüm tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesi birlikte yapılmaktadır. Bölümler tarafından "kabul edilemezlik, başvurunun reddi veya başvurunun düşmesi" kararı verilebilir veya başvurunun kabul edilebilir olduğu ve esastan incelenmesine geçilmesi kararı verilebilir. Esastan incelemede, hak ihlali olduğuna veya hak ihlali olmadığına dair karar verilebileceği gibi, Genel Kurul'a sevk kararı da verilebilir. Bölüm aşamasında da maddi hataya dayalı bireysel başvuru kararının düzeltilmesi talebinde bulunulabilir.

E. Genel Kurul: Genel Kurul tarafından "kabul edilemezlik, başvurunun reddi veya başvurunun düşmesi" kararı veya kabul edilebilirlik ve esastan incelenmesine geçilmesi kararı verilebilir. Bireysel başvurunun esastan incelenmesinde, hak ihlali veya hak ihlali olmadığına dair karar verilir.

F. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı: Haklarında karar verilen bireysel başvuru kararları, Başkanlık tarafından Anayasa Mahkemesinin sitesinde yayımlanır. Genel kurul kararları ile emsal nitelikte görülen bölüm kararları Resmî Gazete 'de yayımlanır, İlgililere tebliğ edilir ve ihlal kararları Adalet Bakanlığına gönderilir.

VII. BİREYSEL BAŞVURULARI ESASTAN İNCELEME USULÜ

Bireysel başvuruların esastan incelenmesinde, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesi hükümleri dikkate alınmaktadır. Maddeye göre; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahaleler, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe, hakkı ihlal edecektir. Bu sebeple, sınırlamaların veya müdahalelerin, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ilkelerine aykırı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Kısacası, kamu otoritelerinin bireyin hakkına müdahalelerinin, hak ihlali doğurup doğurmadığının tespitinde; a) Kanunilik, b) meşru amaç, c) demokratik toplum düzeninin gerekliliği, d) ölçülülük ilkeleri kullanılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Ölçülülük ilkesine göre müdahaleyi gerektiren tedbirin, amaca ulaşmaya elverişli, gerekli ve orantılı olması gerekir.

Elverişlilik, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; **Gereklilik**, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, **Orantılılık**, bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Savaş, seferberlik ve olağanüstü hal döneminde, bireysel başvuruların esastan incelenmesinde, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15. maddesi hükümleri dikkate alınmaktadır Kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahaleler, Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe, hakkı ihlal edecektir.

VIII. BİREYSEL BAŞVURUDA HAK İHLALİ KARARI VE SONUÇLARI

Bireysel başvuruya ilişkin esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da ihlal edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.

İhlal kararı verilmesi halinde, gerekli görüldüğü taktirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından ihlalin kaynağının belirlenmesi önem taşımaktadır.

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmesi gerekmektedir. Mümkün olduğunca eski hale getirmenin sağlanması yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin temin edilmesi gerekmektedir. Öncelikle ihlal devam ediyorsa durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için "yeniden yargılama yapmak" üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin Mehmet Doğan[42], Aligül Alkaya 2[43] ve Berberoğlu 3[44] kararlarında, esas inceleme neticesinde bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan

[42] (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

[43] (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

[44] (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

kaldırılacağının belirlenmesi hususunda temel/genel ilkelere yer verilmiştir.[45]

IX. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilecektir.

Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerin ortak koruma altına aldığı bir temel hak ve özgürlüğün kamu gücünün bir işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edildiğini ileri süren bireylerin öncelikle usulüne uygun bir şekilde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak bu yolu tüketmesi gerekmektedir. Başvuruculaların Anayasa Mahkemesindeki bireysel başvuru incelemesi neticesinde temel hak ve özgürlüğün ihlalinden doğan mağduriyetlerinin giderilmediğini düşünmeleri halinde, AİHS ve eki Protokoller'de öngörülen usul uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.[46]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Taraf Devletler tarafından yerine getirilip getirilmediğine ilişkin denetim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yürütülmektedir.[47]

X. BİREYSEL BAŞVURU SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bireysel başvuru yolunun farklı bakış açılarıyla değerlendirilecek boyutları ve hususları bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu yazı kapsamında aşağıdaki hususlarda değerlendirme yapılması ile yetinilmiştir. Ayrıca bireysel başvuru mekanizmasının işleyişi ve sonuçlarının gelişen süreçte bilimsel yöntem ve teknikler ile analizi de fayda getirecektir. Bireysel başvuru kurumunun kabulü ve uygulanmasının Türk kamu yönetimine, yasama, yürütme ve yargı organlarına, toplum yaşamına nasıl ve ne tür etkide bulunduğu ve ne tür değişimlere yol açtığı tespitine ve analizine dönük çalışmaların yapılmasında fayda görülmektedir.

---

45 Yılmazoğlu, 2019, s.121-125.

46 Yılmazoğlu, 2019, s.133-135.

47 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Sorular ve Cevaplar; AİHM Yazişleri Müdürlüğü Yayını; (http://www.echr.coe.int)

A. BİREYSEL BAŞVURU DİĞER HAK ARAMA YOLLARINDAN FARKLIDIR

Bireysel başvurunun esas amacı, temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvenceler temelinde hak ihlali iddialarının incelenmesi, ihlalin tespit edildiği durumlarda sonuçlarının giderilmesi ve bu yolla ileride gerçekleşmesi olası ihlallerin önlenmesidir. Temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvenceleri esas alan bu yaklaşımı nedeniyle bireysel başvuru, diğer hak arama yollarından daha farklı konumdadır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesinde bireylerin anayasal hakları ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin dava konusu olguları değerlendirmesine ve hukuku yorumlamasına müdahalede bulunmaz. Bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi halinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir hak arama yoludur. Diğer bir deyişle, bireysel başvuru, idari ve yargısal süreçlerde gerçekleşen tüm hukuka aykırılıkların giderilmesi için öngörülmüş bir hak arama yolu değildir.[48]

Bireysel başvuru yolunun bu niteliklerinin göz ardı edilmesi, yersiz başvuruların yapılmasına ve bu yersiz başvuruların da kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmasına yol açmaktadır. Sonuç itibarıyla, yersiz başvurular bir yandan bireyler açısından; maddi harcama, zaman kaybı ve hayal kırıklığına, üzüntülere; diğer yandan da Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırıcı rol oynamaktadır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ İHLAL KARARLARININ OBJEKTİF ETKİSİ BULUNMAKTADIR

Bireysel başvurunun asıl başarısının, ihlale yol açan yapısal sorunların çözülmesine bağlı olduğu bilinmelidir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarındaki, ihlalin giderimine ilişkin değerlendirmelerinin ilgili mercilerce dikkatli şekilde okunması ve uygulanması önemlidir. Eğer ihlalin kaynağının kurutulması, yeni ihlallerin engellenmesi isteniyorsa öncelikle Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında ne söylediğinin anlaşılması gerekmektedir. Mahkemeler, önlerindeki uyuşmazlıkları değerlendirirken, Anayasa Mahkemesinin verilmiş kararlarında vurgulanan ilkeleri gözönünde bulundurarak karar verebilir. Bu da yeni ihlalleri, dolayısıyla yeni bireysel başvuruları engeller. İhlalin yargı kararından değil de açıkça kanundan kaynaklanması halinde yeniden yargılama yapılması söz konusu olamayacağından, bu durumda ihlale neden olan kanun hükmünün kaldırılması veya değiştirilmesi amacıyla kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderildiği hatırlanmalıdır. İhlalin kanundan

[48] Yılmazoğlu, 2019, s.15-17.

kaynaklandığının tespit edilmesi halinde o kanunun değiştirilmesi veya kaldırılması gerekmektedir, aksi takdirde aynı kanunun uygulanmasının her geçen gün yeni ihlallere neden olacağı aşikârdır. Temel hak ve hürriyetlerin korunması konusunda devletin kurumları arasındaki işbirliğinin önemi büyüktür. Temel hakların korunmasının devlet kurumlarının ortak bir hedefi olduğu kabul edilmelidir. Bu hedefte başarılı olabilmek için kurumlar arası işbirliği anayasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.[49]

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarındaki anayasal yorumu, benzer dava ve olaylarda idareler ve mahkemeler tarafından dikkate alınmalıdır. Bu husus, ihlal kararlarının objektif etkisinin bir gereğidir. Bireysel başvurunun, ülkedeki tüm hak ihlali iddialarını karşılayacak, ihlalleri giderecek bir yol olmadığı bilinmektedir. Yargısal ve idari mercilerin Anayasa Mahkemesinin belirlediği ilkeleri, kriterleri, esasları dikkate alarak meseleleri çözüme kavuşturması gerekmektedir. Bireysel başvurunun nihai amacının, tek tek tüm hak ihlallerini gidermekten ziyade, yeni ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek olduğundan, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki ilkelerin, benzer olaylarda yeni başvuruların yapılması beklenmeden, tüm idari ve yargısal mercilerce dikkate alınmasını gerektirmektedir. İhlalin kanundan kaynaklandığı durumlarda ise yeni ihlalleri önlemenin yolunun, gerekli yasal değişikliklerin yapılması olduğu bilinmektedir. [50]

C. YARGININ SORUNLARININ TESPİTİNDE BİREYSEL BAŞVURU VERİLERİ ÖNEMLİDİR

Ülke genelinde tüm yargının sorunlarının tespitinde uygulanacak yöntemlerden biri olarak, bireysel başvuru veri analizlerinden yararlanmak hem mümkün hem de faydalı olabilmektedir.[51] Bireysel başvuru ile birlikte, Anayasa Mahkemesi, "halkın şikâyet duvarı" veya "vatandaşların mahkemesi" haline gelmiş bulunmaktadır. Vatandaşlar, Anayasa Mahkemesine şikâyetlerini bildirmek suretiyle, bir yönüyle yargının sorunlarını gündeme getirmiş olmaktadırlar. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin de bu şikâyetlere ilişkin cevap vermesi, yargı sorunlarının giderilmesine katkı sunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen kamusal olaylara ilişkin verdiği kararların gerekçeleri yoluyla kamu organlarına Anayasa'yı ve anayasal düzen tasvirini anlatması ve hakka nasıl saygı duyulacağına işaret

[49] Zühtü Arslan, 25.07. 2019 tarihli yeni üye yemin töreni konuşması.

[50] Zühtü Arslan, 20.06. 2020 tarihli yeni üye yemin töreni konuşması.

[51] Recai Akyel, "Stratejik Yargı Yönetimi", S.13, 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s.87.

etmesiyle kurumların kendilerine çeki düzen vermesini de sağlamaktadır.[52]

Yargının sorunlarının tespitine katkı sağlayacak nitelikte bireysel başvuru verilerinin kapsamlı, çeşitli ve değişik analizlerinin yapılması yolları geliştirilmelidir.

D. BİREYSEL BAŞVURU YOLU, BİREYLERİN HAKLARINI KORUMAKTADIR.

2010 Anayasa değişikliğiyle hukuk sistemine dâhil edilen Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu, Türk anayasa yargısında yapılan büyük reformların başında gelmektedir. Bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetler alanında standartların belirlenmesi ve yükseltilmesi bakımından önemli bir kazanımdır. Bireysel başvuru sayesinde bireyler hak ihlali iddialarını uluslararası yargı organlarına taşımadan ülkemiz sınırları içinde dile getirme ve giderim sağlama imkânına sahip olmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, edindiği tecrübesiyle yaşama hakkından adil yargılanma hakkına, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından ifade özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkından mülkiyet hakkına kadar bireysel başvuru kapsamındaki her hak ve özgürlükle ilgili ilke ve esasları belirlemiştir. Bu ilkelerin uygulanmasıyla da binlerce kişinin maruz kaldığı hak ihlalleri giderilmiş, bu suretle adalet talepleri karşılanmıştır.[53]

Bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla birlikte, Anayasa Mahkemesi, hak-eksenli yaklaşımla karar vermeye özen göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru yoluyla, temel hak ve hürriyetleri koruyarak anayasal adaleti sağlama görevini yerine getirirken aynı yaklaşım norm denetiminde de sürdürülmektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, her iki alanda da hak-eksenli yaklaşımla karar vermeye devam etmektedir. Hal böyle olunca, Anayasa Mahkemesi denetimine tabii kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin hazırlanmasında ve yürürlüğe konulmasında temel hak ve hürriyetlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ayrıca, kamu yönetiminin yapılandırılmasında temel hak ve hürriyetler göz önünde bulundurulmalıdır.

E. BİREYSEL BAŞVURUNUN İŞLEYİŞİ ETKİNLİK BAKIMINDAN GÖZDEN GEÇİRİLMELİDİR

Anayasa Mahkemesinin, gitgide artan başvuru sayısıyla başa çıkabilmek için baştan itibaren gerekli tedbirleri aldığını ve bu konuda

---

[52] Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, 2018, s.5-8.

[53] Zühtü Arslan, 25.07. 2019 tarihli yeni üye yemin töreni konuşması.

yoğun bir çaba gösterdiğini söylemek gerekir. Bununla birlikte geçen sürede edinilen tecrübenin, bireysel başvurunun işleyişine dair bazı değişikliklerin zorunlu hale geldiğini gösterdiğini kaydetmek gerekir. Bu kapsamda bazı hususlarda öneriler getirilmiş bulunmaktadır.

Eksiklik bildirimi sisteminin gözden geçirilmesi gerekmektedir, hatta kaldırılması düşünülebilir. İstisnalar öngörülebilir ama eksiklik bildirimi mahkemeye inanılmaz şekilde zaman, emek kaybettirmektedir.

Başvuruların anayasal önem ve kişisel bakımdan önem yönünden değerlendirilmesi kriterleri geliştirilmelidir. Önemsiz, fazla zarara uğranmamış bireysel başvuruları daha hızlı şekilde ayıklayabilmek ve mahkemenin zamanını, emeğini daha çok anayasal öneme sahip başvurulara ayırabilmesi için, bu kabul edilemezlik kriterini müstakil, tek başına bağımsız bir kriter olarak benimsemek gerekmektedir.

Uzun yargılama, yargı kararlarının icra edilmemesi, hükümlü ve tutukluların mektuplarının denetlenmesi gibi konuların Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan komisyona devredilmesine yönelik bir değişikliğin yapılması gerekmektedir.[54]

F. BİREYSEL BAŞVURU YOLU, KAMU MAKAMLARINI ETKİLEMEKTEDİR

Bireysel başvuru yolu, devletin çok sayıda parçalı kamu otoritelerinin eylem ve işlemlerini yerine getirirken, bu esnada da, bireylerin temel hak ve hürriyetlerin korunması ve ihlal edilmemeleri hususunda kamu kurumlarının daha duyarlı olmalarını sağlamaktadır.

Bireysel başvuru, ülke genelinde kamu otoritelerinin ve yargı organlarının bireysel temel hak ve hürriyetler ile ilgili tutum ve uygulamaları hakkında bilgi üretmektedir. Kanundan veya değişik nedenlerden kaynaklanan eksiklikleri ve yanlışlıkları ortaya koymaktadır.

Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulü, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin vatandaşlarına verdiği değeri göstermektedir. Bireysel başvuru, hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesini sağlamaktadır.

Devlet, Anayasa'daki düzenlemeler ile vatandaşlarının temel hak ve hürriyetlerini koruyacağını taahhüt etmekle birlikte, vatandaşlarının memnun kalmadıkları takdirde uluslararası bir yargıya başvurabilecekleri hakkını da tanımaktadır. Devlet böylece,

[54] Zühtü Arslan, 25.07.2019 tarihli yeni üye yemin töreni konuşması.

vatandaşlarının hak ve hürriyetlerini koruma ve kollama niyetinde ve kararlılığında olduğunu ilan etmiş bulunmaktadır.

Bireysel başvuru yolunun kabulü, Türkiye Cumhuriyeti'nin prestijini dış dünyada yükseltmektedir. Başta Avrupa ülkeleri olmak üzere modern dünyanın benimsediği insan temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve bunun uluslararası bir yargının denetimine açılması çok önemli bir göstergedir. Türkiye'deki bireysel başvuru sistemi gerek hukuki alt yapısı gerekse uygulamadaki başarısıyla AİHM tarafından da örnek olarak gösterilen bir sistemdir.

G. BİREYSEL BAŞVURUNUN SORUNSALLARI VE UYGULAMADA RİSKLERİ BULUNMAKTADIR

Her mesleğin, işin ve kamu hizmetinin sunumunda, işin ontolojisinden kaynaklanan sorunsalları, işin uygulanmasında karşılaşılan riskleri bulunmaktadır. Bireysel başvurunun sorunsalları ve riskleri tespit edilmeli ve bu hususlarda gerekli çalışmalar yapılmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında tek merci Anayasa Mahkemesi değildir. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında tüm devlet kurumlarının ve diğer kuruluşların da sorumluluğu bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında tek mercii olarak görülmemelidir.

Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların büyük kısmında kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Bu da göstermektedir ki Anayasa Mahkemesine çok sayıda kabul edilebilirlik koşulları taşımayan başvuru yapılmaktadır. Bireyler, hangi şartlarda bireysel başvuruda bulunacakları konusunda yeterli bilgiye sahip olmalıdırlar.

Bireysel başvuru, olağan kanun yolu olarak nitelendirilmemelidir. Anayasa Mahkemesinin, temyiz veya istinaf merci gibi hareket ederek başvuruları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Mahkemeye yapılan başvuruların büyük bir kısmı, kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmaktadır. Bu durum göstermektedir ki, bireysel başvuru, temyiz veya istinaf mercii gibi görülmekte ve Mahkemeye yapılan başvurular da temyiz veya istinaf merciine yapılan başvurular gibi yapılmaktadır. Oysa, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kendine özgü anayasal bir başvuru yolu olduğu, Anayasa ve 6216 sayılı Kanuna göre, kanun yolu incelemesi yapılmamaktadır.

Başvurucuların başvuru formlarını doldururken Anayasa Mahkemesinin inceleme yetkisi kapsamında olan bir hakka ilişkin ihlal iddiasında bulunması, o hakkının ne şekilde ve niçin ihlal edildiğini özü itibarıyla ortaya koyması beklenmektedir. Yani başvurular temellendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular üzerine verdiği hak ihlali ile ilgili kararlarının sübjektif ve objektif amaçlarının ve etkilerinin izlenmesi, değerlendirilmesi ve ölçümlenmesi faaliyetlerinin yeterince yapılması gerekmektedir.

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklar ile ilgili normatif düzenlemelerin yorumlanması, somutlaştırılması ve uygulanabilirliği ile ilgili farklı yaklaşımların ve yorumların olduğu bilinmelidir.

Çelişen haklar arasında adil/optimum bir dengenin kurulmasında yaklaşım ve yorum farklılıkları bulunmaktadır. Örneğin, özgürlük ve güvenlik arasında, fikir ve ifade özgürlüğü ile kişinin onur ve itibarının korunması arasında adil ve optimum bir dengenin kurulmasında farklı yorumlara, yaklaşımlara ve sonuçlara ulaşıldığına rastlanılmaktadır.

Orantılılık ölçütüne göre yapılan değerlendirmelerin yerindelik değerlendirmesine eşdeğer konuma düşme olasılığı bulunmaktadır. Bu yüzden bu tür değerlendirmeleri yapacak kişilerin konu ile ilgili yeterli yetkinlikleri olmalıdır. Zira, teknik ve uzmanlık alanlarında orantılılık testi yapılması oldukça risklidir. Bu yüzden bu konudaki isabetsiz değerlendirmeler, mağduriyetlere yol açacaktır.

Bireysel başvuru formunun doldurulması ve başvurunun süresinde yapılması sürecinin, bilgi ve deneyime dayalı hukuki uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, adli ve hukuki yardım almadan normal vatandaşın başvuruda bulunması ihtimali zor görünmektedir.

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sayısının giderek artması ve niteliksiz başvuruların çok olması başvuruların makul sürede sonuçlanmasını olumsuz yönde etkilemektedir. Başvuru sayısının fazlalığı, kararların kalitesini de olumsuz yönde etkilemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının tercümesinin yapılmasında, konu bağlamında okunmasında ve kararların doğru anlaşılmasında kalite ve isabetin niteliğinde sorunlar yaşandığı gözlenmektedir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ülkenin gerçeklerine, koşullarına ve kültürüne uygun düşmediği, ülkelere göre farklı kararların verildiği, değişik tutumların takınıldığı gibi değerlendirmeler zaman zaman yapılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının üye ülkelerin kamuoyunu yeterince ikna edici nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

Avrupa'da yaşayan yabancı kökenli bireylerin, dini ve etnik azınlığa mensup bireylerin bireysel başvurularında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, özgürlük ve haklar ile kamu düzeni arasındaki adil dengeleme hususunda, kamu düzeninden yana tavır koyduğu görülmektedir.

XI. ÜLKEMİZDEKİ BİREYSEL BAŞVURU DOSYALARININ ANALİZİ

Bireysel başvurunun amacının ülkedeki her bir hak ihlalini tek tek ele almak suretiyle gidermek olmadığı bilinmelidir. Esasen bu mümkün de değildir. Nitekim bireysel başvuru istatistikleri, bireysel başvuru sayısının, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin iş yükünün gitgide arttığını göstermektedir.[55] Bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren 31 Aralık 2020 tarihine kadar, toplam 295.038 başvuruda bulunulmuş; bu başvurudan 257.108 kadarı sonuçlandırılmış bulunmaktadır. Yapılan başvurular, %87,1 oranında karşılanmış bulunmaktadır. Toplam derdest başvuru 37.930 olup, toplam başvurunun %12,9'una tekabül etmektedir.[56]

Sonuçlandırılan 257.108 adet başvurunun karar türüne göre dağılımı şöyledir: Hak ihlali (14.027) ile %5,5, Hakkın ihlal edilmediği (738) ile %0,3, İdari ret (12.223) ile %4,8, Düşme, dosya kapatma, başvurunun reddi gibi diğer (1265) ile %0,5, Kabul edilemezlik (228.855) %89.[57]

Verilen ihlal kararlarının (14.273) hak ve özgürlüklere göre dağılımı şöyledir: Adil yargılanma hakkı(9.039) ile %63.3, Mülkiyet hakkı (2764) ile %19.4, İfade özgürlüğü (605) ile %4.2, Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı (442) ile %3.1, Kötü muamele yasağı (381) ile %2.7, Etkili başvuru hakkı(265) ile %1.9, Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (237) ile %1.7, Yaşam hakkı (128) ile %0.9, Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (123) ile %0.9, Ayrımcılık yasağı (111) ile %0.8, Örgütlenme özgürlüğü (68) ile %0.5, Maddi manevi varlığın korunması hakkı (53) ile %0.4, Masumiyet Karinesi (22) ile %0.2, Suç ve cezaların kanunilik ilkesi (14) ile %0.1, Din ve Vicdan özgürlüğü (8) ile %0.1, Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı (8) ile %0.1, Eğitim hakkı (3) ve Bireysel başvuru hakkı (2).[58]

Sonuçlandırılan başvuruların karar türüne göre dağılımında hak ihlali sayısı 14.027 olarak gösterilmiş iken, verilen ihlal kararlarının hak ve özgürlüklere dağılımında hak ihlali sayısı 14.273 olarak gösterilmiştir. Buradaki farklılaşmanın nedeni, bir başvuruda birden fazla hak veya özgürlüğün ihlal edildiğine karar verilebildiğinden dolayı, verilen ihlal kararlarının hak ve özgürlüklere göre dağılımında 14.273 ihlal kararı olduğu ifade edilmiştir. Üzerinden ihlal kararı verilen dosya sayısı

---

55 Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2019, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Nisan 2020, Ankara.

56 Bireysel Başvuru İstatistikleri, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı,

57 Bireysel Başvuru İstatistikleri, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı,

58 Bireysel Başvuru İstatistikleri, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı,

4.662, bu dosyalarla birleşen dosya sayısı 9.365 olup toplam 14.027 ihlal dosyası olduğu anlaşılmıştır.

SONUÇ

Bireysel başvuru yolu, Anayasanın 90. ve 148. maddelerinin düzenlemeleri kapsamında bireylerin haklarının korunmasına ve mağduriyetlerinin giderilmesine katkı sunmaktadır.

Bireysel başvuru yolunun tanımının, misyonunun ve vizyonunun doğru anlaşılması ve Avrupa Konseyi çerçevesinde bireysel başvuru yolunun var olma nedeni, amaçları, kapsamı ve gelişimi iyi bilinmelidir. Bu genel çerçeve içerisinde Türkiye'nin bireysel başvuru yolunu kabullenmesi süreci, uygulaması ve gelinen durum doğru değerlendirilmelidir.

Bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin Türkiye'ye kazandırdığı faydalar ile getirdiği sonuçlar, bilimsel teknikler ile analiz edilmelidir. Anayasa Mahkemesinin bir insan hakları mahkemesi sıfatıyla önüne gelen bireysel başvuruları, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında karara bağladığı hususuna amaçsal bir yaklaşımla bakılmalıdır.

Bireysel başvuru kurumunun sübjektif amacı doğrultusunda bireylerin hak mağduriyetlerinin giderilmesinin yanı sıra, bireysel başvuru kurumunun objektif amaçları doğrultusunda kamu otoriteleri ve yönetimi gerekli değişiklikleri ve yapılanmayı gerçekleştirmelidir. Tüm yapılanmalar ve uygulamalar bireyin hak ve hürriyetleri açısından gözden geçirilmelidir.

Avrupa'nın bazı ülkelerinde kamu kurumlarının faaliyetlerinde, eşitliğe aykırı, yabancı düşmanı ve ayrıştırıcı davranışlar olduğu gözlenmektedir. Ayrıca, toplumsal düzeyde kişisel ve örgütlü olarak ırkçı, yabancı düşmanı ve ayrımcı davranışlara dayalı zarar vermelerin ve bu konudaki yakınma ve şikayetlerin yeterince karşılanmadığına sık rastlanır olmuştur. Avrupa ülkelerinde bireyin temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden davranışlara karşı bireysel başvuru kurumu etkin bir yol olarak görülmelidir.

Avrupa ülkelerinde yaşayan Türklerin, bireysel haklarının korunması konularında aydınlatılması, bilinçlendirilmesi ve bireysel başvuru sürecinde hukuki desteğin sağlanarak; gerek yaşadıkları ülkenin iç hukuk yollarının bitirilmesi aşamasında, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurusunun sağlanmasına ve sonuçlandırılmasına değin sürecin takip edilmesi zorunlu haline gelmiştir. Ayrıca, İslam İşbirliği Teşkilatı, islamofobik duygulardan kaynaklanan hukuka aykırı uygulamalar ile mücadele kapsamında, Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslümanlara yönelik aydınlatıcı,

yardımcı ve koruyucu uygulamalarda bulunmalıdır. Bununla birlikte; Avrupa'da yaşayan yabancı kökenli bireylerin, dini ve etnik azınlığa mensup bireylerin bireysel başvurularında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, özgürlük ve haklar ile kamu düzeni arasındaki adil dengeleme hususunda, kamu düzeninden yana tavır koyduğu gerçeği hesaba katılmalıdır.

Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulü, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin vatandaşlarına verdiği değeri göstermektedir. Devlet, Anayasa'daki düzenlemeler ile vatandaşlarının temel hak ve hürriyetlerini koruyacağını taahhüt etmekle birlikte, vatandaşlarının memnun kalmadıkları takdirde uluslararası bir yargıya başvurabilecekleri hakkını da tanımaktadır. Devlet böylece, vatandaşlarının hak ve hürriyetlerini koruma ve kollama niyetinde ve kararlılığında olduğunu ilan etmiş bulunmaktadır.

Bireysel başvuru yolunun kabulü, Türkiye Cumhuriyeti'nin prestijini dış dünyada yükseltmektedir. Başta Avrupa ülkeleri olmak üzere modern dünyanın benimsediği insan temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve bunun uluslararası bir yargının denetimine açılması çok önemli bir göstergedir.

Bireyin temel hak ve hürriyetlerini koruyan, ihlal nedeni ile oluşan mağduriyetlerin giderilmesini sağlayan bireysel başvuru kurumunun ülkemizdeki işleyişi sürekli gözden geçirilerek gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Anayurt Ö, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin, Ankara, 2004.

Arsava A F, "Uluslararası Hukuk Ve BM Teşkilatındaki Değişimler", (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155577)

Ankara Üniversitesi, 'İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Ulusal Düzeyde Korumadan Uluslararası Düzeyde Korumaya Geçiş' 2020, (https://acikders.ankara.edu.tr/course/view.php?id=5365)

Avrupa İslamofobi Raporu 2018, (https://www.islamophobiaeurope. com/wp-content/uploads /2020/06/ intro- eir-2019.pdf)

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (30.03.2011 tarihli ve 6216 Sayılı), (http://www.resmigazete.gov.tr) Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, (http://www.anayasa.gov.tr) Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2019, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Nisan 2020, Ankara.

Avrupa Konseyi; (http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; (https://www.echr.coe.int)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Sorular ve Cevaplar; AİHM Yazişleri Müdürlüğü Yayını, (http://www.echr.coe.int)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AYM, 2019, ortak proje kapsamında basılmış kitap.

Akyel R, "Stratejik Yargı Yönetimi", 2019, S.13, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s.87.

Akyel R, "Actual Issues and Prospects of The TurkishConstitutional Justice", The International Conference on the occasion of the 25. Anniversary of the Constitutional Court of Mongolia, Constitutional Justice: Current Issues, Prospects, Mongolia, 2017, ss.152-166.

Arslan Z, 25.07. 2019 tarihli, yeni üye yemin töreni konuşması.

Benedek W, 'İnsan Haklarını Anlamak', Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014.

Bireysel Başvuru İstatistikleri, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, (http://www.anayasa.gov.tr)

Çatal B, 'İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar', 2018, C. 1, S.1, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, s. 69-99

Doe N, "Law and Religion in Europa", Oxford Universirt Press, 2011.

Görünüm, Anayasa Mahkemesi Aylık Faaliyet Dergisi, S.21, Ankara, Mayıs 2020,

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

Harris O'Boyle and Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

Harris, O'Boyle and Warbrick, "Law of the European Convention on Human Rigths", OXFORD Press, UK, 2018

Howard, E, Law and the Wearing of Religious Symbols, Rout- ledge Taylor & Francis Group, 2012.

(http://conventions.coe.int)

(http://www.anayasa.gov.tr)

(https://www.echr.coe.int)

İnceoğlu S (ed.), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme", Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

Koç M İ/Kaplan R, Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Rehberi, T.C. Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2017.

Koç M İ/Demirbaş M E, Bireysel Başvuruda İdari İnceleme Aşaması, Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, AYM, Ankara.

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Şirin T, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Avrupa Konseyi, 2018.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeli, Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2018.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (http://www.resmigazete.gov.tr)

Uitz R, Freedom of Religion, Council of Europa Publishing, Belgium, 2007.

Yılmazoğlu Y E, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Yokuş S, Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

(http://www.insanhaklarisavunuculari.org/basvurmekanizmalari/index.html)

DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE PARTİLİ CUMHURBAŞKANLIĞI

President with Party in the World and in Türkiye

Doç. Dr. Fatih KIRIŞIK*
Dr. Kübra ÖZTÜRK**

Öz: Partili Cumhurbaşkanlığı konusu Türkiye'de üzerinde tartışma olan konulardan biridir. Siyasal ve yönetsel sistemin iyi bir şekilde işlemesi için Cumhurbaşkanının sistemdeki hukuki ve fiili rolünün analiz edilmesi gereklidir. Teorik düzeyle sınırlı analiz konunun anlaşılması için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanlığı makamının Türkiye'de uygulanması süreci Cumhurbaşkanları açısından incelenmiştir. Uygulama düzeyinde yaşananlar, Anayasalarda ve diğer hukuk kurallarındaki Cumhurbaşkanı ile ilgili düzenlemelerle karşılaştırılmıştır.

Partili Cumhurbaşkanlığının daha iyi anlaşılması açısından dünyadaki uygulamaların tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmada dünyadaki uygulamalar, başkanlık, yarı başkanlık ve parlamenter sistem çeşitleri boyutunda incelenerek partili cumhurbaşkanlığı konusunda hükümet sistemleri veya ülkeler düzeyinde farklılığın varlığı analiz edilmektedir.

Çalışmada başkanlık, yarı başkanlık ve parlamenter sistem uygulanan ülkelerden onlu gruplar halinde seçilmiş ülkeler de cumhurbaşkanlarının siyasi parti ilişkisi incelenmiştir. Türkiye'de ise, Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze Cumhurbaşkanlarının siyasi parti ile ilişkisi analiz edilmiştir. Bu bağlamda siyasi parti üyesi olmamanın tarafsızlığı sağlayacağı varsayımının sağlıklı bir temele dayanmadığı tespiti yapılmıştır. Diğer taraftan cumhurbaşkanı ve başbakan şeklinde iki ana aktör arasında paylaşılan yürütme organının işleyişinde sorunlar yaşandığı görülmektedir. Tek aktörlü yürütme organına sahip olan cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, cumhurbaşkanının siyasi parti ile ilişkisini hukuken sürdürmesi eleştirilmektedir. Ancak kamu politikalarını uygulayacak cumhurbaşkanının, başarılı olabilmesi için yasama desteğine sahip olması gereklidir. Yasama desteği için siyasi parti ile ilişkisini sürdürmesi zorunlu görülmektedir.

Anahtar kelimeler: Cumhurbaşkanı, partili Cumhurbaşkanlığı, tarafsızlık, başkanlık sistemi, yarı başkanlık sistemi, parlamenter sistem.

Abstract: The issue of a president with party is one of the issues that has been discussed in Türkiye. In order for the political and managerial system to function well, it is necessary to analyze the legal and actual role of the President in the system. Analysis limited to the theoretical level is not enough to understand the topic. Therefore, the process of implementing the Presidential office in Türkiye has been studied from the point of view of Presidents. What happened at the level of practice was compared with the regulations on the President in the Constitutions and other rules of law.

It is of great importance to determine the practices in the world in order to better understand the president with party. For this reason, in the study, the practices in the world are examined in the dimension of presidential, semi-presidential and parliamentary system types and the existence of differences at the level of government systems or countries is analyzed about the president with party.

In the study, the relationship between the presidents of the political parties of the countries elected in groups of ten from the countries where the presidential, semi-presidential and parliamentary systems are applied was examined. In Türkiye, the relationship of presidents with the political party from the foundation of the Republic to the present has been analyzed. In this context, it has been determined that the assumption that not being a member of a political party will ensure impartiality is not based on a healthy basis. On the other hand, it is Dec that there are problems in the functioning of the executive branch, which is shared between the two main actors in the form of the president and the prime minister. In the presidential system of government, which has a single-actor executive branch, the legal maintenance of the president's relationship with the political party is criticized. But the president, who will implement public policies, must have legislative support in order to succeed. For legislative support, it is considered necessary to maintain its relationship with the political party.

Keywords: President, president with party, impartiality, presidential system, semi-presidential system, the parliamentary system.

* Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, fatih.kirisik@dpu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9663-7502.

** kubraozturk.kdpu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7554-0202.

Makale Geliş Tarihi: 24.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 02.06.2022

GİRİŞ

Devlet kuvvetlerinin kurulması ve işleyişi, hükümet sistemleri kapsamında modellemesi yapılan temel konulardan biridir. Yasama, yürütme ve yargının nasıl kurulacağı, bu yetkileri kullanacak makamların neler olacağı, kuvvetler arasında ve kuvvetler içindeki ilişkiler ve işleyiş genel hatlarıyla hükümet sistemleri kapsamında modellenmektedir. Ancak aynı hükümet sistemi kapsamında dünya ülkelerinde farklı uygulamalar yapılabildiği de görülmektedir. Dolayısıyla hükümet sistemi modellemeleri, ülkelerin kendi özelliklerine göre değişiklikler yapabilme olanağı da sunmaktadır. Dünyada bu kapsamda yaygın olarak uygulanan, başkanlık sistemi, yarı başkanlık sistemi ve parlamenter sistem şeklinde üç temel hükümet sistemi bulunmaktadır. Bu hükümet sistemleri kuvvetler ayrılığına dayanan temel kuramsal yapı üzerinde tasarlanmıştır. Hükümet sistemlerinden başkanlık sistemi sert kuvvetler ayrılığı temelinde, parlamenter sistem ise yumuşak kuvvetler ayrılığı temelinde kurgulanmıştır. Yarı başkanlık sisteminde ise bu iki sistemin kimi özelliklerinin alınarak birleştirilmesi suretiyle yeni bir sistem kurgusu oluşturulmuştur. Hükümet sistemlerinin tasarlanmasında ana problemlerden biri, kuvvetlerin kendi içerisinde nasıl düzenleneceği ile ilgilidir. Yasama, yürütme ve yargının kendi içerisinde düzenlenmesi sistem tasarımının en önemli iki unsurundan biridir. Yasama faaliyetini yürütecek parlamentonun tek ya da çift olması, yürütme faaliyetini yürütecek aktörlerin tek ya da birden fazla olması ve yargı faaliyetini yürütecek yargı örgütlenmesinin oluşturulması, kuvvetler içerisinde örgütsel yapının en önemli inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini yürütecek kurum/aktör sayısının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Yargı faaliyetinde, kurum/aktör sayısının tek yargı kolunda toplandığı anglo sakson/anglo amerikan yargı sistemi ile birden fazla kurum/aktör arasında dağıtıldığı kıta Avrupası yargı sistemi, iki yaygın model olarak dikkati çekmektedir.

Yasama faaliyetinde, kurum/aktör sayısının tek parlamentoda toplandığı veya birden fazla parlamento arasında dağıtıldığı ülke örnekleri bulunmaktadır.

Yürütme faaliyeti açısından ise, başkanlık sisteminde tek aktörlü yürütme bulunurken, yarı başkanlık ve parlamenter sistemde ise iki aktörlü yürütme örgütlenmesi bulunmaktadır. Yürütme kuvvetindeki iki aktörlü örgütlenme modelinin, aktörler arası ilişkilerde çeşitli sorunlara yol açtığı görülmektedir. Sorun yaşanmayan iki aktörlü yürütme örgütlenmelerinde aktörlerden birinin etkisiz kaldığı, gücü elinde toplayan asıl aktörün yürütme kuvvetinde çok daha etkili olduğu görülmektedir. Ancak yine de bürokratik sistem üzerinde tam yönetsel kontrol sağlanması mümkün olmamaktadır. Bu durum ise bürokrasinin kısmen özerk hareket etmesine yol açarak yönetim içerisindeki birlik ve uyumu bozmaktadır.

Türkiye'de uzun süre parlamenter sistem uygulanmıştır. Parlamenter sistemde özellikle yürütme organı içerisinde Cumhurbaşkanı-Başbakan arasında yaşanan sorunlar, tek başlı yürütme örgütlenmesi taleplerini beraberinde getirmiştir. Parlamenter sistemdeki partisiz Cumhurbaşkanı, partili başbakan şeklinde çift aktörlü model yerine tek aktörlü yürütme modeline geçildiğinde, bu aktörün siyasi parti ile ilişkisi problemi ortaya çıkmaktadır. Partili olmayan aktörün yürütmenin işleyişinde yetersiz kalacağı değerlendirilmektedir. Bu nedenle partili olması gerektiği kuralı, dünya ülkelerinde benimsenmiştir.

Türkiye'de de 1924 Anayasasından 1961 Anayasasına kadar partili cumhurbaşkanlığına olanak tanınmıştır. 1924 Anayasasından sonra seçilen cumhurbaşkanları aynı zamanda parti genel başkanlığı da yapabilmişlerdir. Partili cumhurbaşkanı olamayacağına dair ilk düzenleme 1961 Anayasasıyla getirilmiş ve bu husus 1982 Anayasasıyla da devam ettirilmiştir. Ancak, Cumhurbaşkanının partisiyle ilişiğinin kesileceği düzenlenmiş bulunsa da seçilen Cumhurbaşkanları uygulamada partisiyle ilişkisini sürdürmüştür. Türkiye'de yapılan 16 Nisan 2017 referandumuyla Türk tipi başkanlık sistemi olarak da adlandırılan ve kendine özgü bazı farklı yönleri bulunan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. 1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının partisiyle ilişiği kesilir hükmü kaldırılmıştır.

Çalışmada yukarıda bahsedilen genel çerçeve içerisinde Cumhurbaşkanın partili olması hususu, başkanlık, yarı başkanlık ve parlamenter sistem kapsamında çeşitli ülkeler düzeyinde analiz edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan günümüze partili cumhurbaşkanlığı 1921 Anayasası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası, 1982 Anayasası ve 1982 Anayasasında yapılan 2017 değişiklikleri kapsamında incelenmektedir. 2017 değişiklikleri ile kabul edilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile getirilen tek aktörlü yürütme örgütlenmesinde, Cumhurbaşkanının siyasi parti ile ilişkisine yönelik eleştiriler incelenirken, sistemin işleyişi açısından Cumhurbaşkanının siyasi parti ile ilişkisinin nasıl olması gerektiği analiz edilmektedir.

I. BAŞKANLIK, YARI BAŞKANLIK VE PARLAMENTER HÜKÜMET SİSTEMLERİNDE CUMHURBAŞKANI\BAŞKANIN SİYASİ PARTİ İLE İLİŞKİSİ

Başkanlık sistemlerinde devlet başkanlarının siyasi partiye üye olmaları hususunda bir engel bulunmamaktadır. ABD'de başkanlar, geçmişten günümüze üye oldukları siyasi partide başkanlık görevleriyle aynı anda siyasi parti genel başkanlığı görevini üstlenmemişlerdir. Hatta başkanlar, göreve gelmeden de siyasi parti başkanlığı yapmamışlardır. ABD'de siyasi partinin genel başkanlığı başkandan farklı ve genelde

düşük profilli bir siyasetçi tarafından yerine getirilmektedir.[1] ABD'de siyasi parti genel başkanları devlet başkanlığına aday gösterilmemektedir.

Başkanlık sistemi uygulayan bütün ülkelerde devlet başkanları siyasi parti üyesidirler. ABD başta olmak üzere başkanlık sistemlerindeki devlet başkanları resmi olarak bağlı olduğu siyasi partide örgütsel bir işlev ya da makam sahibi olmasa da partisinin tartışmasız lideri, ülkenin ve partisinin gündemini belirleyen kişi konumunda bulunmaktadır.[2]

Brezilya'da başkanın üyesi olduğu partisi üzerinde ciddi bir etkisi bulunmaktadır[3]. Brezilya ve Meksika'da başkanlar resmi olarak aynı zamanda partilerinin genel başkanlık görevini yürütmemişlerdir. Ancak geçmişte genel başkanlık görevini yürütüp sonrasında devlet başkanlığına seçilen parti liderleri bulunmaktadır.[4] Bütün demokratik başkanlık sistemlerinde 1945-2007 dönemi incelendiğinde göreve gelen 151 devlet başkanının %19'u başkan olmadan önce bir siyasi partide liderlik, %27'si milletvekili ya da senatör, %12'si bakan pozisyonunda bulunmuştur.[5]

Başkanın siyasi parti ile ilişkisinin değerlendirilmesi açısından Başkanlık sistemlerinde cumhurbaşkanı/başkan-siyasi parti ilişkisi temel 10 ülke esas alınarak analiz edilmiştir.

Tablo 1: Başkanlık Sistemlerinde Başkan-Siyasi Parti İlişkisi

	SİYASİ PARTİ BAŞKANI	**SİYASİ PARTİ ÜYESİ**	**SİYASİ PARTİ İLE İLİŞİKSİZ**
ABD		Siyasi parti üyesi	
Arjantin	Siyasi parti başkanı		
Azerbaycan	Siyasi parti başkanı		
Brezilya		Siyasi parti üyesi	
Bolivya	Siyasi parti başkanı		

[1] Erkut M Ayvaz, "Devlet Başkanı ve Siyasi Parti İlişkisi Üzerine", S.91-92, 2018, Liberal Düşünce Dergisi, s.121.

[2] Nebi Miş/Ali Aslan/Erkut Ayvaz vd., "Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları", (https://setav.org/assets/uploads/2016/05/dunyada-baskanlik-sistemi-uygulamalari-pdf.pdf), (s.e.t: 15.04.2022).

[3] Nebi Miş/Ali Aslan/Erkut Ayvaz vd., 2016, s.62.

[4] David J. Samuels vd., Presidents, Parties and Prime Ministers, New York, Cambridge University Press, 2010, s.66 (Aktaran: Ayvaz, 2018, s.122).

[5] Samuels vd., 2010, s.74'ten akt. Ayvaz, 2018, s.122.

Ekvador		Siyasi parti üyesi	
Güney Kore		Siyasi parti üyesi	
Kolombiya		Siyasi parti üyesi	
Meksika		Siyasi parti üyesi	
Venezuela	Siyasi parti başkanı		

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere başkanlık sistemlerinde, başkanın partisi ile ilişkisini sürdürmesi usulü benimsenmiştir. Bu durum, başkanın parlamento desteğine ihtiyaç duymasının bir sonucu olarak görülebilir. Çünkü yasama-yürütme uyumu yönetimin kamu politikalarını sağlıklı bir şekilde oluşturması ve yürütmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Yarı başkanlık sistemlerinde ise, devlet başkanlarının siyasi partisiyle ilişkisini kısıtlayan yasal engeller yoktur. Hatta devlet başkanlarının siyasi parti üyesi olması sistemin işleyişi açısından işlevsel ve önemlidir.[6] Nitekim Fransa'da devlet başkanları gayriresmi olarak sürdürmüş oldukları parti liderliklerinin yanı sıra devlet başkanlığı görevine gelmeden önce parti genel başkanlığı ya da parti genel sekreterliği görevlerinde bulunmuşlardır. Örneğin UDR (Cumhuriyet İçin Demokratlar Birliği) partisinin kurulduğu 1958 yılından, 1968 yılına kadar Charles de Gaulle partinin liderlik görevini yürütmüştür. Söz konusu süre içerisinde parti genel sekreterleri değişmiş, ancak de Gaulle parti genel başkanlığını devlet başkanlığı makamının yanı sıra fiilen sürdürmüştür.[7] Fransa'nın mevcut devlet başkanı Emmanuel Macron, LREM (Yürüyen Cumhuriyet Partisi) üyesidir. Partinin tartışmasız ve tek fiili lideri devlet başkanı Macron'dur.[8]

Başkanın siyasi parti ile ilişkisinin değerlendirilmesi açısından yarı başkanlık sistemlerinde cumhurbaşkanı/başkan-siyasi parti ilişkisi temel 10 ülke esas alınarak analiz edilmiştir.

6 Ayvaz, 2018, s.126-127.

7 Ayvaz, 2018, s.131.

8 Ayvaz, 2018, s.132-133.

Tablo 2: Yarı Başkanlık Sistemlerinde Başkan-Siyasi Parti İlişkisi

	SİYASİ PARTİ BAŞKANI	**SİYASİ PARTİ ÜYESİ**	**SİYASİ PARTİ İLE İLİŞİKSİZ**
Avusturya			Siyasi parti ile ilişiksiz
Finlandiya			Siyasi parti ile ilişiksiz
Fransa		Siyasi parti üyesi	
İrlanda		Siyasi parti üyesi	
İzlanda			Siyasi parti ile ilişiksiz
Litvanya			Siyasi parti ile ilişiksiz
Polonya		Siyasi parti üyesi	
Portekiz			Siyasi parti ile ilişiksiz
Ukrayna		Siyasi parti üyesi	
Rusya		Siyasi parti üyesi	

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere yarı başkanlık sistemlerinde başkanın siyasi partisiyle ilişkisi ülke örneklerine göre farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde başkanın siyasi parti üyeliği bulunmakta, bazı ülkelerde başkanın siyasi parti ilişkisi bulunmamaktadır.

Parlamenter sistemlerde ise, cumhurbaşkanları göreve geldikten sonra güncel siyasetle ve üyesi oldukları siyasi partiyle aralarına mesafeler koysalar da, bu husus parti üyesi olmalarına ve zaman zaman konumlarını belirgin kılacak açıklamalardan kaçınmalarını gerektirmemektedir.[9]

Batıda parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı ülke anayasalarında cumhurbaşkanlarının siyasi parti üyesi olmasına engel olan bir hükme pek rastlanmamaktadır. Almanya, Avusturya, İtalya, İrlanda, Yunanistan gibi ülkelerde cumhurbaşkanlarının parti üyesi olmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.[10] Batılı parlamenter

[9] Ayvaz, 2018, s.119.

[10] Adnan Küçük, "Türkiye'de Partili Cumhurbaşkanlığı Dönemi", (https://www.star.com.tr/acik-gorus/turkiyede-partili-cumhurbaskanligi-donemi-haber-1232644/), (s.e.t.:15.04.2022).

sistemlerde genel olarak devlet başkanlarının parti üyeliklerinin devam ettiği, ancak aktif olunmadığı görülmektedir. Örnek olarak Almanya'da bu husus geçerlidir.[11]

Başkanın siyasi parti ile ilişkisinin değerlendirilmesi açısından parlamenter hükümet sistemlerinde cumhurbaşkanı/başkan-siyasi parti ilişkisi temel 10 ülke esas alınarak analiz edilmiştir.

Tablo 3: Parlamenter Sistemlerde Başkan-Siyasi Parti İlişkisi

	SİYASİ PARTİ BAŞKANI	**SİYASİ PARTİ ÜYESİ**	**SİYASİ PARTİ İLE İLİŞİKSİZ**
Almanya		Siyasi parti üyesi	
Arnavutluk			Siyasi parti ile ilişiksiz
Danimarka			Siyasi parti ile ilişiksiz
Güney Afrika		Siyasi parti üyesi	
Hindistan		Siyasi parti üyesi	
İngiltere			Siyasi parti ile ilişiksiz
İsrail		Siyasi parti üyesi	
Malta			Siyasi parti ile ilişiksiz
Moldova		Siyasi parti üyesi	
Yunanistan			Siyasi parti ile ilişiksiz

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanı/başkanın siyasi partisiyle ilişkisi ülke örneklerine göre farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde cumhurbaşkanı/başkanın siyasi parti üyeliği bulunmakta, bazı ülkelerde cumhurbaşkanı/başkanın siyasi parti ilişkisi bulunmamaktadır.

II. TÜRKİYE ANAYASALARINDA PARTİLİ CUMHURBAŞKANLIĞI

Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı makamı, 1921 Anayasası'nda 1923 yılında yapılan değişiklik ile oluşturulmuştur. 1923 değişikliğinde

[11] Nebi Miş vd., "Demokratik Hükümet Sistemlerinde Devlet Başkanı/Cumhurbaşkanı Siyasal Parti İlişkisi", Türkiye'de Siyasal Sistemin Dönüşümü ve Cumhurbaşkanlığı Sistemi, (Ed.), Burhanettin Duran\Nebi Miş, SETA Yayınları, İstanbul, 2017, s.289 (Aktaran: Ayvaz, 2018, s.120).

Cumhurbaşkanının siyasi parti ile ilişkisi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

1924 Anayasasında Cumhurbaşkanı, Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından ve kendi üyeleri arasından bir seçim devresi için seçilir. Seçilen Cumhurbaşkanı tekrar seçilebilir.[12] 1924 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı makamı böyle düzenlenmiş olmakla beraber söz konusu anayasanın partili cumhurbaşkanlığına engel teşkil edecek bir maddesi de bulunmamaktadır. 1924 Anayasası döneminde Mustafa Kemal Atatürk hem Cumhurbaşkanlığı görevini hem de Cumhuriyet Halk Fırkası partisinin genel başkanlığını bir arada yürütmüştür.[13]

1924 Anayasası döneminde İsmet İnönü 1938-1950 yılları arasında Cumhurbaşkanlığı yapmıştır. Bu dönemde İsmet İnönü, Cumhurbaşkanlığı ile Cumhuriyet Halk Partisinin genel başkanlığını bir arada yürütmüştür. İsmet İnönü'den sonra Celal Bayar 1950-1960 yılları arasında Cumhurbaşkanlığı yapmıştır. Celal Bayar Cumhurbaşkanı seçildikten sonra parti genel başkanlığından ayrılmış, ancak parti üyeliğinden ayrılmamıştır.[14]

Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında partili cumhurbaşkanı olamaması kuralı, 1961 Anayasasıyla getirilmiştir. Cumhurbaşkanının tarafsızlığıyla ilgili bu hüküm ilk kez 1961 Anayasası ile kabul edilmiştir.[15] 1961 Anayasasında Cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamak için Cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisi ile ilişiği kesilir koşulu getirilmiştir.[16]

Türkiye'de 1961 Anayasası ile ilk kez getirilen tarafsızlık hükmünün uygulanmasının incelenmesi gereklidir. 1961 Anayasasından sonra seçilen Cumhurbaşkanları Cemal Gürsel, Cevdet Sunay ve Fahri Korutürk asker kökenli olup herhangi bir siyasi partiyle bağlantıları bulunmamaktaydı. Ancak 1961 Anayasasında cumhurbaşkanına sembolik yetkiler tanınması ve seçilen Cumhurbaşkanlarının asker kökenli olmaları nedeniyle siyasetten uzak durdukları iddia edilmiştir.[17] 27 Mayıs 1960 darbesiyle millet tarafından demokratik seçimlerle seçilen hükümet düşürülmüş ve başbakan idam edilmiştir. Bu darbeyle birlikte Türkiye'de demokratik siyasal sistem üzerinde ağır bir askeri vesayet

---

12 Kemal Gözler, Kısa Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Bursa, 2018, s. 132.

13 Erkut M. Ayvaz, "Devlet Başkanı ve Siyasi Parti İlişkisi Üzerine", S.91-92, 2018, Liberal Düşünce Dergisi, s.116.

14 Aydın Ünal, "Partili Cumhurbaşkanı", (https://www.yenisafak.com/yazarlar/aydin-unal/partili-cumhurbaskani-2035932), (s.e.t.: 01.01.2022).

15 Serdar Gülener/Nebi Miş, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", (https://setav.org/assets/uploads/2017/02/analizcumhurbaskanligisistemi.pdf), (s.e.t.: 05.01.2021).

16 Davut Turan, "Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Üzerine", (https://tasam.org/tr-TR/Icerik/1640/cumhurbaskanligi_secimleri_uzerine), (s.e.t.: 05.01.2022).

17 Levent Gönenç, "Partili Cumhurbaşkanı", (https://www.tepav.org.tr/upload /files/1496411769-5.Partili_Cumhurbaskani.pdf), (s.e.t.: 05.01.2022).

kurulmuştur. Dolayısıyla askeri vesayetin oldukça etkili olduğu bu dönemlerde, sivil siyaset izin verilen oldukça sınırlı bir alanda yürütülebilmiştir. Bir siyasi parti niteliğinde olmasa da askeri vesayet politik kararların alınmasında etkili olmuştur. Dolayısıyla asker kökenli cumhurbaşkanlarının siyasi parti ile ilişkisinin olmaması, siyaset yapmadıkları, seçimle göreve gelmiş hükümetin ve TBMM'nin işlerine müdahale etmedikleri anlamına gelmemektedir.

1982 Anayasasında da partili cumhurbaşkanı olmaması kuralı devam ettirilmiş ve Cumhurbaşkanı seçilen kişinin varsa partisi ile ilişiğinin kesileceği belirtilmiştir.[18] 12 Eylül 1980 darbesini yapan General Kenan Evren ve darbeciler milletin oyuyla seçilerek göreve gelen hükümeti düşürmüş, TBMM'yi lağvetmiş ve yürürlükteki anayasayı kaldırmışlardır. 1982 Anayasası ile birlikte, darbeyi gerçekleştiren General Kenan Evren darbe şartlarında yapılan halkoylamasıyla Cumhurbaşkanı seçilmiştir. 1982 Anayasasının kabulüyle birlikte Cumhurbaşkanı seçilen Kenan Evren'in görev döneminde, kendisinin asker kökenli olması nedeniyle Cumhurbaşkanı ve parti ilişkisinin olmaması kuralı devam etmiştir. Cumhurbaşkanı Kenan Evren siyasi parti üyesi olmasa da, sembolik ve tarafsız bir cumhurbaşkanı olarak hareket etmemiş, siyasal sistemin işleyişi ve hükümet kararları üzerinde askeri vesayetin sürdürülmesinde etkili olmuştur.

Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesiyle askeri vesayetin azalması ve sivil siyaset etkisinin artması söz konusu olmuştur. Sivil bir Cumhurbaşkanının göreve gelmesiyle birlikte, askeri darbenin lideri General Kenan Evren'e göre tasarlanmış Cumhurbaşkanlığı makamının görev ve yetkileri tartışılmaya başlanmıştır. Turgut Özal'ın siyasi partisiyle ilişkisini sınırlı olarak sürdürmesi eleştirilmiştir.[19]

Turgut Özal'dan sonra Cumhurbaşkanı seçilen Süleyman Demirel'de Cumhurbaşkanı seçildiği sırada Doğru Yol Partisi genel başkanıydı.[20] Süleyman Demirel, Cumhurbaşkanlığı döneminde partisindeki gelişmelere müdahil olarak ve cumhurbaşkanlığı yetkilerini yoğun bir şekilde kullanarak siyasette oldukça politik bir rol üstlenmiştir. Süleyman Demirel sembolik ve tarafsız bir Cumhurbaşkanlığı yapmamış, yer aldığı kurullarda ve politik kararlarda etkili olmuştur. Özellikle Cumhurbaşkanlığı dönemindeki postmodern askeri darbe niteliği taşıyan 28 Şubat 1997 tarihindeki Milli Güvenlik Kurulu kararlarının alınmasında, uygulanmasında, hükümet üzerinde askeri vesayet baskısının oluşturulmasında etkili olmuştur.[21]

---

18 Yılmaz Aliefendioğlu, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı'nın Yürütme Içerisindeki Yeri, Seçimi Ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", S.94, 2011, TBB Dergisi, s.331.

19 Gönenç, 2017, ss.1-2.

20 Gönenç, 2017, s.2.

21 Mehmet Tosun, "28 Şubat 'Postmodern darbe'sinin üzerinden 25 yıl geçti",

Süleyman Demirel'den sonra Ahmet Necdet Sezer, TBMM Milletvekilleri tarafından Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir. Ahmet Necdet Sezer'in herhangi bir siyasi partiyle bağlantısı bulunmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi başkanı iken eleştirdiği Cumhurbaşkanlığı makamının geniş yetkilerini sonuna kadar kullanarak siyasal aktörlerle çoğu zaman karşı karşıya gelmiş ve Meclisten çıkan 71 yasayı veto etmiştir.[22] Ahmet Necdet Sezer, bakanların ve üst düzey bürokratların atanmasındaki hükümet kararlarına da müdahale ederek 1982 Anayasası döneminde yaşanan Cumhurbaşkanı-Başbakan mücadelelerinin en yoğun olduğu dönemlerden birinin yaşanmasına neden olmuştur.

Ahmet Necdet Sezer'den sonra Cumhurbaşkanı seçilen Abdullah Gül, politikaya aktif olarak müdahale etmemiştir.[23] Cumhurbaşkanlığı döneminde Abdullah Gül, kurucusu olduğu AK Parti ile bazı konularda görüş ayrılığı yaşasa bile, açıktan çatışmaya girmemiş ya da yetkisini kullanabileceği bazı konularda pasif kaldığı yönünde eleştirilmiştir.[24]

2014 yılında ilk defa millet tarafından seçilen ve halen Cumhurbaşkanlığı görevini yerine getiren Recep Tayyip Erdoğan'da partisiyle ilişkisini sınırlı olarak sürdürmüştür. Cumhurbaşkanı Erdoğan, 2016 yılında yapmış olduğu konuşmada, cumhurbaşkanının partisiyle ilişkisinin kesilmesinin siyasi etkinliğini zayıflatacağını, partisiyle ilişkisini sürdürmesi halinde hem partinin hem de cumhurbaşkanının güçlü olacağını ifade etmiştir.[25] Nitekim Türkiye'de seçilen sivil cumhurbaşkanları, Ahmet Necdet Sezer gibi istisnaları bulunmakla birlikte genel olarak siyasi partilerin içinden gelmektedirler. Dolayısıyla da Cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisiyle bağını kesmesi mümkün değildir.[26] Diğer taraftan asker kökenli ya da siyasi partiden gelmeyen Cumhurbaşkanlarının tarafsız olduğu iddiası ise oldukça zayıf kalmaktadır. Asker kökenli Cumhurbaşkanları, askeri vesayetin devamında etkili olmuşlar ve kendi bakış açılarını aldıkları kararlara, katıldıkları kurullara ve yönetime yansıtmışlardır. Siyasi partiden gelmeyen sivil Cumhurbaşkanları ise, sembolik ve tarafsız olamamışlar, Anayasa tarafından kendilerine verilen yetkileri kendi bakış açılarına göre kullanmışlardır. Bu bağlamda Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesi gerçekleşmesi mümkün olmayan bir varsayımdan ibaret kalmaktadır.

(https://www.aa.com.tr/tr/28-subat/28-subat-postmodern-darbesinin-uzerinden-25-yil-gecti/2516611), (s.e.t.: 05.01.2022).

22 Gönenç, 2017, s.2.

23 Gönenç, 2017, s.2.

24 İrem Köker, "Abdullah gül portresi: Erdoğan'la çatışmaktan kaçınan kardeşi ona rakip olmayı göze alabilecek mi?", (https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-43893914), (s.e.t.: 05.01.2022).

25 (https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/cumhurbaskani-erdogandan-partili-cumhurbaskani-aciklamasi/686490), (s.e.t.: 15.04.2022).

26 Burak Kaya, "Türk tipi başkanlık sistemi önerisinden partili cumhurbaşkanlığı sistemine", C.15, S.30, 2017, Yönetim Bilimleri Dergisi, s.44.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANININ SİYASİ PARTİ İLE İLİŞKİSİ

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde 1982 Anayasası'nın 101. maddesindeki Cumhurbaşkanının nitelikleri ve tarafsızlığı hükmünde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı seçilen kişinin varsa partisi ile ilişiği kesilir hükmü kaldırılmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının partisi bulunması halinde partisiyle ilişkisini sürdürebilmesine olanak sağlanmıştır. Nitekim başkanlık sistemlerinde de başkanın partisiyle ilişiği kesilmemekte, başkan partisiyle ilişkisini sürdürmektedir.

Başkanlık sistemini uygulayan ülkelerin çoğunluğunda başkan seçilen kişilerin parti üyeliği bulunsun ya da bulunmasın güçlü parti yapılarının varlığı nedeniyle partileriyle olan ilişkilerini devam ettirmektedirler.[27]

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının partisiyle ilişkisini sürdürebilmesine olanak tanıyan bu değişiklikle aşağıdaki tabloda belirtilen 3 muhtemel durum ortaya çıkabilecektir:[28]

Tablo 4: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Siyasi Parti ile İlişkisi

1. Olasılık	Cumhurbaşkanının hiçbir partiye üye olmaması
2. Olasılık	Cumhurbaşkanı bir siyasi parti üyesi olması
3. Olasılık	Cumhurbaşkanın bir siyasi partinin genel başkanı olması

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının partisiyle ilişkisini sürdürebilmesi hususu bazı noktalarda eleştirilmektedir. Devleti temsil eden Cumhurbaşkanıyla siyasal partiyi temsil eden parti başkanı sıfatının aynı kişide birleşmesi tüm partilere eşit mesafede olması gereken devlet başkanlığı sıfatının tarafsızlığına gölge düşürdüğü ifade edilmektedir.[29] Devlet başkanının partiler üstü, objektif, tarafsız ve partisiz olması gerektiği ifade edilmektedir.[30]

---

27 Ayvaz, 2018, s.122.

28 Küçük, 2017.

29 Levent Gönenç, "Hükümet Sistemi Tartışmaları-3", (https://www.tepav.org.tr/upload/mce/2019/notlar/hukumet_sistemi_tartismalari3.pdf), (s.e.t.: 15.04.2022).

30 Coşkun, Alev, "Partili Cumhurbaşkanlığı Sorunu ve Demokrasi", (https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/alev-coskun/partili-cumhurbaskanligi-sorunu-ve-demokrasi-1808377), (s.e.t.: 10.04.2022).

Partili cumhurbaşkanlığı sistemin güçler ayrılığı ilkesiyle de çeliştiği ifade edilmektedir. Bu durumun Cumhurbaşkanının yasama organının önemli bir kısmını kendi istekleri doğrultusunda belirlemesine yol açacağı belirtilmektedir. Cumhurbaşkanının partisinden seçilen milletvekillerine dolaylı yoldan talimat vererek istediği kanunu çıkartabileceği ifade edilmektedir. Bu durumun Cumhurbaşkanı ve Yardımcılarının TBMM üyeliğinden istifa etmesini ya da kanun teklifinde bulunamamasını anlamsız hale getirdiği ifade edilmektedir.[31] Parlamenter hükümet sisteminde de siyasal sistemin belirleyici unsuru olan başbakan bir siyasi partinin genel başkanıdır. Başbakanın genel başkanı olduğu siyasi parti mecliste en çok milletvekili ile temsil edilmektedir. Eğer koalisyon hükümeti söz konusu ise, başbakan yine yasama organında çoğunluk desteğine sahiptir. Parlamenter sistemde başbakan hem siyasi parti başkanı olarak yasama kuvvetini elinde tutmakta, hem de yürütme organının en etkili aktörü olarak yürütme kuvvetini yönetmektedir. Diğer taraftan Türkiye'de uygulanan parlamenter sistemde ve parlamenter sistemi uygulayan diğer ülkelerde genel olarak Cumhurbaşkanını yasama organı seçmektedir. Yasama organında en çok milletvekiline sahip olan başbakan, istediği kişiyi cumhurbaşkanı olarak seçtirebilmektedir. Bu durum başbakanın hem yasamada hem de yürütme de neredeyse tek aktör olmasını sağlamaktadır. Diğer taraftan bu büyük güce tek başına sahip olan başbakanın görev süresi de Cumhurbaşkanı gibi iki dönemle sınırlı değildir. Seçimlerle göreve gelebilmesi kaydıyla ömür boyu başbakanlık yapabilmektedir. Dolayısıyla cumhurbaşkanının partili olmasına getirilen eleştirilerin aynısının başbakan için de geçerli olması gerekmektedir.

1982 Anayasası'nın 103. Maddesinde Cumhurbaşkanının and içmesi düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanının görevini tarafsızlıkla yerine getireceğine dair and içmesi kapsamındaki tarafsızlık hükmünün partili cumhurbaşkanlığıyla çeliştiği iddia edilmektedir.[32] Bu bağlamda kamu hizmetlerinin sunumundaki tarafsızlık ile yönetsel kararlar verilirken tarafsızlık hususu birbirine karıştırılmamalıdır. Kamu politikaları ve buna dayanan yönetsel kararlar belli bir bakış açısı, dünya görüşü üzerinden verilmektedir. Kamu politikaları oluşturulurken ve bu kapsamda yönetsel kararlar verilirken genel olarak tarafsızlıktan bahsetmek mümkün değildir. Ancak, kamu hizmetleri sunulurken tarafsızlık ve eşitlik önemlidir. Kamu hizmetlerini bizzat sunan kamu kurum ve kuruluşları, tabi olduğu hukuk kurallarını tarafsız ve eşit şekilde bütün vatandaşlara uygulamak zorundadır. Aksi takdirde idari dava açılması, işlemin iptali veya zararın tazmin edilmesi gibi yaptırımlarla karşılaşacaktır.

[31] Kaya, 2017, s.44.

[32] Gönenç, 2017, s.3.

Partili cumhurbaşkanlığı hususunda bu eleştiriler bulunmakla beraber Cumhurbaşkanının tarafsızlığı denildiğinde hiçbir siyasi partiye üye olmama ve her türlü siyasi düşünceyi bir kenara bırakma olarak algılanmamalıdır. Tarafsızlık, vatandaşlara hizmet götürmede eşit davranmayı ifade eder. Tarafsızlık kimseye dini, mezhebi, siyasi düşüncesi, etnik kimliği ve cinsiyeti gibi nedenlerle ayrımcılık yapmadan hizmet etme anlamına gelmektedir.[33]

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle yapılan bu değişiklik, Türkiye Cumhuriyeti devletinin siyasal gerçeklerine ve sistemin temel mantığına uyumlu bir düzenlemedir. Aksi bir düzenleme yapılması halinde siyasal gerçekleri zorlayarak Cumhurbaşkanlarının anayasal hükümlere aykırı bir şekilde partileriyle olan ilişkilerini informel olarak sürdürmelerine neden olabilir. Türkiye'de partili cumhurbaşkanlığının getirilmesiyle hem formel hem informel olarak anayasa ile uyumlu bir düzeni ortaya çıkarmıştır. Bu durum Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulanmasında da kolaylık sağlayacaktır. Yeni sistemde etkin olmak zorunda olan Cumhurbaşkanı ancak bu şekilde politikalarını etkin bir şekilde uygulayabilecektir.[34]

Yürütme kuvvetinin lideri olan Cumhurbaşkanı, artık siyasi partinin de lideri olabilmektedir. Devletin ve yürütmenin lideri olan Cumhurbaşkanının, millet ile bağlantısını sağlayacak tek örgütlü unsur siyasi partidir. Dolayısıyla da Cumhurbaşkanını siyasi partiden ayırmak onu milletten ayırmak anlamına gelmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle partili Cumhurbaşkanlığının yolu açılarak devlet başkanı ile milletin birbirine doğrudan etki etmesinin önündeki engeller kaldırılmış bulunmaktadır. Bu sayede Cumhurbaşkanı bir siyasi partinin üyesi olarak il ve ilçe teşkilatlarına ulaşabilecek, milletin talepleri siyasal partiler üzerinden devletin tepesine kadar iletilebilecektir.[35]

SONUÇ

Dünyada ve Türkiye'de cumhurbaşkanları/başkanlar siyasi partilerle ilişki içerisinde bulunabilmektedir. Bu kapsamda cumhurbaşkanları/başkanlar siyasi parti üyesi ya da siyasi parti genel başkanı olabilmektedir. Başkanlık sistemlerinde, başkanın siyasi partiye üye olması hususunda bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu sistemde başkan, siyasi parti üyesi ya da siyasi parti genel başkanı olabilmektedir. Yarı başkanlık sistemlerinde de cumhurbaşkanı/başkanın siyasi partiyle ilişkisine engel teşkil edecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sistemde cumhurbaşkanı/başkanın

[33] Cahit Özkan, Tarihi, Siyasi ve Hukuki Yönleriyle Cumhurbaşkanlığı Modeli, Dün Bugün Yarın Yayınları, İstanbul, 2017, s.137.

[34] Küçük, 2017.

[35] Hasan B. Yalçın, "Partili Cumhurbaşkanlığı", (https://www.setav.org/partili-cumhurbaskanligi/), (s.e.t.: 10.03.2022).

siyasi partiyle ilişkisinin bulunmasına önem verilmektedir. Parlamenter sistemlerde ise, cumhurbaşkanının siyasi partiyle ilişkisinin olduğu ya da olmadığı örnekler bulunmaktadır.

Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı makamı, 1921 Anayasasında yapılan 1923 değişikliğiyle oluşturulmuş bulunmaktadır. 1924 Anayasasında Cumhurbaşkanının partisiyle ilişkisini sürdürebilmesine engel teşkil edecek bir düzenleme getirilmemiştir. 1924 Anayasası döneminde Mustafa Kemal Atatürk ve İsmet İnönü hem Cumhurbaşkanlığı hem de parti genel başkanlığı görevlerini bir arada yürütmüşlerdir. Türkiye'de partili cumhurbaşkanlığına engel teşkil eden ilk düzenleme 1961 Anayasası ile getirilmiş ve bu durum 1982 Anayasasıyla da devam ettirilmiştir. Ancak 1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhurbaşkanlarının partisiyle ilişiğinin kesileceği ifade edilse de, uygulamada Cumhurbaşkanları partileriyle ilişkisini sürdürmüşlerdir. Diğer taraftan tarafsızlığın sadece siyasi parti ile ilişkilendirilmesi, siyasi parti üyesi olmayan ya da siyasi partilerle hiçbir bağı olmamış kişilerin tarafsız olacağı varsayımı sağlıklı bir temele dayanmamaktadır. Türkiye'de siyasi partiler ile hiçbir ilişkisi olmamış, hakim veya asker kökenli Cumhurbaşkanlarının tarafsız olduğunu iddia etmek zor görünmektedir. Hakim ya da asker kökenli Cumhurbaşkanlarının da bir dünya görüşü, olaylara yönelik bir bakış açısı, hatta ideolojisi bulunmaktadır. Kararlarını verirken bu bakış açısı etkili olmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti tarihinde bunun pek çok örneği bulunmaktadır. Bu bağlamda tarafsızlık kavramının yeniden incelenmesi ve tarafsızlığın hangi koşul ve durumlarla ilgili olması gerektiğinin yeniden analiz edilmesi gerekmektedir.

16 Nisan 2017 referandumuyla geçilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, 1982 Anayasasında yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının partisiyle ilişiğinin kesileceği hükmü kaldırılarak partili cumhurbaşkanlığı getirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde milllet tarafından seçilen Cumhurbaşkanlarının partisiyle ilişkilerini sürdürebilmesine olanak tanınmıştır. Bu değişiklikle uygulamada zaten var olan durum, hukuki bir zemine taşınmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yapılan bu düzenlemeyle Cumhurbaşkanı ve parti genel başkanının farklı kişiler olması durumunda ortaya çıkabilecek çeşitli siyasal krizler de önlenmiş olacaktır. Cumhurbaşkanı ve siyasi parti genel başkanının farklı kişiler olması durumunda, Türkiye'de siyasi parti genel başkanı ile Cumhurbaşkanı arasında bir liderlik mücadelesi olabileceği, Türk siyasal hayatının tarihsel sürecindeki benzer örneklerden okunabilir. Türk siyasal sisteminde liderlik mücadelesinin tarihte yaygın olarak yaşandığı görülmektedir. ABD örneğinde ise, başkanın partisiyle ilişkisini sürdürmesi ve siyasi partisinin genel başkanı olmaması, ABD siyasal gelenekleri kapsamında sorun oluşturmamakta, liderlik mücadelesi yaşanmamaktadır. Hatta ABD'de siyasi parti genel başkanları düşük profilli siyasetçi olarak dikkati çekmektedir. Siyasi partinin gerçek lideri ABD'nin seçilmiş başkanı olmaktadır.

Yarı başkanlık sistemi ve parlamenter sistemde yürütme kuvvetinde iki ana aktör bulunmaktadır. İki aktörlü yapı içerisinde diğer aktöre nazaran pasif olan aktörün siyasi parti ile ilişkisi olmaması bir sorun teşkil etmemektedir. Siyasi parti ile ilişkisi bulunan diğer aktif aktör, yürütme ile yasama arasındaki ilişkiyi siyasi parti üzerinden sağlamakta ve uygulamak istediği kamu politikalarına yasal desteği, siyasi parti sayesinde yasama kuvvetinden sağlamaktadır. Ancak başkanlık sisteminde yürütme kuvveti tek aktörlü olarak kurulmaktadır. Her ne kadar başkanlık sisteminde sert kuvvetler ayrılığı olsa da, başkan uygulamak istediği kamu politikalarını hayata geçirebilmek için yasama kuvveti desteğine ihtiyaç duymaktadır. Başkanın yasama desteği olmadığı takdirde, kamu politikalarını hayata geçirmesi oldukça zor görünmektedir. Başkanın yasama kuvveti desteği, üyesi olduğu siyasi partinin yasama içerisinde başkanın politikalarını desteklemesi ve ilgili yasaları çıkarması ile gerçekleşmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de tek aktörlü yürütme kuvveti bulunmaktadır. Bu nedenle başkanlık sisteminde olduğu gibi onun bir benzeri olan bu sistemde de, Cumhurbaşkanının uygulamak istediği kamu politikalarını hayata geçirebilmesi için yasama desteğine sahip olması gerekmektedir. Yasama desteği için ise, siyasi parti örgütlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının siyasi partisinin Cumhurbaşkanına kamu politikaları için gerekli desteği sağlaması gereklidir. Aksi takdirde, milletin oyu ile seçilen Cumhurbaşkanı, milletin kendisinden beklentilerini gerçekleştiremeyecektir.

Cumhurbaşkanının göreve başlarken TBMM önünde andiçmesi esnasında okuduğu Anayasanın 103. maddesinde düzenlenen metinde tarafsızlık hükmünün incelenmesi gerekmektedir. Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyeti'nin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerine aldığı görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücüyle çalışacağına dair andiçmektedir. Burada yer alan tarafsızlık ifadesi analiz edilmelidir. Cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar gibi üst düzey yönetsel aktörler, uygulayacakları kamu politikalarını oluştururken belli bir bakış açısı, dünya görüşü, hatta ideoloji kapsamından yararlanırlar. Ancak oluşturdukları bu kamu politikalarının uygulama aşamasında, kamu hizmetlerinin sunumunda eşitlik ilkesi gereğince tarafsızlık ilkesine sadık kalırlar. Çünkü Anayasanın 10. maddesinde siyasi parti ile ilişkili ya da ilişkisiz ayrımı yapmadan bütün kamu görevlilerinin tabi olduğu kanun önünde ve kamu hizmetlerinin sunulmasında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, kılık-kıyafet ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde herkesin eşit olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Eşitlik ilkesinin gereği olarak hiçbir kişinin, ailenin, grubun veya toplumsal sınıfın diğerlerinden üstün ve ayrıcalıklı olmadığı Anayasa ile açıkça vurgulanmıştır. Bu hükümlerin yürürlükte olduğu 1982 Anayasasının kabulünden 2018 yılına kadar

uygulanan parlamenter sistem de kamu politikalarını oluşturan ve uygulayan başbakanlar, bir siyasi partinin genel başkanı ve bakanlar da çoğunlukla siyasi partinin milletvekilleriydi. 2018 yılından itibaren uygulanmaya başlayan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de kanun önünde ve kamu hizmetlerinin sunumunda eşitlik ilkesi yürürlükte ve uygulanmaktadır. Dolayısıyla hükümet sistemi değişikliği ile eşitlik ilkesinin ve tarafsızlık kuralının ihlal edildiğine yönelik bir sorun olmadığı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu Y, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı'nın Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi Ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", S.94, 2011, TBB Dergisi, s. 331.

Ayvaz E M, "Devlet Başkanı ve Siyasi Parti İlişkisi Üzerine", 2018, Liberal Düşünce Dergisi, s.121.

"Cumhurbaşkanı Erdoğan'dan 'Partili Cumhurbaşkanı' Açıklaması", (https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/cumhurbaskani-erdogandan-partili-cumhurbaskani-aciklamasi/686490), (s.e.t.: 15.04.2022).

Coşkun A, "Partili Cumhurbaşkanlığı Sorunu ve Demokrasi", (https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/alev-coskun/partili-cumhurbaskanligi-sorunu-ve-demokrasi-1808377), (s.e.t.: 10.04.2022).

Gönenç L, "Hükümet Sistemi Tartışmaları-3", (https://www.tepav.org.tr/upload/mce/2019/notlar/hukumet_sistemi_tartismalari3.pdf), (s.e.t.: 15.04.2022).

Gönenç L, "Partili Cumhurbaşkanı", (https://www.tepav.org.tr/upload/files/1496411769-5.Partili_Cumhurbaskani.pdf), (s.e.t.: 05.01.2022).

Gözler K, Kısa Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Bursa, 2018.

Gülener S/Miş N, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", (https://setav.org/assets/uploads/2017/02/analizcumhurbaskanligisistemi.pdf), (s.e.t.: 05.01.2021).

Kaya B, "Türk tipi başkanlık sistemi önerisinden partili cumhurbaşkanlığı sistemine", C.15, S.30, 2017, Yönetim Bilimleri Dergisi, s. 44.

Köker İ, "Abdullah gül portresi: Erdoğan'la çatışmaktan kaçınan kardeşi ona rakip olmayı göze alabilecek mi?", (https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-43893914), (s.e.t.: 05.01.2022).

Küçük A, "Türkiye'de Partili Cumhurbaşkanlığı Dönemi", (https://www.star.com.tr/acik-gorus/turkiyede-partili-cumhurbaskanligi-donemi-haber-1232644/), (s.e.t.:15.04.2022).

Miş N/Aslan A/Ayvaz E vd, "Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları", (https://setav.org/assets/uploads/2016/05/dunyada-baskanlik-sistemi-uygulamalari-pdf.pdf), (s.e.t.:15.04.2022).

Özkan C, Tarihi, Siyasi ve Hukuki Yönleriyle Cumhurbaşkanlığı Modeli, Dün Bugün Yarın Yayınları, İstanbul, 2017.

Tosun M, "28 Şubat 'Postmodern darbe'sinin üzerinden 25 yıl geçti", (https://www.aa.com.tr/tr/28-subat/28-subat-postmodern-darbesinin-uzerinden-25-yil-gecti/2516611), (s.e.t.: 05.01.2022).

Turan D, "Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Üzerine", (https://tasam.org/tr-TR/Icerik/1640/cumhurbaskanligi_secimleri_uzerine), (s.e.t.: 05.01.2022).

Ünal, Aydın, "Partili Cumhurbaşkanı", (https://www.yenisafak.com/yazarlar/aydin-unal/partili-cumhurbaskani-2035932), (s.e.t.: 01.01.2022).

Yalçın H B, "Partili Cumhurbaşkanlığı", (https://www.setav.org/partili-cumhurbaskanligi/), (s.e.t.: 10.03.2022).

KABAHATLER KANUNU'NA GÖRE CUMHURİYET SAVCISI VE MAHKEMENİN İDARİ YAPTIRIM KARARI VERME YETKİSİ

Authority of the Public Prosecutor and the Court to Make Administrative Sanction Decision According to the Law of Misdemeanor

Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ*
Dr. Öğretim Üyesi Hakan GÜNDÜZ**

Öz: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte kabahat niteliğindeki fiiller ve bunlara uygulanacak yaptırımlar Türk Ceza Kanunu kapsamı dışına çıkarılmış ve kabahatlerin tespiti ve yaptırım uygulanması adli mercilerin görev alanı dışına çıkarılarak, tamamen idari bir süreç içerisinde bu aşamaların tamamlanması hedeflenmiştir. Ancak 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddeleri ile bu amacın dışına çıkılarak, idarenin yanında Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisi tanınmıştır. Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere verilmiş olan idari yaptırım uygulama yetkisi Anayasa Mahkemesi tarafından usul ekonomisine hizmet ettiği gerekçesi ile Anayasaya aykırı bulunmamıştır. 5326 sayılı Kanun'un anılan maddeler ile Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere bazı durumlarda yaptırım uygulama yetkisi bir seçimlik hak olarak değil, bir zorunluluk olarak verilmiştir. Böylece yargılama fonksiyonun birer parçası olan Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin, yargılama faaliyetleri esnasında idari işlem tesis etmeleri şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin verilmesi kuvvetler ayrılığı, usul ekonomisi gibi farklı açılardan ele alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, Kabahatler Kanunu, Cumhuriyet savcısı, mahkeme, idari yaptırım kararı

Abstract: With the Turkish Penal Code No. 5237, misdemeanor acts and the sanctions to be applied to them were excluded from the scope of the Turkish Penal Code, and it was aimed to complete these stages within a purely administrative process by taking the determination of misdemeanors and imposing sanctions out of the jurisdiction of the judicial authorities. However, with the 23rd and 24th articles of the Law No. 5326, this purpose has been deviated and the public prosecutor and the courts have been given the authority to take administrative sanctions, as well as the administration. The authority to impose administrative sanctions given to the public prosecutor and the courts was not found unconstitutional by the Constitutional Court on the grounds that it served the procedural economy. With the aforementioned articles of the Law No. 5326, the authority to impose sanctions on the public prosecutor and the courts in some cases is given as an obligation, not as an elective right. Thus, the result is that the public prosecutor and the courts, which are part of the judicial function, establish administrative proceedings during the proceedings. In our study, the authorization of the public prosecutor and the courts to take administrative sanctions has been evaluated from different perspectives such as separation of powers and procedural economy.

Keywords: Misdemeanor, Misdemeanor Law, public prosecutor, court, administrative sanction decision

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, fegunduz@aybu.edu.tr, ORCİD: 0000-0002-7721-9444

** Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hakan.gunduz@hku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2437-8329

Makale Geliş Tarihi: 01.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 25.05.2022

GİRİŞ

Kabahat, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde; *"kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık"* olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması sonucunda kabahatler ayrı bir kanuni düzenlemeye kavuşarak, idare hukukunun kapsamına dahil edilmiştir. Kabahat olarak kabul edilen fiillere de birer idari işlem niteliğinde olan idari yaptırımların uygulanması öngörülmüştür.

İdari işlemler, Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kendisine idari işlem yapma yetkisi verilen idari makamlar tarafından tesis edilebilir. İdari işlemin yetki unsuruna ilişkin bu özellik *"idarenin kanuniliği ilkesi"* ile ifade edilebilir.[1] Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar da ancak idare adına irade açıklamaya yetkili olan kişi veya makamlar tarafından gerçekleştirilebilecektir.

Kural olarak idari işlemler ancak idari makamlar tarafından tesis edilebilmekte ancak idareyi fonksiyonel anlamda idare kapsamında değerlendirdiğimizde, organik anlamda idare dışındaki mercilerin de (yasama ve yargı organlarının da) idari işlem tesis edebilecekleri kabul edilmektedir. Bu kapsamda 5326 sayılı Kanun'da da idari yaptırım kararı verme yetkisinin asıl olarak idari makamlara tanındığını ancak tek yetkili olarak idarenin kabul edilmediğini aynı zamanda Cumhuriyet savcıları ile mahkemelere de idari yaptırım kararı alma yetkisi tanındığını görmekteyiz.

Çalışmamızda 5326 sayılı Kanun'daki idari yaptırım kararı alma yetkisi ile ilgili genel bilgi verilerek, Cumhuriyet savcıları ile mahkemelere tanınan idari yaptırım tesis etme yetkisi incelenecek ve bu yetki, teori ve uygulama açısından değerlendirilecektir.

I. KABAHATLER KANUNU'NA GÖRE İDARİ YAPTIRIM KARARI VERMEYE YETKİLİ KİŞİ VEYA MAKAMLAR

İdari işlemin beş unsurundan bir tanesi olan, idari işlemi yapma ehliyeti olarak da ifade edilen yetki unsuru, idari işlemin en önemli unsuru olarak kabul edilmektedir.[2] Kamu düzeninden olan yetki, ancak Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kendisine verilmiş makam tarafından kullanılabilir ve idare hukukunda yetkisizliğin kural, yetkili olmanın da istisna olduğu kabul edilmektedir.[3] Bu nedenle idare hukukunda yetki kuralları geniş değil, dar yoruma tabidir.[4]

---

1 Anayasa'nın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." hükmünün de bir gereğidir.

2 Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 401; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 405.

3 Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 365.

4 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 2020, s. 365; Duran, s. 401; Özay, 2002, s. 405.

İdari işlem temel olarak Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından yapılabilmekle birlikte, yasama organı ve yargı organı da birtakım idari işlemler gerçekleştirebilmektedir. Bu durumda idare kavramı organik anlamda değil, fonksiyonel anlamda kullanılmaktadır. Meclis çalışanına TBMM Genel Sekreterliği tarafından veya mahkemedeki kalem personeline mahkeme başkanlığı tarafından disiplin cezası verilmesi, bu konuda ilk akla gelen örneklerdir.

İdari işlemler arasında kamu gücünün en fazla hissedildiği işlem türlerinden olan idari yaptırım kararları da ancak ilgili mevzuat ile yetkilendirilmiş kişiler tarafından tesis edilebilecektir. *"Yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar"*[5] olan tanımlanan idari yaptırımları tesis etme konusunda pek çok özel yasal düzenleme[6] bulunmakla birlikte, genel kanun niteliğini taşıyan 5326 sayılı Kanun'da da idari yaptırım tesisine yetkili kişi ve makamlar ayrıca düzenlenmiştir.

İdari yaptırım kararı verme yetkisi, 5326 sayılı Kanun'un *"Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları"* başlıklı 4. bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan on maddeden ilk üçü idari yaptırım kararı vermeye yetkili makamı düzenlemektedir. Bu maddelerden ilki olan 22. maddede genel olarak idari yaptırım kararı vermeye yetkili *"idari makamın"* neresi olduğu; 23 ve 24. maddelerde ise Cumhuriyet savcısının ve mahkemenin idari yaptırım kararı verebilmesi hali düzenlenmiştir.

A. GENEL OLARAK YETKİLİ İDARİ MAKAM

5326 sayılı Kanun'da idari yaptırım kararı verme yetkisini düzenleyen maddelerden ilki olan 22. maddede idarenin idari yaptırım kararı vermesi hali yer almaktadır. İdari yaptırım kararı vermeye yetkili idari makamlar da iki ayrı ihtimale göre maddenin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. 1. fıkrada, kanunda yetkili makamın açıkça gösterilmiş olması hali; 2. fıkrada ise kanunda yetkili makamın açıkça gösterilmemiş olması hali düzenlenmiştir.

---

[5] İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul, 1985, s. 35; "İdare Hukukunda organik ölçütün, idare işlevi ile tamamlanması sonucu idari makam ve mercilerin, idari işlem niteliğindeki zecri (zorlayıcı), yükümlendirici kararları idari yaptırım oluşturur." Oğuz Sancaktar / Lale Burcu Önüt/ Eser Us Doğan/ Mine Kasapoğlu Turhan/ Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 714; *"İdari ceza, idare edilenlere idare alanındaki hukuka başka bir deyimle idari düzeni aykırı davranışlarından ötürü idarece verilen cezalardır."* Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1970, s. 201.

[6] Örneğin; 3194 sayılı İmar Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.

Bununla birlikte 5326 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 3. fıkrasındaki, *"İdarî kurul, makam veya kamu görevlileri, ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir."* ifadesiyle, idari yaptırım kararı verecek kişi veya makamların ancak görev alanlarına giren yerler, yetki açısından coğrafi sınır olarak belirlenmiştir. Anılan maddenin son fıkrasında ise işlenen kabahatler dolayısıyla yaptırım uygulayacak yetkili makamın tespiti açısından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) yer bakımından yetki kurallarının (m. 12-21) kabahatler açısından da geçerli olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, CMK'nın yer bakımından yetki kuralları, bünyesine uygun düştüğü durumlarda kabahatler açısından da uygulama alanı bulacaktır.

1. Kanunda Yetkili Makamın Açıkça Gösterilmiş Olması Hali

5326 sayılı Kanun'un 22. maddesinin ilk fıkrasında, ilgili kanunda açıkça yetkili makamın düzenlenmiş olması halinde; kanundaki kurul, makam veya kamu görevlisi tarafından idari yaptırım kararı verilebileceği ifade edilmiştir. Örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun encümenin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 34. maddesinde *"Kanunlarda öngörülen cezaları vermek"* encümenin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Yine 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun görev ve yetkilerinin düzenlendiği 22. maddesinin ğ fıkrasında *"Bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek"* Kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Bu örneklerde görüleceği gibi idari yaptırım kararı verme yetkisi birden fazla kişinin bir araya gelmesi ile oluşan kurul veya meclis tarafından verilebilir.

İdari yaptırım kararı tesis etme yetkisi tek bir kişiye de verilmiş olabilir. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesinde[7], bu Kanundaki bazı idari para cezalarının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından, bazı idari para cezalarının ise Türkiye İş Kurumu il müdürü tarafından verilebileceği düzenlenmiştir.

Kanunla idari yaptırım tesis etmeye yetkili kılınmış kişiler bazen kolluk personeli de olabilmektedir. 5326 sayılı Kanun'un dilencilik kabahatini düzenleyen 33. maddesinde, kumar kabahatini düzenleyen 34. maddesinde, gürültü kabahatini düzenleyen 36. maddesinde, bu

[7] Madde 108 – (Değişik: 15/5/2008-5763/10 md.) Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106 ncı maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir. (Değişik ikinci cümle: 13/2/2011-6111/79 md.) 101 inci ve 106 ncı maddeler kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu il müdürü tarafından; birden fazla ilde işyerleri bulunan işverenlere uygulanacak idari para cezası ise işyerlerinin merkezinin bulunduğu yerdeki Türkiye İş Kurumu il müdürünce verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir. 106 ncı maddeye göre verilecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır

kabahatler dolayısıyla idarî para cezasına kolluk ve/veya zabıta görevlilerinin yetkili olduğu açıkça düzenlenmiştir.[8]

2. Kanunda Yetkili Makamın Açıkça Gösterilmemiş Olması Hali

5326 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 2. fıkrasında ise idari yaptırım kararı vermeye yetkili makamın ilgili kanunda açıkça düzenlenmemiş olması halinde; idari yaptırım tesis etmeye yetkili makamın ilgili kamu kurum ve kuruluşun en üst amiri olduğu düzenlenmiştir.

Bununla beraber 5326 sayılı Kanun dışında idari yaptırım kararı verme yetkisini düzenleyen özel kanunlarda, yaptırım kararı verecek yetkili makamın ilgili maddede belirtilmemesi halinde, yetkili makamın kim olması gerektiğine ilişkin genel bir düzenleme yapıldığı da görülmektedir. Örneğin, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 111/a maddesinde *"Bu Kanununda mercii belirtilmemiş idari yaptırım kararları, orman işletme şefleri tarafından verilir."* düzenlemesi bulunmaktadır. Bu gibi bir düzenlemenin varlığı durumunda, özel kanunun önceliği gereğince, 5326 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 2. fıkrası değil, özel kanundaki düzenlemenin uygulanması gerekir.

B. CUMHURİYET SAVCISININ KARAR VERME YETKİSİ

5326 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile Cumhuriyet savcısına tanınmış olan idari yaptırım kararı verme yetkisi 3 fıkra halinde farklı ihtimallere göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.

---

[8] Bu düzenlemelerin Türk idare hukukundaki genel kurala ilişkin bir istisna niteliğinde olduğu görülmektedir. Şöyle ki, genel olarak kolluk çalışanlarına ilişkin olarak yapılan kolluk personeli ve kolluk makamı ayrımı, kişinin idari işlem tesisine yetkili olup olmamasına göre yapılmaktadır. Buna göre kolluk makamlarının hem bireysel hem düzenleyici işlem tesis edebileceği; kolluk personelinin ise kolluk makamları tarafından tesis edilen işlemleri uygulayabileceği kabul edilmektedir. (Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.285.) 5326 sayılı Kanunun anılan maddelerinde ise bu genel kurala istisna olarak, kolluk personeline idari işlem tesis etme yetkisinin verildiği görülmektedir. Bu yetkinin verilmesinin amacı ise basit ve sık karşılaşılan kabahatlere derhal yaptırım uygulayarak caydırıcılığı sağlamak ve üst makamların iş yükünü arttırmamak olduğu kanaatindeyiz. Kolluk personelinin idari yaptırım kararı verme yetkisine sahip olup olmadığının tartışıldığı güncel bir Yargıtay kararında da Yüksek Mahkeme; 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre idari para cezası kararının sadece kabahat (olay) tutanağı tutmakla görevli olan idari kolluk yetkilileri tarafından verilemeyeceğini ancak vali tarafından verilebileceğini, idare hukukunda yetkinin kamu düzeninden olduğunu ve bir başka kurum veya kişiye bu yetkinin devredilebilmesinin ancak Kanunun açıkça izin vermesi halinde ve kanunda gösterilen konular hakkında yine kanunda gösterilen usul ve esaslar çerçevesinde yapılabileceğini ifade etmiştir. Yargıtay 19. CD, E: 2020/4354, K: 2020/14250, T: 09.11.2020,
(https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, s.e.t.: 28.01.2022).

1. Cumhuriyet Savcısının Kanunda Açıkça Yetkilendirilmiş Olması Hali

5326 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ilk fıkrasında, Cumhuriyet savcısının kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı vermesi, yürütmüş olduğu soruşturma ile bağlantılı olarak ele alınmamıştır. Cumhuriyet savcısı adeta bir idari makam gibi bizzat bazı özel kanunlar ile idari yaptırım kararı vermeye yetkili kılınmıştır.

23. maddenin diğer iki fıkrasında düzenlenmiş olan durumlarda Cumhuriyet savcısı, yürütmüş olduğu soruşturma sırasında bir fiilin veya soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunu tespit etmektedir. Ancak ilk fıkrada düzenlenen ihtimalde, savcı tarafından yürütülen herhangi bir soruşturma ile doğrudan veya dolaylı bir bağlantı bulunmamasına rağmen Cumhuriyet savcısı, bir idari merci gibi idari yaptırım kararı vermeye tek yetkili makam olarak öngörülmüştür. Diğer ihtimallerde idari yaptırım kararı vermeye asıl olarak bir başka idari makam kanunla yetkilendirilmiş olmasına rağmen, bu idari makam tarafından idari yaptırım kararı verilmemiş olması durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından yaptırım kararı verilmektedir. Ancak 23. maddenin ilk fıkrasındaki bu ihtimalde Cumhuriyet savcısı, bu idari yaptırım kararı vermeye tek yetkili makamdır. Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasında, *"Staj isteminde bulunan tarafından verilen bildiri kağıdının hilafı ortaya çıktığı takdirde adaya"*, Cumhuriyet savcısı tarafından idari para cezası verileceği şeklindeki düzenleme buna örnek verilebilir.

2. Soruşturma Kapsamında Kabahatin İşlendiğinin Tespit Edilmiş Olması Hali

5326 sayılı Kanun'un 23. maddenin 2. fıkrasında, bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğinin Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesi hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki ihtimal, Cumhuriyet savcısının yapmış olduğu soruşturma esnasında, soruşturma konusu fiilin değil, başka bir fiilin kabahat oluşturduğunu tespit etmesidir.

Bu düzenleme ile Cumhuriyet savcısına seçimlik bir yetki tanınmıştır. Şöyle ki, Cumhuriyet savcısı durumu, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de doğrudan idari yaptırım kararı verebilecektir.

3. Soruşturma Konusu Fiilin Kabahat Oluşturması Hali

5326 sayılı Kanun'un 23. maddenin 3. fıkrasında, soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturması halinde Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı vermesi hali düzenlenmiştir. Bu ihtimale göre Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesi için

soruşturma konusu olan fiilin, soruşturma sonunda suç oluşturmadığının ve fakat kabahat oluşturduğunun anlaşılması gerekmektedir.[9] Çünkü 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, *"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."*. Buna göre Cumhuriyet savcısı, soruşturma konusu fiilin suç oluşturduğu kanaatine varırsa ve şartları varsa[10] iddianame düzenleyecek, suç oluşturmadığını ancak kabahat oluşturduğunu tespit ederse idari yaptırım kararı verecektir.

Bu kanuni düzenleme ile Cumhuriyet savcısına idari yaptırım kararı alma, seçimlik bir hak olarak değil, bir bağlı yetki olarak verilmiştir. *"Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idari yaptırım kararı verir"*, cümlesindeki *"verir"* kelimesi, savcı tarafından ilgili kamu kurum ve kuruluşuna idari yaptırım uygulanması için bildirimde bulunmak yerine doğrudan yaptırım kararı verilmesi gerektiğini göstermektedir. Düzenlemenin devamında savcının yaptırım kararı verebilmesi için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idari yaptırım kararı verilmemiş olması gerektiği de vurgulanmıştır.

C. MAHKEMENİN KARAR VERME YETKİSİ

5326 sayılı Kanun'un 24. maddesinde ise mahkemenin idari yaptırım kararı verme yetkisi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *"Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir."*. İlgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idari yaptırım kararı verilmemiş olması durumunda, kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme de idari yaptırım kararı vermeye yetkili kılınmıştır. Kanuni düzenlemede kovuşturmadan bahsedildiği için buradaki mahkemenin ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesi için yargılama sonucunda fiilin suç oluşturmadığının anlaşılması veya fiil suç oluşturmasına rağmen suçtan dolayı cezai yaptırım uygulanamayan haller nedeniyle faile ceza verilemiyor olması gerekir. Kovuşturma konusu fiil suç oluşturmamakla birlikte kabahat oluşturduğunun anlaşılması durumunda, mahkemenin yapması gereken CMK'nın 223. maddesi uyarınca beraat kararı vermesinin yanı sıra 5326 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca kabahat nedeniyle idari yaptırım kararı vermektir. Kovuşturma konusu fiil suç oluşturmakla birlikte, suçtan

---

[9] Zeynel T. Kangal, Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2019, s.397.

[10] Önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi kurumların soruşturma konusu suç açısından uygulanma ihtimali bulunmuyorsa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyebilecektir.

dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde, mahkemenin CMK'nın 223. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına dair karar vermesi ve aynı zamanda 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrası ile aynı Kanun'un 24. maddesi uyarınca idari yaptırım uygulaması gerekir.[11] Aksi halde fiil suç oluşturuyor ve suçtan dolayı fail cezalandırılıyorsa, 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrası gereğince sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacak, idari yaptırım uygulanamayacaktır.

Kanuni düzenlemede, kovuşturma konusu fiilden bahsedildiği için, iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil dışında bir başka fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkemenin idari yaptırım kararı vermesi mümkün değildir.[12]

24. maddedeki düzenleme ile mahkemeye idari yaptırım uygulayıp uygulamama konusunda seçimlik bir hak değil, yaptırım uygulama konusunda bir zorunluluk getirilmiştir. Maddedeki *"... mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir"* ifadesi bizi bu sonuca götürmektedir.

Yargılama sonucunda kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmaması yahut suç oluştursa dahi bundan dolayı yaptırım uygulanamaması ve bununla birlikte fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkemece yapılması gereken CMK'nın 223. maddesine göre sanığın beraatine karar vermek yahut sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar vermek ve 5326 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca idari yaptırım kararı vermektir. Bu durumda, verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu merci tarafından incelenecektir.[13] Cumhuriyet savcısı veya katılanın sanık hakkında beraat yahut ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi ve idari yaptırım uygulanmakla yetinilmesinin hukuka aykırı olduğu

---

[11] Benzer görüş için bkz.: Kangal, 2019, s.403.

[12] CMK m. 225/1: "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir."

[13] 5326 sayılı Kanun m. 27/7: "Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir."

5326 sayılı Kanun'un "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinde, kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidilmesi durumunda, idari yaptırım kararına itirazın da bu kanun yolunda inceleneceği düzenlenmekle birlikte, fiil suç oluşturmakla birlikte suçtan dolayı yaptırım uygulanamayıp kabahatten dolayı yaptırım uygulanan hallerde, mahkemece verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair karara karşı kanun yoluna gidilmesi durumunda idari yaptırım kararına itirazın hangi merci tarafından inceleneceğinin açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Usul hükümleri açısından kıyasın mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, mahkemece sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilerek idari yaptırım uygulanan hallerde, 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 7. fıkrası hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

gerekçesiyle yaptıkları istinaf başvurusunu değerlendirecek olan merci bölge adliye mahkemesi iken, sanığın idari yaptırım kararı verilmesine itiraz etmesi durumunda itiraz incelemesini CMK'nın 268. maddesine göre belirlenecek itiraz merci yapacaktır.[14]

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli nokta; mahkemece verilen hükmün istinaf veya temyiz kanun yolunda incelenmesi sırasında bu incelemeyi yapan mercilerce kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmadığının, kabahat oluşturduğunun anlaşılması durumunda ne şekilde karar vermeleri gerektiğidir. Öncelikle istinaf kanun yolu açısından konuyu ele alalım.

İstinaf kanun yolunun en önemli özelliği maddi vakanın, yani uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin yeniden incelenmesidir.[15] İstinafta, ilk derece mahkemesince verilmiş hüküm, hem uyuşmazlık konusu maddi olayın içeriğinin değerlendirilmesi, hem de hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi bakımından yetkili merci tarafından incelenmektedir.[16] İstinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesi dava dosyasını inceledikten sonra ayrıntısı CMK'nın 280. maddesinde yer alan haller söz konusu ise istinaf başvurusunun esastan reddine veya hükmün bozulmasına karar verir; diğer hâllerde ise, gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verir. Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar. Bu kapsamda bölge adliye mahkemesinin kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmadığına, kabahat oluşturduğuna kanaat getirmesi durumunda CMK'nın 280. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet hükmünün kaldırılmasına ve sanığın beraatine karar vermesi ve aynı zamanda 5326 sayılı Kanun'un 24. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak idari yaptırım kararı da vermesi gerekir.[17'18]

---

[14] 5326 sayılı Kanun m. 27/5: "İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir."

[15] Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 1683; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 814.

[16] Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 540; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 333; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 708.

[17] Aynı yöndeki görüş için Kangal, 2019, s. 399-400.

[18] "...Bu itibarla, sanığın kendisine yüklenen eyleminin suç oluşturmayıp kabahat niteliğinde olması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken yargılamaya devamla atılı suçtan mahkumiyet kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Sanığa yüklenen eylemin suç teşkil etmediği, 5490 sayılı yasanın 68/1-c maddesi 2. Cümlesi kapsamında kabahat olarak nitelendirilmesi gerektiği anlaşılmakla;

Temyiz incelemesi sırasında Yargıtay, kural olarak bölge adliye mahkemesinin kararını sadece hukuka uygunluk yönünden denetleyebilir; bölge adliye mahkemesinin sabit olarak kabul ettiği maddi olaya hukuk kurallarını uygularken hata yapıp yapmadığı Yargıtay tarafından denetlenecektir.[19] CMK'nın 303. maddesine göre, hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı Yargıtay tarafından hüküm bozulmuş ise, olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden sanığın beraatine hükmolunması gerekirse davanın esası hakkındaki bu karar Yargıtay tarafından verilebilecektir. Bu kapsamda, temyiz incelemesi sırasında Yargıtay tarafından kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmadığı; kabahat niteliğinde bir fiil olduğu tespit edildiği takdirde, mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmesine, ardından, sanığın beraatine hükmedilmek ve kabahatten dolayı idari yaptırım uygulanmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilebilecektir.[20]

CMK 280/1-a ve 303/1-a maddeleri uyarınca bu hukuka aykırılıkların Dairemizce düzeltilebilir nitelikte olduğu anlaşıldığından, 1-İlk Derece Mahkemesince sanığın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen hükmün KALDIRILMASINA, Kaldırılmasına karar verilen İlk Derece Mahkemesi hükmünün yerine: Sanık hakkında 5490 sayılı Yasa'nın 67. Maddesine muhalefet suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de; sanığın fiilinin kanunda suç olarak düzenlenmemesi sebebiyle CMK'nin 223/2-a maddesi gereğince BERAATİNE, Sanığın eyleminin 5490 sayılı Kanun'un 68/1-c maddesinde düzenlenen idari para cezasını gerektiren kabahati oluşturması nedeniyle sanığın 5490 sayılı Kanun'un 68/1-c maddesi gereğince 1.649-TL İdari Para Cezası ile CEZALANDIRILMASINA, Yargılama giderlerinin kamu üzerinde bırakılmasına," İfadeleri yazılmak suretiyle, CMK'nun 303/1-a maddesi uyarınca HÜKÜM DÜZELTİLEREK İSTİNAF BAŞVURUSUNUN ESASTAN REDDİNE,..." (Ankara BAM 9. CD, E: 2019/9853, K: 2021/5933, T. 20.12.2021)

"Ankara ...Asliye Ceza Mahkemesinin .../.../2020 tarih 2019/... Esas ve 2020/... Karar sayılı sanığın başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle iftira suçundan mahkumiyetine ilişkin hükmünün 7035 sayılı yasanın 15. maddesi ile değişik CMK'nın 280/1-a maddesi yollamasıyla CMK'nın 303/1-a maddesi gereğince KALDIRILMASINA, b)Sanığın üzerine atılı başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle iftira suçunun unsurları oluşmadığından CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince BERAATİNE, c) Yargılama giderinin Hazine üzerinde bırakılmasına,2-Sanığın eyleminin "kimliği hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunma" kabahatini oluşturduğu anlaşılmakla sanığın kabahatine uyan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 24 ve 40/1 maddesi uyarınca 153 TL İDARİ PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, Bu şekilde hukuka aykırılığın DÜZELTİLEREK İSTİNAF BAŞVURUSUNUN ESASTAN REDDİNE..." (Ankara BAM 25. CD, E: 2020/2885, K: 2021/1763, T. 29.11.2021)

[19] Bu husus CMK'nın 288'inci maddesinde: "(1) Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. (2) Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır." şeklinde ifade edilmiştir.

[20] "...Sanığın köy halkının ortak kullanımında olan, abonelik esasına tabi olmayan köy içme suyunu havalandırma kuyusunun betonunu delmek ve hortum kullanmak suretiyle biriken suyu kullanması şeklindeki eyleminin TCK kapsamında suç teşkil etmediği, sanığın eyleminin 7478 sayılı Köy İçme Suları Hakkında Kanunu'nun 5728 sayılı Yasa ile değişik 16/2. maddesi kapsamında kaldığı ve idari para cezasını gerektirir nitelikte kabahat fiilini oluşturduğu; bu itibarla CMK'nın 223/1-a maddesi gereğince

Mahkemeye kabahatten dolayı idari yaptırım kararı verme yetkisi veren 5326 sayılı Kanun'un 24. maddesi dışında, aynı Kanun'un *"Tüzel Kişilerin Sorumluluğu"* başlıklı 43/A maddesinde de ekonomik çıkar elde etmek amacıyla tüzel kişi yararına işlenen bazı suçlardan[21] dolayı yargılama yapmakla görevli mahkemece idari yaptırım kararı verme yetkisi yer almaktadır.[22] Bu düzenleme, 24. maddede yer alan düzenlemeden önemli ölçüde farklılık arz etmektedir. 24. maddesine dayanarak mahkemenin idari yaptırım kararı verebilmesi için, daha önce de belirtildiği gibi kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmadığının anlaşılması veya fiil suç oluşturmasına rağmen suçtan dolayı cezai yaptırım uygulanamayan haller nedeniyle faile ceza verilemiyor olması

---

sanık hakkında hırsızlık suçundan dolayı beraat kararı verilmesi ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2-c maddesi gereğince idari para cezasının soruşturma zamanaşımının da dolması nedeniyle zamanaşımından düşürülmesi gerekliliği, Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA, ancak bu aykırılığın 1412 sayılı CMUK'nın 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün olduğundan sanığın eyleminin suç teşkil etmediğinin anlaşılması nedeniyle CMK'nın 223/2-a maddesi uyarınca hırsızlık suçundan dolayı BERAATİNE; sanığın eylemine uyan 7478 sayılı Köy İçme Suları Hakkında Kanunu'nun 5728 sayılı Yasa ile değişik 16/2. maddesinde öngörülen idari para cezasının miktarına göre, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2-c maddesinde yazılı 3 yıllık soruşturma zamanaşımının eylemin gerçekleştiği 21/10/2011 tarihinden inceleme tarihine kadar gerçekleştiği anlaşıldığından ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususta 1412 sayılı CMUK'nın 322. ve Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak karar verilmesi mümkün bulunduğundan Kabahatler Kanunu'nun 20/1. maddesi uyarınca sanık hakkında İDARİ PARA CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, 10/01/2022 gününde oy birliğiyle karar verildi." (Yargıtay 2. CD, E: 2021/9402, K: 2022/76, T. 10.01.2022,
(https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ s.e.t.: 28.01.2022)

[21] 5326 sayılı Kanun m. 43/1 :
"a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;
1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçu,
2) (Ek:27/12/2020-7262/19 md.) 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu,
3) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçu,
4) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçu,
5) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçu,
6) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu,
b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu,
c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçları,
ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suç,
d) (Değişik:27/12/2020-7262/19 md.) 7/2/2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde tanımlanan terörizmin finansmanı suçu"

[22] Güçlü, Yaşar, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 197.

gerekmekle birlikte, 43/A maddesine göre mahkemece idari yaptırım uygulanabilmesi için, 24. maddedeki şartlar aranmamakta, aksine organ veya temsilcisince işlenen suçla bağlantılı olarak tüzel kişi yararına haksız çıkar elde edilmesi durumunda tüzel kişi hakkında idari para cezası uygulanması amaçlanmaktadır. Bilindiği üzere, suç faili ancak gerçek kişi olabilir; tüzel kişiler bir suçun faili olamazlar. Bu kapsamda, işlenen suçtan dolayı gerçek kişi fail hakkında ceza hukuku yaptırımları olan hapis ve adli para cezası tatbik edilebilir; tüzel kişiler hakkında bu yaptırımlar uygulanamaz, ancak faaliyet izninin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanabilir. TCK'nın müsadere hükümlerinin tüzel kişiler hakkında tatbik edilmesi için, organ veya temsilcinin işlediği suçtan dolayı tüzel kişinin sağladığı yararın tespit edilmesi gerekir; tüzel kişi yararına elde edildiği tam olarak tespit edilen haksız menfaat miktarı ile ilgili olarak kazanç müsaderesi hükümleri uygulanabilir, miktarın tam olarak tespit edilemeyen kısmı ile ilgili olarak bu güvenlik tedbiri uygulamayacağı gibi suç faili olamayacağından dolayı tüzel kişiye adli para cezası da verilemez. Tüzel kişi yararına haksız ekonomik çıkar elde etmek amacıyla işlenip de bu haksız çıkar miktarının tam olarak tespit edilemediği bu tür durumlarda 5326 sayılı Kanun'un 43/A maddesi uygulama alanı bulacaktır.[23]

II. KABAHATLER KANUNU'NA GÖRE CUMHURİYET SAVCISININ VE MAHKEMENİN İDARİ YAPTIRIM KARARI ALMA YETKİSİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yukarıda 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddeleriyle idari yaptırım kararı alma yetkisinin idari makamlar yanında Cumhuriyet savcısına ve mahkemelere de verildiğini, hangi durumlarda Cumhuriyet savcısının ve mahkemelerin idari yaptırım kararı alabilecekleri incelenmiştir.

5326 sayılı Kanun'un 3/1-b maddesindeki düzenleme gereğince, bu Kanun'un kanun yollarına ilişkin hükümleri dışındaki[24] tüm genel hükümleri idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren tüm fiiller hakkında uygulanacaktır. Kanun Koyucu, Kanun'un 1. maddesinden başlayarak, çeşitli kabahatlerin düzenlendiği 32. maddesine kadar olan düzenlemeleri *"genel hükümler"* olarak kabul etmiştir. Bu sebeple inceleme konumuz olan 23 ve 24. maddeler de bu genel hükümler içerisinde yer almakta olup, özel kanunlarda düzenlenmiş olan tüm idari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin fiillere de uygulanacaktır. Bu düzenlemeler gereğince Cumhuriyet savcısı ve mahkemeler de 23 ve 24. maddelerdeki

[23] Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 667.

[24] 5326 sayılı Kanun 3/1-a maddesi: "…İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde… uygulanır."

ihtimallerin gerçekleşmesi ile alanında uzmanlaşmış pek çok kurumun görevi kapsamına giren konularda idari yaptırım kararı alma yetkisine sahip olacaktır. Bu durum da Cumhuriyet savcısının ve mahkemelerin idari yaptırım uygulayabilmesini daha da önemli hale getirmektedir.

5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddelerine dayanarak Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin idari makamların yerine geçerek bir idari yaptırım kararı alması, özellikle 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddelerinin de dahil olduğu genel hükümlerinin tüm idari para cezalarına uygulanacak olması, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin çok geniş bir alanda idari yaptırım kararı alınabilmesi sonucunu doğuracaktır. Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere tanınmış olan bu yetki hem teori hem de uygulamaya ilişkin bazı açılardan ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

A. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ BAKIMINDAN

Cumhuriyet savcısının ve mahkemelerin idari yaptırım kararı verebilmeleri öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından incelenmelidir. Hukuk devleti ilkesinin de en temel gereklerinden bir tanesi olan kuvvetler ayrılığı ilkesi; yasama, yürütme ve yargı organlarının uyumlu bir iş bölümü içerisinde olmalarını ancak birbirlerinin faaliyet alanlarına müdahale etmemelerini gerektirir. Anayasamızın başlangıç kısmında[25] devlet organları arasında bir iş bölümü ve iş birliği olarak ifade edilen kuvvetler ayrılığı, Anayasa'nın 7, 8 ve 9. maddeleri ile yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları için ayrı makamların yetkilendirilmesi ile hem Anayasamıza hem de Devlet yönetimine hâkim bir ilke halini almıştır. Makul bir sebep bulunmadığı sürece yasama, yürütme ve yargı ayrımına aykırı düzenlemeler kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi idareyi fonksiyonel anlamda idare olarak kabul ettiğimizde, yasama ve yargı mercileri de idari fonksiyona dahil konularda idari işlem tesis edebilmektedir. Bu işlemler adeta bir idari makam tarafından gerçekleştirilmiş gibi idari yargı mercilerinin yargısal denetimine tabi tutulmaktadırlar. 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddelerinde de Cumhuriyet savcıları ve mahkemeler tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesi, yargı merciinin idari işlem yapabilmesine verilebilecek örneklerdendir. Ancak 5326 sayılı Kanun'a dayanarak Cumhuriyet savcısının ve mahkemenin idari yaptırım kararı verebilmesi yargı merci tarafından gerçekleştirilen diğer idari işlemlerden birtakım farklılıklar taşımaktadır. Şöyle ki, yasama organının ve yargı organının tesis etmiş olduğu idari işlemler, bu

[25] "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;..."

organların bir idari makam olarak tesis ettikleri işlemlerdir. Örneğin, TBMM Başkanlığı tarafından bir Meclis çalışanının özlük haklarına yönelik işlem tesis edilmesi, ilgili hâkim veya adalet komisyonu tarafından kalem çalışanına disiplin cezası verilmesi işlemlerinde aynı zamanda idari amir olarak yasama ve yargı organları tarafından idari işlem tesis edildiğini görmekteyiz. Ancak 5326 sayılı Kanun'a dayanarak Cumhuriyet savcısının veya mahkemenin idari yaptırım kararı vermesinde ise hem Cumhuriyet savcısı hem de mahkeme, yaptıkları soruşturma ve kovuşturma faaliyeti esnasında idari makamın yerine geçerek bir idari işlem tesis etmektedir. Bu yönüyle Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin idari yaptırım kararı vermesi, yargı mercileri tarafından tesis edilen diğer idari işlemlerden farklılıklar göstermektedir.

İleride ayrıntılı olarak incelenecek olan konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin tanınmasının, usul ekonomisi gerekçesine dayandığı ifade edilmiştir. Ancak günümüz teknolojik imkanları ile elektronik ortamda yazışmaların ne kadar kolaylıkla ve süratle yapıldığını, bu kapsamda belgelerin anlık olarak bir kamu kurumundan bir başka kamu kurumuna elektronik imza ile yapılan yazışmalarla gönderilebildiğini dikkate aldığımızda, bu gerekçenin makul ve hukuki bir gerekçe olmadığı anlaşılacaktır. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin idari yaptırım kararı alabilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.[26]

B. YAPTIRIMIN TAKDİRİ BAKIMINDAN

Kuvvetler ayrılığı aynı zamanda her bir organın kendi görev alanı içerisinde uzmanlaşması sonucunu da doğurur. Özellikle idare tarafından teknik değerlendirmelerin yapılmasının gerektiren hallerde ve takdir yetkisinin var olduğu durumlarda yargı merciinin idarenin yerine geçerek yaptırım kararı vermesi, sağlıklı bir sonuç doğurmayacaktır. Özellikle fiilin ağırlığına göre yaptırımın türünün veya miktarının değişebildiği durumlarda, yetkili idari makam kabahat oluşturan fiilin ağırlığını değerlendirecek, özellikle geçmiş uygulamaları da dikkate alarak yaptırımın türünü ve/veya miktarını belirleyecektir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi genel kanun niteliğinde olması ve Kanun'un 3. maddesindeki, Kanun'un genel hükümlerin tüm idari para cezalarına uygulanması yönündeki düzenleme gereğince, tüm kamu kurumları tarafından uygulanacak idari para cezaları için Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin idari yaptırıma karar vermeleri mümkündür.

Örneğin, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 18. maddesinde bu Kanun'da yer alan kabahatlere uygulanacak olan

[26] Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz: Ali Ulusoy, "Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanunun Değerlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, s. 33-34.

yaptırımlar düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre uygulanacak yaptırımlar Kanun'un muhtelif maddelerindeki fiillerin gerçekleşmesi halinde gündeme gelecektir. Bu maddede para cezalarının uygulanmasında, para cezalarının alt limiti ile üst limitlerinin belirlendiği ve bu parasal limitler arasında miktar belirleme yetkisinin yetkili makamın takdirine bırakıldığı görülmektedir.[27] İşte bu gibi hallerde idari makam, örneğimize göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu, fiilin idari yaptırım gerektiren bir fiil olup olmadığını tespit edecek; yaptırım gerektiren bir fiilin tespiti halinde de yaptırım miktarını belirlerken; yaptırım gerektiren fiilin teknik anlamda özelliklerini, ağırlığını, daha önceki emsali fiillere uygulanan yaptırımları dikkate alacaktır. Yaptırım uygulanacak fiilin ve yaptırımın miktarının tespitinin teknik değerlendirmeler ve uzmanlaşmalar gerektirmesi sebebiyle bu gibi durumlarda yaptırım uygulama yetkisi ilgili idari kuruma tanınmıştır. Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere bu gibi teknik alanlarda idari yaptırım kararı alma yetkisinin tanınması bu amaca da aykırıdır.

İdari yaptırımın türünün ve/veya miktarının belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisinin tanınmış olduğu hallerde Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin idari yaptırım uygulaması, 5326 sayılı Kanun'da zorunluluk içerir şekilde düzenlendiği için üzerinde daha fazla düşünülmeyi gerektirmektedir. Şöyle ki, Kanun'un lafzına bakıldığında, 23. maddenin 3. fıkrasında, *"Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idari yaptırım kararı verir"* cümlesindeki *"verir"* kelimesi bir zorunluluğa işaret etmektedir. Aynı şekilde 24. maddede de *"Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir"* düzenlemesindeki *"verilir"* kelimesi ile bir zorunluluk ifade edilmektedir. Diğer bir ifade ile bu düzenlemelerdeki ihtimaller gerçekleştiğinde Cumhuriyet savcısının veya mahkemenin idari yaptırım uygulanması için dosyayı ilgili kamu kurum veya kuruluşuna göndermesi mümkün değildir, idari yaptırım kararını kendilerinin tesis etmesi gerekmektedir.[28] Bu durum adli mercileri

[27] MADDE 18- (1) Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir.

[28] Yargıtay tarafından da mahkemece idari yaptırım kararı verilmesi gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Örneğin; "Kabahatler Kanunun 24. maddesi uyarınca kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğu anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verileceği gözetilmeden yazılı şekilde görevsizlik ve idareye ihbarda bulunulmasına karar

uzmanlaşmadıkları bir alanda ve bu konuda uzmanlaşmış idari merciin yerine geçerek idari yaptırım kararı almaya zorlamaktadır.

Aynı zamanda Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin idari yaptırım kararı alması, Gülan tarafından da haklı olarak ifade edildiği gibi aynı yaptırıma maruz kalanlar arasında farkların oluşmasına da sebep olabilecek niteliktedir.[29] Özellikle spesifik kanuni düzenlemelerde yer alan ve teknik değerlendirmeleri gerektiren yaptırım kararlarının alınmasında, idare ile adli merciler rafından yapılan değerlendirmeler farklılık arz edebilir.

C. KABAHATLER KANUNU'NUN KABUL EDİLİŞ AMACI BAKIMINDAN

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde suçlar, cürüm ve kabahatler olarak tarif edilmekte ve kabahat niteliğindeki fiillere Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleri gereğince yaptırım uygulanmaktaydı. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte kabahat niteliğindeki fiiller ve bunlara uygulanacak yaptırımlar Türk Ceza Kanunu kapsamı dışına çıkarılmış ve bu doğrultuda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kabul edilmiştir.

Kabahatler Kanunu şeklinde ayrı bir genel kanun çıkarılmasındaki amaç, tüm idari yaptırımlar için ortak hükümler getirmek aynı zamanda kabahatlerin tespitinin ve yaptırım uygulanmasının adli mercilerin görev alanı dışına çıkarılması ve tamamen idari bir süreç içerisinde bu aşamaların tamamlanmasıdır. 5326 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de adli para cezaları ile idari para cezaları arasındaki ayrıma değinilerek, ikisi arasındaki farklardan birinin de yaptırıma karar veren merci olduğu

---

verilmesi, Kanuna aykırı ve katılan vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle HÜKMÜN BOZULMASINA…". Yargıtay 19. CD, E: 2015/508, K: 1015/326, (Aktaran: Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2014, s.162).

[29] Gülan, 5326 sayılı Kanunun 23 ve 24. maddeleri ile savcı ve mahkemelere idari yaptırım kararı vermek yetkisini; "Bu düzenleme idari işlem alanı ile yargısal işlev alanının birbiri içine girmesi sebebiyle isabetli sayılamaz. İdari yaptırım verme konusunda yarışan ve çakışan yetkilerin ortaya çıkmasına yol açan ve kuvvetler ayrılığı konusunda tereddütlere yol açan bu yaklaşımın ortaya çıkardığı yeni durumun anlaşılabilir bir gerekçesi bulunmamaktadır. Yargı işlevini yapan merciin bir anda karşılaştığı durum sebebiyle yetkili idari makama duyurmak yerine karar alabilmesini mümkün görmek, hem yargısal denetimi başkalaştırdığı için hem de aynı yaptırıma maruz kalanlar arasında farklar oluşturacağı için bir sorun çözmek yerine yeni ve kendine özgü sorunlar doğuracak bir yaklaşımın kanuna yansımasıdır." ifadeleriyle eleştirmiştir. Aydın Gülan, "Kabahatler Kanunu'ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim", S. 1, Yıl 1, MESS Sicil, s.161-162. Aynı fiilleri işleyenlere yargı mercilerinin ve idari makamların yaptırım uygulamasından kaynaklanacak sorunlara ilişkin değerlendirmeler için bkz: Ulusoy, s. 35.

ve idari para cezalarına idari görev yapan bir kişi veya kurul tarafından karar verileceği vurgulanmıştır. Kanun'un 23 ve 24. maddeleriyle Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin tanınması, genel gerekçede de ifade edilen Kanun'un amacına açıkça aykırıdır.[30]

D. USUL EKONOMİSİ BAKIMINDAN

5326 sayılı Kanun ile Cumhuriyet savcıları ve mahkemelere tanınmış olan idari yaptırım kararı alma yetkisine ilişkin düzenleme, Hükümet Tasarısında bulunmamasına rağmen Adalet Komisyonunda eklenmiştir.[31] Bu sebeple hükümet tasarısında yer alan gerekçede ifade edilmemiş olsa da Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisi tanınması sebebinin usul ekonomisi olduğu anlaşılmaktadır.[32] Anayasa Mahkemesi de söz konusu maddeler ile ilgili kararında bu hususa vurgu yapmıştır.

5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddeleriyle Cumhuriyet savcısına ve mahkemeye idari yaptırım kararı tesis etme yetkisinin verilmesi, Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile somut norm denetimine konu olmuştur. Başvuruda idari yaptırım kararı verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına ve mahkemelere tanınmasının genel idare ve idarenin bütünlüğü ilkelerine aykırı olduğu ve bu sebeple Anayasanın başlangıç kısmı dahil pek çok maddesine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi; Cumhuriyet savcısının ve mahkemenin kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı almasının istisnai nitelikte olduğunu asıl yetkinin idareye tanındığını, bu yetkinin tanınmasının nedeninin görevsizlik kararı verilerek işin uzatılması yerine süratle bitirilmesi olduğunu ve düzenlemenin davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. maddesi ile de uyumlu olduğunu belirterek, düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[33] Anayasa Mahkemesi bu kararında

---

[30] Benzer görüş için bkz.: Yurtcan, 2014, s.157-158; Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, s.177-178; Atilla İnan/İbrahim Demir, Açıklamalı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu, Türkiye Belediyeler Birliği Yayını, Ankara, 2014, s. 137.

[31] İnan/Demir, 2014, s.136.

[32] Bununla beraber bu düzenlemelerin altında yatan sebebin yerel yönetimlere duyulan güvensizlik olduğu da ifade edilmektedir. Bkz.: İnan/Demir, 2014, s.137.

[33] "İtiraz konusu kurallar 5326 sayılı Yasa'nın 22., 23. ve 24. maddeleri ve aynı Yasa'nın 3. maddesinin iptal gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Cumhuriyet savcısının kabahat dolayısıyla idari yaptırım uygulamasının istisnaî olduğu, hafif hapis ve hafif para cezasından dönüştürülenler dışında bu konuda asıl yetkinin idareye tanındığı görülmektedir. Cumhuriyet savcısına bu yetkinin tanınması nedeninin görevsizlik kararı verilerek işin uzatılması yerine süratle bitirilmesi olduğu anlaşıldığından, düzenlemelerin Anayasa'nın 123., 125. ve 128. maddelerine aykırı olmadığı gibi, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. maddesiyle de uyumlu olduğu kanısına varılmıştır." AYM, E: 2005/108, K: 2006/35, T: 01.03.2006,

itirazı sadece Anayasa'nın 123, 125 ve 128. maddeleri açısından değerlendirmiş, itiraz konusu olan diğer maddeler açısından konuyu ele almamıştır.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi söz konusu kanuni düzenlemelerin Anayasaya uygunluğuna 141. maddede düzenlenen usul ekonomisini gerekçe olarak kabul etmiştir. Ancak Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin tanınmasının Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ile herhangi bir ilgilisinin bulunmadığı kanaatindeyiz. 141. maddede yer alan ve usul ekonomisi olarak ifade edilen hüküm şu şekildedir: *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir"*. Anayasa'nın bu düzenlemesi ile *"davaların"* en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması hedeflenmiş ve bu görev yargıya verilmiştir. Ancak inceleme konumuz olan 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddeleri ile Cumhuriyet savcısı ve hakimlere verilen yetki, idari yaptırım kararı alma yetkisidir. Yani ortada herhangi bir dava bulunmamaktadır. Tam aksine yargısal faaliyetin devamı sırasında, bu yargısal faaliyetin dışına çıkılarak adeta bir idari makam gibi savcı ve hakimler idari işlem tesis etmektedirler. Bu sebeple Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ile Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı verilmesinin herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bir sonraki başlık altında değinileceği gibi yargının iş yükünü artırarak, yargısal faaliyetleri geciktirebilecek nitelikte bir düzenlemedir. Kaldı ki daha önce de ifade ettiğimiz gibi, günümüz teknolojik imkanları ile elektronik ortamda yazışmaların ne kadar kolaylıkla ve süratle yapıldığını dikkate aldığımızda bu gerekçenin makul ve hukuki bir gerekçe olmadığı da anlaşılacaktır.

E. YARGI MERCİLERİNİN İŞ YÜKÜ BAKIMINDAN

Bilinmektedir ki, hep yakınılan ve son dönemlerde yapılan yargı reformları ile de çözüm bulunmaya çalışılan temel problemlerden bir tanesi yargı mercilerinin ağır iş yüküdür. Alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin kabul edilmesinde olduğu gibi pek çok hukuki müessese ile yargı mercilerinin iş yükü hafifletilmeye çalışılmaktadır. Bununla beraber 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddesi ile Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin verilmesi ve bunun zorunlu kılınması yargı mercilerinin iş yükünü arttırıcı bir fonksiyona sahiptir. Özellikle teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren alanlarda kabahat oluşturan fiillerin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların tespiti ciddi bir emek ve zaman gerektirebilecek niteliktedir. Uygulamada bazı Cumhuriyet Başsavcılıklarında idari yaptırım bürosu adı altında birimlerin faaliyet gösterdiği ve bu birimlerde personel istihdam edildiği görülmektedir. Bu durum da adli

(https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, s.e.t.: 28.01.2022).

mercilerin ağır olan asıl iş yükünün yanında normalde idari mercilerin yerine getirmesi gereken ilave bir iş yükü üstlendiğini göstermektedir.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği gibi idari yaptırım; *"idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar"* dır.[34] Yüksek Mahkeme tarafından yapılan bu tanımlamada, yaptırımın *"idare hukukuna özgü yöntemlerle"* ve *"idare tarafından doğrudan doğruya uygulanması"* idari yaptırım için ayırt edici kriterler olarak vurgulanmıştır. Bununla beraber çalışmamızda incelemeye çalıştığımız gibi 5326 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddeleriyle Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere de idari yaptırım kararı alma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisi tanıyan kanuni düzenleme somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüş ancak Yüksek Mahkeme bu düzenlemeleri Anayasaya aykırı bulmamıştır. Ancak görülmektedir ki, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin verilmesi bizzat Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu idari yaptırım tanımı ile çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan tanımlamada da vurgulandığı gibi, 5326 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de adli para cezası ile idari para cezası ayrımı ortaya konulurken vurgulandığı gibi, idari yaptırımların ayırt edici kriteri idare tarafından tesis edilmesidir. Cumhuriyet Savcısı ve mahkemelerin yargısal faaliyetleri sırasında ve bir yargı merci sıfatıyla idari yaptırım kararı alması kuvvetler ayrılığı ilkesine açıkça aykırıdır. Ayrıca özel kanunlarla spesifik alanlara ilişkin idari yaptırımlar söz konusu olduğunda adli mercilerin idarenin yerine geçerek idari yaptırım kararı almasında kabahat oluşturan fiilin, idari yaptırımın türünün ve/veya miktarının tespitinde zorluklar yaşanabilecek; aynı zamanda Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin bu alanlarda idari yaptırım kararı alması, alanında uzman kurumlara karar alma yetkisinin tanınması ile de çelişki doğuracaktır.

Kabahatler Kanunu şeklinde ayrı bir genel kanun çıkarılmasındaki amaçlardan biri, kabahatlerin tespitinin ve yaptırım uygulanmasının adli mercilerin görev alanı dışına çıkarılması ve tamamen idari bir süreç içerisinde bu aşamaların tamamlanması olduğuna göre, Anayasa'nın 141. maddesinde ifade edilen usul ekonomisi ilkesi de Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere idari yaptırım kararı alma yetkisinin verilmesine gerekçe olabilecek nitelikte değildir. Şöyle ki usul ekonomisi ilkesi yargılama ile ilgili olup davaların en az masrafla ve süratle sonuçlandırılmasını

[34] AYM, E: 2000/43, K: 2004/60, T. 13.05.2004 (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, s.e.t.: 28.01.2022).

hedeflemektedir. Ancak idari yaptırım kararı alınması herhangi bir dava ile ilgili olmayıp, bir davanın hızla sonuçlanmasına da hizmet edecek nitelikte değildir. Tam aksine hep yakınılan bir problem olan yargının iş yükünü daha da artıracak niteliktedir.

Netice itibariyle yapmış olduğumuz tüm bu değerlendirmelere göre, Cumhuriyet savcısı ve mahkemelere yargılama faaliyeti esnasında idari yaptırım kararı almaları yönünde bir zorunluluk içeren kanuni düzenleme yerine, idari yaptırım uygulanması gereken bir durumun tespiti halinde, yaptırım uygulaması için dosyanın ilgili idareye gönderilmesi yönünde bir değişiklik yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

Balta T B, İdare Hukukuna Giriş, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1970.

Centel N/Zafer H., Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Çağlayan R, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Duran L, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Güçlü Y, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Gülan A, "Kabahatler Kanunu'ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim", S.1, Yıl 1, MESS Sicil, s.159-171.

İnan A/Demir İ, Açıklamalı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu, Türkiye Belediyeler Birliği Yayını, Ankara, 2014.

Kangal Z T, Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2019.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Kunter N/Yenisey F/Nuhoğlu A, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Sancaktar O/Önüt L B/Us D E/Kasapoğlu T M/Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Toroslu N/Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara ,2008.

Özay İ H, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul, 1985.

Özay İ H, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002.

Özbek V Ö, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Ulusoy A, "Erkler Ayrılığı ve Yürütme- Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanunun Değerlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, s. 21- 37.

Yurtcan E, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2014.

RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİ ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMASI YA DA 'MİLİTAN İNSAN HAKLARI' ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Exclusion of the Russia from the Council of Europe or an Analysis on the 'Militant Human Rights'

Dr. Öğretim Üyesi Fethullah BAYRAKTAR*

Öz: 16 Mart 2022'de Avrupa Konseyi, Statüsü'nün 8. Maddesi çerçevesinde, Rusya'nın Ukrayna'ya yönelik uluslararası hukuka aykırı saldırısı dolayısıyla, insan haklarını ciddi şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle, Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasına karar vermiştir. Bu karar, Rusya'nın bir gün önce örgütten çekildiğini açıklamasına rağmen alınmıştır. Böylece Rusya'nın uluslararası hukuka aykırı eylemi, bu ülkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden uzaklaştırılması suretiyle cezalandırılmak istenmiştir. Oysaki Rusya'nın dışlanması, izole edilmesi, damgalanması dâhil farklı amaçlarla gerçekleştirilen bu cezalandırma kararı, insan haklarının korunmasına hizmet etmekten ziyade, 'militan insan hakları' kavramını akla getirmekle kalmamış, insan haklarının mevzi kaybetmesine de zemin hazırlamıştır. Zira devlete karşı bireyin şahsi alanını güvence altına alma amacındayken, kendini korumak için uygulama ve koruma alanını daraltan insan hakları politikası, bu yönüyle militanlaşmaya doğru evrilirken, devletin oto-koruma refleksiyle de nihilizme kayma eğilimindedir. Bu ise, insanlığın yüzlerce yıl sonucunda devlete karşı kazandığı alanın, insan haklarının korunması varsayımıyla devlete terkedilmesidir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Devlet, Militan İnsan Hakları, Avrupa Konseyi, Rusya.

Abstract: On March 16, 2022, the Council of Europe, in accordance with Article 8 of its Statute, decided to exclude the Russian Federation from the Council of Europe, on the grounds that it violated seriously human rights due to unlawful aggression on Ukraine. This decision was made despite the fact that Russia had announced its withdrawal from the organization the day before. It is desired to punish Russia's unlawful act, by removing it from the European Convention on Human Rights and therefore from the European Court of Human Rights. However, this punishment decision, which was carried out for different purposes including the exclusion, isolation and stigmatization of Russia, not only did not serve the protection of human rights, but also brought to mind the concept of "militant human rights", and also paved the way for human rights to lose their position. While aiming to secure the personal space of the individual against the state, the human rights policy, narrowing the field of application and protection in order to protect itself, evolves into militancy with this aspect, and tends to slip into nihilism with the auto-protection reflex of the state. This is the abandonment of the area that humanity has won against the state for hundreds of years, with the assumption of protecting human rights.

Keywords: Human Rights, State, Militant Human Rights, Council of Europe, Russia.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD, fethullah.bayraktar@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3977-0726.

Makale Geliş Tarihi: 17.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 16.05.2022

GİRİŞ

İnsan hakları, devlet hâkimiyetine ve otoritesine karşı alan açma çabasının adıdır.[1] Modern devletin geçmişten tevarüs ettiği hâkim, sahiplenici ve yok edici etkisi karşısında, bireylerin oto-koruma refleksinin bir sonucudur.[2] 1215 tarihli Magna Carta belgesinden bu yana artan bir şekilde devletin hâkimiyet alanını sınırlandıran ve bireye mana yükleyen bu kavram,[3] insanın münhasıran bir uluslararası hukuk süjesi olmasını da sağlamıştır. Artık birey, vatandaşlıktan bağımsız şekilde, salt insan olmanın verdiği nitelik dolayısıyla, sınır aşan bir hukuki aktördür. Belki de, uluslararası hukukun bireye kazandırmış olduğu en kıymetli netice, ulus üstü bir nitelik kazandırılarak, insan haklarının vazgeçilmez ve müdahale edilemez olduğunun tespitidir.[4] Bu hakların korunması bakımından ise, yine uluslararası hukukun geleneksel devlet egemenliği yaklaşımının dışına çıkılarak, bağlayıcı nitelikte kararlar veren ve ulus üstü bir mekanizma olan Avrupa Konseyi gibi mekanizmalarla, devletin inisiyatifine bırakılmayan bir çerçeve oluşturulabilmiştir.[5]

İnsan hakları, devlet hâkimiyetine karşı bireyin alan açma çabası olduğundan doğal olarak devlet tarafından arzu edilebilir bir konu ve yükümlülük değildir. Zira devletin yetki alanının daraltıldığı bir süreci, iç hâkimiyeti bağlamında kendi lehine devletin kullanamayacağı izahtan varestedir. Bilhassa, insan haklarının ulus üstü mekanizmalarla devlet egemenliği aleyhine korunmasının ve bu kapsamda devletlere insan haklarına müdahale teşkil edecek yetkiler kullanırken sınırların dikte edilmesinin, devletler tarafından tercih edilebilirliği bulunmamaktadır. Zira insan haklarına müdahale noktasında mutlak hâkimiyet ve layüsel uygulamadan vazgeçerek, ulus üstü mekanizmaların tavsiye ve dikteleri ile karşılaşmak, hiç bir devlet açısından tercih edilebilecek bir durum değildir.[6] Bu durumda insan haklarını ihlal eden devletlerin, insan haklarını koruma ve denetleme amaçlı oluşturulmuş ulus üstü mekanizmalardan dışlanması, insan haklarını koruma refleksiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim bu durum, yetki ve alan paylaşımında, ulus

---

1 "*This is based on the understanding that the holders of the rights recognized in the American Convention, who would be left unprotected by the inter-American judicial protection, are in an asymmetrical position in relation to the power of the State*", Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Danışma Görüşü, OC-26/20, §58, (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_eng.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

2 Şeref Ünal, "İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri", S.1, 1994, Ankara Barosu Dergisi, ss. 41-74, s. 49.

3 Deniz Acaray, "İnsan Haklarının Korunması Amacıyla Devlet İktidarının Sınırlandırılması ve Siyasal Katılmanın Buna Etkisi", C.2, S.4, 2013, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 119-144, s. 121.

4 Betül Çatal, "İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar", C.1, S.1, 2018, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss. 69-99, s. 71.

5 Ibid, s. 88 vd.

6 Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Danışma Görüşü, OC-26/20, §53 vd.

üstü mekanizmalar dolayısıyla geriye doğru çekilmek zorunda kalmış devlete, alan genişletmesi ve yetki artırımı noktasında aradığı imkânı sunmaktan başka bir anlam ifade etmeyecektir. Öyleyse insan haklarını ihlal eden devletlerin, militan bir refleks ile insan haklarını koruma ve denetleme amaçlı oluşturulmuş ulus-üstü mekanizmalardan dışlanması, insan haklarını koruma refleksiyle bağdaşır bir davranış olarak kabul edilemeyecektir.

Bir ulus üstü insan haklarını koruma mekanizması olan Avrupa Konseyinden kuruluşundan bugüne iki devlet, üyelikten ayrıldıklarını ilan etmişlerdir.[7] Üyelikten çıkarma bakımından ise birliğin kurulduğu yıl olan 1949'dan bugüne yalnızca Rusya'nın üyelikten çıkarılmasına karar verilmiştir. Bu noktada her ne kadar Yunanistan da Rusya ile benzer bir süreç yaşamışsa da, Yunanistan'ın üyeliğinin askıya alınmasına ilişkin oylama, Yunanistan'ın üyelikten çekildiğini bildirmesi dolayısıyla yapılmamış, Rusya'nın üyelikten çıkarılmasına ilişkin oylama ise, Rusya'nın 15 Mart 2022'de üyelikten ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden (AİHS) çekildiğini bildirmiş olmasına rağmen yapılmıştır. 16 Mart 2022'de Bakanlar Komitesinde gerçekleştirilen oylamada, Rusya dışındaki 46 üye devletten 6'sı oylamaya katılmamış,[8] diğerlerinin oybirliği ile Rusya'nın üyelikten çıkarılmasına karar verilmiştir.[9] Bu karar aynı zamanda, AİHS'den Rusya'nın çıkarılması anlamına da gelmektedir. Zira AİHS'nin 58/3. Maddesine göre: "*Avrupa Konseyi üyeliği sona eren her Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın bu Sözleşme'ye de taraf sıfatı da aynı koşullarla sona erer*", denilmekte, 16 Mart 2022'de Avrupa Konseyinden dışlanan Rusya'nın AİHS'ye taraf olma durumu da, yine bizzat Avrupa Konseyi tarafından böylece sona erdirilmektedir.

---

[7] Bu kapsamda ilk olarak Yunan hükümeti, 1967'de yaşanan cunta sonrası, Konsey'den ayrıldığını açıklamıştır. 1967 Eylül'ünde Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda, Yunanistan'da gerçekleşen insan hakları ihlallerine ilişkin Komisyon'a başvurmuşlardı. Eş zamanlı olarak Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de bir Raportör atayarak durumun incelenmesine karar vermişti. Bunun üzerine cunta hükümeti 12 Aralık 1969'da Konsey üyeliğinden çekildiğini açıklamıştı. Demokrasiye yeniden dönüşle birlikte Yunanistan Konsey üyeliğine de 28 Kasım 1974'te dönmüştür. (https://www.cvce.eu/en/education/unit-content/-/unit/d5906df5-4f83-4603-85f7-0cabc24b9fe1/c383f637-fc8b-4209-95fc-89bf9428bb7b/Resources), (s.e.t. 02.05.2022). 15 Mart 2022'de ise Rusya, Konsey üyeliğinden ayrıldığını ilan etmiştir. (https://www.aa.com.tr/en/europe/russia-launches-withdrawal-process-from-council-of-europe/2536194), (s.e.t. 02.05.2022).

[8] Batı basınında, Rusya'nın üyelikten çıkarılması kararının oybirliği ile alındığı ifade edilse de, Rus medyasına göre 6 devlet oylamaya katılmamıştır. Bu devletler: Azerbaycan, Ermenistan, Bosna-Hersek, Slovakya, Slovenya ve Sırbistan, (https://1tv.ge/lang/en/news/russia-excluded-from-council-of-europe/#:~:text=Russia%20excluded%20from%20Council%20of%20Europe%20%2D%201TV&text=The%20Russian%20Federation%20ceased%20to,Serbia%2C%20Slovakia%2C%20and%20Slovenia), (s.e.t. 02.05.2022).

[9] (https://www.coe.int/en/web/baku/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe), (s.e.t. 02.05.2022).

Nitekim Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinin, bu ülkenin Ukrayna'yı işgali sonrası sonlandırılmasının, insan haklarına gösterilen önem dolayısıyla değil, politik mülahazalarla gerçekleştirilmiş bir tavır olarak, hem insan haklarının militan yorumuna sebebiyet verdiği, hem de insan haklarının politizasyonuna yol açtığı göz ardı edilmiştir. Oysaki insan hakları militanlaştırılamayacak, kendini korumak için uygulama kapsamını daraltamayacak bir konu olarak öne çıkmaktadır. Buna rağmen, bir devletin ulus üstü insan haklarını koruma mekanizmasından çıkartılması, insan haklarına saygı duymayan devletlerin cezalandırılmasından ziyade, insan hakları alanında bir mevzi kaybetmeyi sonuçlamaktadır.

I. BİR ULUS ÜSTÜ İNSAN HAKLARINI KORUMA MEKANİZMASI OLARAK AVRUPA KONSEYİ YA DA İNSAN HAKLARINI KORUMA DA MEVZİ KAZANMAK

Kuruluş amacı olarak insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü prensiplerini şiar edinen Avrupa Konseyi,[10] kendini insan haklarının koruyucusu olarak tavsif etmektedir.[11] Konsey nezdinde ilk imzalanan sözleşme olan AİHS, "*klasik uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, karşılıklı ve iki taraflı taahhütlerin ötesinde, taraf devletlerin yerine getirmesi gereken objektif yükümlülükler yaratan ayırt edici bir niteliğe sahiptir*". [12] AİHS'nin 19. Maddesi ile kurulan ve Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere bir denetim ve yaptırım mekanizması olarak öngörülen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM),[13] bağlayıcı nitelikte vermiş olduğu kararları[14] ile Konseyin insan haklarının korunmasındaki en etkili mekanizmasıdır.[15] Avrupa Konseyi,

---

[10] Bu husus Avrupa Konseyi Statüsünün Başlangıç kısmında "*Halklarının müşterek malı olan ve her gerçek demokrasinin dayandığı bireyin özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin kaynağı bulunan fikri ve ahlâki değerlere sarsılmaz surette bağlı olarak*" ifade edilmektedir. Ayrıca, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının paydaşlığı bakımından bkz. Mücella Can, "İnsan Hakları ve Demokrasi Arasındaki İlişkinin Felsefi Analizi", S. 23, 2019, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 2155-2167, s. 2163.

[11] (https://edoc.coe.int/en/an-overview/6206-the-council-of-europe-guardian-of-human-rights.html), (s.e.t. 02.05.2022).

[12] Ebru Karaman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", C.72, S.1, 2014, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 411-434, s.411.

[13] AİHS madde 19: "*Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle "Mahkeme" olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar*".

[14] Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı başlığını taşıyan AİHS'nin 46. maddesi: "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler*", hükmünü içermektedir.

[15] Jukka Viljanen, "The Role of European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law", 2008. (https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26759.pdf), (s.e.t. 02.05.2022)

kişisel, siyasi ve sosyal hakları ve azınlık haklarını korumak, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere yönelik muamele, ırkçılık, yolsuzluk ve kara para aklamaya karşı mücadele etmek amacıyla ayrıca, uyumsuzluk alanlarını belirlemesine ve üye devletlere tavsiyelerde bulunmasına olanak tanıyan, aktif bir izleme süreci de yürütmektedir.[16]

Bu amaçların daha geniş bir coğrafyada karşılık bulması amacıyla, Avrupa Konseyi soğuk savaş sonrası dönemde eski Sovyet bloku ülkeleri de kapsayacak şekilde genişlemiş ve Rusya'nın da[17] dâhil olduğu 47 üyeli geniş bir platform haline dönüşmüştür. Her ne kadar, genişleme stratejisini Avrupa kıtası ile sınırlı tutsa da,[18] kıta dışında yer alan Gürcistan'ı 1999'da, Azerbaycan ve Ermenistan'ı ise 2001 yılında, Avrupa ile kültürel bağlantısı dolayısıyla[19] Konsey üyeliğe kabul etmiştir. Coğrafi olarak Avrupa kıtasında yer alıp da örgüte üye olmayan sadece Belarus kalmış, örgütün ana hedeflerinden birinin, bu devleti de kapsamak olduğu ifade edilmiştir.[20]

Avrupa Konseyi'ne üyelik davet yolu ile olmaktadır. Üyeliğe davet edilmenin kriterleri, 5 Mayıs 1949'da Londra'da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü'nün[21] 4. Maddesinde ifade edilmektedir. Buna göre: "*Üçüncü madde hükümlerine uymaya ehliyetli olduğuna ve bu hususta istekli bulunduğuna kanaat getirilen her Avrupa Devleti Avrupa Konseyi üyesi olmaya Bakanlar Komitesi tarafından davet edilebilir*". Statünün 3. Maddesinde ise: "*Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve hukuki yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul eder. Birinci bölümde yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette katılmayı taahhüt eder".* Dolayısıyla, Statünün 4. Maddesi ile 3. Maddesinin ilk cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, Avrupa Konseyine üye olabilmek için, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ve temel özgürlüklere uymaya ehliyetli ve istekli olmak gereklidir. Yine, 3. Maddenin ikinci cümlesi olan '*Birinci bölümde yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette katılmayı taahhüt eder"*

---

16 (https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/monitoring-mechanism) (s.e.t. 02.05.2022)

17 28 Şubat 1996'da Rusya, Konseyin 39. Üyesi olmuştur, (https://www.coe.int/en/web/moscow/field-office#:~:text=Russian%20Federation%20became%20the%2039,Europe%20on%2028%20February%201996), (s.e.t. 02.05.2022).

18 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1247 sayılı Tavsiye Kararı, 4 Ekim 1994, (http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15281&lang=en), (s.e.t. 02.05.2022).

19 Report on the Enlargement of the Council of Europe, 10 Haziran 1994, (http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=8102&lang=en), (s.e.t. 02.05.2022).

20 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1992 sayılı Tavsiye Kararı, 25 Ocak 2012, (https://www.coe.int/en/web/programmes/belarus), (s.e.t. 02.05.2022).

21 Avrupa Konseyi Statüsünün Türkçe metni için bkz. (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

hükmüne de 4. Madde kapsamında üyeliğe davet edilmek için atıf yapıldığı dikkate alındığında; "*Birinci bölümde yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette katılmayı taahhüt etmeye ehliyetli olduğuna ve bu hususta istekli bulunduğuna kanaat getirilme",* Avrupa Konseyine üyelik için ikinci kıstas olarak belirmektedir. Statünün Birinci Bölümünü teşkil eden 1. Maddesinde Konsey'in amacı ifade edilmektedir. Buna göre, Avrupa Konseyi, "*müşterek mirasları olan ülkü ve prensipleri korumak ve yaymak ve siyasi, ekonomik ilerlemelerini sağlamak amacıyla daha sıkı bir birlik*" olarak öngörülmüş, bu gayeye ise "*insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesiyle*" varılacağı ifade edilmiştir. Müşterek miras ve ülkünün ne olduğu ise başlangıçta: "*halklarının müşterek malı olan ve her gerçek demokrasinin dayandığı bireyin özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin kaynağı bulunan fikri ve ahlaki değerler*" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Avrupa Konseyi'ne üye olmak için gerekli kriterler, Statünün 4. Maddesinin 3. Maddeye ve 3. Maddenin de 1. Maddeye yaptığı atıf dikkate alındığında; Avrupa kıtasında bir devlet olunması, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına samimi ve fiili surette katılınması, bu ülküler konusunda ehliyetli ve istekli bulunulması şeklinde özetlenebilir.

Avrupa Konseyi Statüsünün 7. Maddesi her üyenin üyelikten ayrılabilme hakkının bulunduğunu ifade etmektedir: "*Avrupa Konseyinin her üyesi bu hususta kararını Genel Sekretere bildirmek suretiyle Konseyden çıkabilir*". Statünün 8. Maddesinde ise, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden her devletin üyelikten çıkarılabileceği ifade edilmektedir: "*Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dâhilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir*". Dolayısıyla Avrupa Konseyi üyeliğinden taraflar, kendi talepleri ile ayrılabileceği gibi, 3. Maddedeki hukukun üstünlüğü prensibini, insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini ve Statünün 1. Bölümündeki Konsey'in amaçlarını ciddi surette ihlal ettiği tespit edilen üye devletler, Konsey tarafından da üyelikten çıkarılabilmektedir.

Avrupa Konseyi'ne üyeliğin ön koşulu, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına uymaya "ehliyetli ve istekli" olunması olduğuna göre, bu ehliyet ve isteğe sahip olmadığı değerlendirilen devletlerin, 8. Madde çerçevesinde üyelikten çıkarılması, yani bir yaptırıma maruz bırakılması genel olarak makul karşılanabilir. Ayrıca, böylesi bir yaptırımın ön görülmesi ile üye devletlerin hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına saygı göstermesi konusunda teşvik edilmesi amaçlanmakta, gerekli koşulların oluştuğu durumlarda bu yaptırımın uygulanması ile de temel ülküleri ihlal eden üye devletlerin, üyelikten çıkarılması suretiyle damgalanması ile onların uluslararası planda izolasyonu hedeflenmektedir. Bu durum, müşterek ülküler etrafında bir birliğin devamı ile Avrupa Konseyi nezdinde prensiplerin aşınmaması

bakımından gerekli bile görülebilir. Son tahlilde bir uluslararası örgüt olan Avrupa Konseyi'nin, kuruluş amaçları ile bağdaşmayan ve ciddi ihlaller gerçekleştiren devletleri 8. Madde çerçevesinde üyelikten çıkarması doğal değerlendirilmelidir.

Ancak, Avrupa Konseyi'nin genişlemesinde ifade edilen kriterlerin mutlak varlığından hareketle bir politika izlemediği, yani bu kriterleri sağlamamasına rağmen devletleri Konsey'e davet ve kabul ettiği bir durumda, üyelikten çıkarmada böylesi bir çerçevede hareket etmesinin, yani bu kriterlerin olmadığından bahisle ilgili devleti Konsey dışına çıkarmasının bir paradoks olduğu tespitinde bulunmak da zaruridir.

Nitekim Rusya'nın üyelik başvurusu üzerine hazırlanan Rapor'da,[22] Rusya'nın üyelik kriterlerini karşılamadığı açıkça tespit edilmiş olmasına rağmen Konsey, üyeliğin kabulü yönünde karar almıştır. Bu karar, Rusya'nın Avrupa Konseyine kabulünün - bir yandan Rusya'nın katılım üzerine gireceği taahhütler[23] ve müteakip izleme prosedürü[24] yoluyla, diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bağlayıcı kararları[25] sonucunda - Rusya'da Avrupa Konseyi standartlarına uygun koşulların yaratılmasına yardımcı olup olmayacağı üzerinden değerlendirerek alınmıştır.[26] Dolayısıyla üyelik koşullarını sağlamayan bir devleti insan hakları ve hukukun üstünlüğü prensiplerine yönlendirme hedefi ve ihtimali bile, Avrupa Konseyi'ne bir devletin üye olarak kabulü için yeterli addedilmiştir. Bu durumda, bir devletin üyeliğinin devam etmesinin, Konseyin hedefleri bakımından, ilgili devletin izlediği politikalar, Konsey'in amaçlarına uyumlu ve istekli olmaması, ihlaller ve benzeri koşullar dikkate alınmaksızın, hassasiyetle arzu edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yani, üyeliğe kabuldeki iyi niyetin ve insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi alanında muhtemel gelişmeler bağlamındaki stratejinin, üyeliğin devamı noktasında da muhafaza edilmesi gereklidir. Bu açıdan bakıldığında, arzu edilen hedefler noktasında eksik ya da yetersiz olsa bile, bir devletin üyelikten

---

22 "*Hukuki işler ve insan hakları açısından, Komite, katı kriterler uygulayarak, Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. ve 4. maddelerinde belirtilen üyelik koşullarını henüz yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır*", (https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7397&lang=enL), (s.e.t. 02.05.2022).

23 Avrupa Konseyi nezdinde imzalanmış uluslararası sözleşmeler bu kapsamda değerlendirilebilir, bkz. (https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list), (s.e.t. 02.05.2022).

24 Bkz. (https://www.coe.int/fr/web/human-rights-rule-of-law/monitoring-mechanism), (s.e.t. 02.05.2022).

25 AİHS, 46. madde: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler".

26 (https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7397&lang=enL), (s.e.t. 02.05.2022).

çıkarılması, Konsey'in kurulma amacı ve geleneksel politikası ile uyuşmamaktadır.

Avrupa Konseyine üye olabilmenin ön koşulu olarak AİHS'ye, dolayısıyla AİHM'ye taraf olma zorunluluğu dikkate alındığında,[27] insan haklarına ilişkin koruma ve denetleme mekanizması süreçlerini beraberinde getiren bir üyeliğin askıya alınması ya da sonlandırılması, o devletin insan hakları bağlamındaki ulus üstü tüm zincirlerden arındırılması ve o devlet vatandaşlarının insan hakları bakımından ilgili devletin vicdanına terk edilmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu durumun Avrupa Konseyi'nin üyeliğe kabulde gösterdiği hassasiyet ve beklenti ile uyuşmayacak bir sonuç olduğu açıktır. Dolayısıyla, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne saygı gösterilmesi konusunda sırf bir taahhüt ve beklenti üzerinden bile bir devletin üyeliğe kabulünü gerçekleştiren Konsey'in, 8. Madde kapsamında devletleri üyelikten çıkarmada da bu beklentiyi göz önünde bulundurmasının ve bu beklentinin henüz yerine getirilmemiş olmasından hareketle devleti Konseyden dışlayarak ilgili devlet vatandaşlarının ulus üstü etkin hukuki korumadan mahrum kalmalarına sebep olmamasının gerekli olduğu söylenebilecektir. Yani, her ne kadar üyeliğe kabul sırasında insan hakları ve hukukun üstünlüğü konusunda gerekli taahhütlerde bulunmuş olmasına rağmen, insan hakları ve hukukun üstünlüğünde öngörülen koşulları yerine getirmeyen ya da getiremeyen bir devletin, bu sebeple üyelikten çıkarılmaması, aksine ileride oluşma ihtimali olabilecek pozitif uygulamalar ve üyelik sürecinde elde edilmesi muhtemel kazanımlar göz önünde bulundurularak, üyelikten çıkarılmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Ayrıca, her ne kadar 8. Madde insan haklarını ciddi şekilde ihlal eden devletlerin üyelikten çıkarılmasına *izin* veriyorsa da, bunun sadece bir izin olduğu bir *zorunluluk* olmadığı dikkatlerden kaçırılmaması gereken bir husustur.

II. RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİ ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMASI YA DA İNSAN HAKLARININ POLİTİZASYONU

24 Şubat 2022'de Rusya'nın Ukrayna topraklarında başlattığı "özel askeri operasyon",[28] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından "saldırı" olarak nitelendirilmiş ve uluslararası hukukun en ağır ihlali olarak değerlendirilmiştir.[29] Bir devletin uluslararası hukuka uygun davranması bir zorunluluk olarak ifade edilebilirse de, hatta insan haklarına saygının bir koşulu olarak da değerlendirilebilirse de, Avrupa Konseyi'nin hedefleri ve prensiplerine doğrudan aykırılık oluşturmadığı da bir gerçektir. Her bir örgütün ilgi alanı, yetkisi ve sorumluluğu kurucu

[27] (https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention), (s.e.t. 02.05.2022).

[28] (https://www.un.org/press/en/2022/sc14803.doc.htm), (s.e.t. 02.05.2022).

[29] A/ES-11/1, 1 Mart 2022, (https://daccess-ods.un.org/tmp/8484550.11844635.html), (s.e.t. 02.05.2022).

metinlerinde tespit edilmektedir. Avrupa Konseyi'nin bu bağlamda genel olarak üye devletlerin uluslararası hukuka uygun hareket etmeleri yönünde teşvik edici bir yetkisi ve sorumluluğu bulunmamaktadır. Nitekim 3. Maddede öngörülen üyelik koşulları, devletlerin uluslararası ilişkilerinde uymaları zorunlu normları değil, iç işlerinde devletin konumu ile bağlantılı kuralları içermektedir. Devletin iç işlerinde hukukun üstünlüğüne riayet etmesi, ya da egemenliği altındaki her şahsın insan haklarından yararlanmasını öngören 3. Maddedeki koşulların, uluslararası hukukun ya da uluslararası ilişkilerin doğrudan alanı içerisinde yer almadığı açıktır. İç işlerinde hukukun üstünlüğüne riayet eden, insan haklarına saygı gösteren bir devletin uluslararası ilişkilerinde hukuka aykırı eylemlerde bulunması mümkün, hatta muhtemeldir.

Avrupa Konseyi'nin ilgi alanı, bir devletin uluslararası hukuk tarafından öngörülen kurallara uygun hareket edip etmediğini denetlemek olmadığına göre, adeta Rusya'ya, Ukrayna işgali dolayısıyla ceza vermek adına, Konsey'in Rusya'nın Ukrayna'yı işgaline ilişkin politik yaklaşımını, tutumunu ve tarafını[30] "insan hakları" kılıfına sokması[31] ve bu kapsamda 3. Maddenin ihlalinden bahisle 8. Maddeyi işletmesi, insan haklarının araçsallaştırılmasından başka bir şey değildir. Yani, insan haklarını dinamik ve en geniş şekilde yorumlama ve uygulama peşinde olan bir örgütün,[32] kâğıt üzerinde insan haklarını gerekçe göstererek, daha doğru bir ifade ile insan haklarını korumak bahanesiyle üye devletlerin üyeliğine son vermesi, fakat aslında bunu 'uluslararası hukuka aykırı bir eylem' dolayısıyla gerçekleştirmesi, gerek insan haklarının, gerekse insan haklarını koruma mekanizmalarının politizasyonuna yol açmaktadır.

Rusya'nın üyelikten çıkarılmasının asıl gerekçesi olarak 'uluslararası hukuka aykırı saldırısı' olarak ifade edilebilir.[33] Öyle ki,

---

[30] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Rusya'nın üyelikten çıkarılmasına ilişkin tavsiye kararında, "*ortak Avrupa evinde bir saldırgana*" yer olmadığı tespitini öne çıkararak, "*Ukrayna halkının yanında yer almak ve onların toprak bütünlüğüne saygı duyulan bağımsız ve egemen bir devlette yaşama haklarını savunmak*" gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 300 sayılı Tavsiye Kararı, 15 Mart 2022, (https://pace.coe.int/en/files/29885/html), (s.e.t. 02.05.2022).

[31] Bakanlar Komitesi'nin Rusya'nın üyelikten çıkarılmasına ilişkin aldığı kararda bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: "*Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik saldırganlığının, Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini ciddi bir şekilde ihlal ettiğini yeniden teyit ederek…", (*https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51), (s.e.t. 02.05.2022).

[32] Yunus Emre Gül, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri", C.18, S.36, 2018, Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, ss. 215-237, s. 231.

[33] Rusya'nın üyelikten çıkarılmasına ilişkin Bakanlar Komitesi kararının başlığı "*Rusya Federasyonunun Ukrayna'ya karşı işgalinin sonuçları*" olarak formüle edilmiş, kararda ise Rusya'nın "*devletlerin barış içinde bir arada yaşamasını yöneten hukuki ve ahlaki normları*

Bakanlar Komitesi Başkanı Luigi Di Maio, Parlamenterler Meclisi Başkanı Tim Cox ve Genel Sekreter Marija Buric, ortak yaptıkları açıklamada: "*Avrupa Konseyi liderleri olarak, Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik saldırganlığını birkaç kez kesin olarak kınadığımızı ifade ettik. Bu haksız ve sebepsiz saldırı, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi'nin, Statü'nün 8. Maddesi uyarınca Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi'nden çıkarılması prosedürünü başlatma kararına yol açtı*"[34] demek suretiyle bu hususu açıkça ifade etmektedirler.

Amacı, hedefi ve ilkeleri ile irtibatlı olmayan meselelerle bağlantılı konularda taraf olma kaygısıyla hareket eden Avrupa Konseyi'nin, idealize edilen hedefleri bir kenara bırakarak, diğer onlarca örneği bulunan, sıradan bir uluslararası örgüt gibi refleks göstermesinin, ne insan haklarının korunmasına, ne de insan haklarını koruma mekanizması olarak saygınlık kazanmış organı AİHM'ye bir katkı sunmayacağı açıktır. Hatta, AİHS'deki açık hükme rağmen, AİHM'nin 16 Mart 2022'de Rusya aleyhine açılmış davalara bakmayı askıya aldığını duyurması,[35] insan haklarını koruma mekanizmasının ne denli politize olduğunu göstermesi bakımından oldukça manidardır. Bu yanlıştan bir hafta sonra dönülmüş, 22 Mart 2022'de, Rusya'nın AİHS'ye taraf olma durumuna ilişkin yeniden değerlendirme yapılarak dönülmüş olmasına rağmen,[36] Rusya'nın Avrupa Konseyinden dışlanması bakımından alınan kararın hukuki olmadığını da ifşa etmiştir. Zira AİHS'nin 58. Maddesine göre: "*Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşme'yi ancak Sözleşme'ye taraf olduğu tarihten itibaren beş yıllık bir sürenin geçmesinden sonra ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne altı ay önceden sunulacak bir ihbarla feshedebilir*", denildiği için, 16 Mart 2022'de, Avrupa Konseyi üyeliği sonlandırılan Rusya için 6 aylık süre 16 Eylül 2022'de sona erecek, bu süreye kadar Rusya'nın Sözleşme hükümlerine uygun hareket etmesi zorunlu olmaya devam edecek ve aleyhine dava açılabilmesi mümkün olacaktır. 22 Mart 2022 tarihli kararında AİHM, bu durumu tespit ederken, aynı zamanda Mahkeme Başkanı'nın 16 Mart 2022 tarihli kararı uyarınca Rusya

---

ihlal ederek dış politika hedeflerine ulaşmak için kuvvet kullanmayı" seçtiğinden bahsedilmiştir. (https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a5d7d9), (s.e.t. 02.05.2022).

[34] (https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-leaders-make-joint-statement-on-the-exclusion-of-the-russian-federation-from-the-council-of-europe), (s.e.t. 02.05.2022).

[35] Bkz. (https://www.echrcaselaw.com/en/uncategorized/the-european-court-of-human-rights-decides-to-suspend-the-examination-of-all-applications-against-the-russian-federation/), (s.e.t. 02.05.2022).

[36] (https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia _CoE _ENG.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

Federasyonu aleyhine yapılan tüm başvuruların incelenmesinin askıya alınması kararını da derhal yürürlükten kaldırmıştır.[37]

Devlet ve birey arasındaki alan paylaşımı meselesi olan insan hakları, başlı başına korunması, gözetilmesi ve hedef olarak peşinden koşulması gereken bir alan olarak, diğer uluslararası ilişkilerin politik dehlizlerine sürüklenemeyecek, araçsallaştırılamayacak, politize edilemeyecek önem ve değerdedir[38].

III. 'MİLİTAN İNSAN HAKLARI' YA DA İNSAN HAKLARINI KORUMA MEKANİZMASININ 'SÖZDE' OTO-KORUMA REFLEKSİ

Hukuk kavramlarının militan yorumu demokrasi anlayışıyla ortaya çıkmıştır.[39] Bu fikri ilk ortaya atan Karl Loewenstein'a göre "*düşmanların şehre Truva atı ile girmesini*" önlemek için demokrasinin *militan* ve *mücadeleci* (fighting democracy) olması, düşmanı tanımak için ise *uyanık* (vigilant democracy) olması gerekir.[40] Militan demokrasi kavramı, demokrasiyi yok etmek için demokrasi ve özgürlükleri kullanan Nazizm ve Faşizm rejimlerine tepki olarak geliştirilen bir anayasa hukuku doktrinidir.[41] Militan demokrasi doktrininin altında yatan fikir, demokrasinin, yine demokrasinin tanıdığı hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla tehlikeye atılmasını önlemek için, temel hak ve özgürlüklerin ve demokratik işleyişin kısıtlanması, hatta askıya alınmasının haklı gösterilebilmesidir[42]. Yani militan demokrasi, demokrasinin ve anayasal düzenin korunması için demokrasi ve anayasal düzenden geçici olarak vazgeçilebilmesi rejimidir. Örneğin, Tunus Cumhurbaşkanı Kays Said, 26 Temmuz 2021'de yaptığı açıklamada, Tunus'un içinde bulunduğu durum karşısında ülkeyi kurtarmak için olağanüstü önlemler alınması gerektiğini belirterek, 'Anayasayı' korumak üzere, meclisin tüm yetkilerini

---

37 (https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia _CoE _ENG.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

38 Avrupa Konseyinin başardığı dünyadaki tekil örnekler bakımından bkz. (https://www.coe.int/tr/web/about-us/achievements), (s.e.t. 02.05.2022).

39 Detaylı bilgi için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000, s. 278.

40 Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundemental Rights (I)", C. 31, S. 3, 1937, American Political Science Review, ss. 417-432 ve "Militant Democracy and Fundemental Rights (II)", C. 31, S. 4, 1937, American Political Science Review, ss. 638-658.

41 Ümit Kılınç, "La Conception de la Democratie Militante dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme", (http://avukat-kilinc.com/all-cases-list/la-conception-de-la-democratie-militante-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europenne-des-droits-de-lhomme/index.html), (s.e.t. 02.05.2022).

42 Akif Tögel, "Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine", 2017, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss. 105-130, s. 121 vd.

dondurduğunu, milletvekillerinin dokunulmazlığını askıya aldığını belirterek, Başbakanı görevden aldığını ve yürütmeyi devralacağını bildirmiştir.[43] Dolayısıyla da, Tunus'ta, anayasayı koruma adına, anayasayı askıya alan bir süreç yürütülmüştür.

Militan demokrasi kavramı ile hukuk literatürüne, korunması elzem bir kurum ya da rejimden, sahip olduğu zafiyetler dolayısıyla, bu kurum ya da rejimin ortadan kaldırılmasını önlemek adına, geçici olarak vazgeçilebileceği fikri dâhil edilmiştir. Bu yaklaşım tarzının, insan hakları kazanımlarının zarar görmemesi adına, insan haklarının uygulama alanının ortadan kaldırılması anlayışıyla, insan hakları alanına sirayet ettiği söylenebilir. Yani, 'militan insan hakları kavramı' insan hakları ihlalleri gerçekleştiren bir devlete karşı, insan haklarını koruma amaçlı kurulan bir mekanizmanın oto-koruma refleksi olarak, bu devleti dışlaması şeklinde tanımlanabilir. Örneğin Rusya'nın Avrupa Konseyinden, dolayısıyla dünyanın en etkin insan haklarını denetleme mekanizmasından[44] uzaklaştırılmasının altında yatan fikir, insan haklarının kendini korumasıdır[45]. Bu ise militan insan hakları kavramsallaştırmasının yapılabilmesine yol açmaktadır.

Rusya'nın Avrupa Konseyi ile ilişkisi, 26 yıllık üyelik sürecinde zaman zaman sorunlarla ve yaptırımlarla karşılaşmıştı. 2014'te Kırım'ı ilhak eden Rusya'nın Parlamenterler Meclisindeki oy hakkı elinden alınmış,[46] duruma ilişkin bir değişiklik olmamasına rağmen bu hak, 25 Haziran 2019'da Rusya'ya iade edilmişti.[47] 2022'deki Ukrayna'nın işgali sonrasında ise Konsey, 25 Şubat 2022'de, Rusya'nın Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisindeki temsil hakkını geçici olarak elinden alınmasına karar vermişti.[48] Ancak Ukrayna saldırısının tek sonucu Rusya'nın temsil hakkının elinden alınması olmamıştı. Rusya'nın

---

43 (https://www.aa.com.tr/tr/dunya/tunusta-cumhurbaskani-said-basbakani-gorevden-aldi-meclisin-yetkilerini-dondurdu/2313865), (s.e.t. 02.05.2022).

44 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Başkanı Luigi Di Maio, Parlamenterler Meclisi Başkanı Tim Cox ve Genel Sekreter Marija Buric, ortak yaptıkları açıklamada bu hususu, suçu Rusya'ya yıkarak, açıkça ifade etmektedirler: "*Rus makamları, Ukrayna'daki eylemleriyle, Rus halkını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisi ve geniş sözleşme sistemimiz de dahil olmak üzere, dünyadaki en gelişmiş insan hakları koruma sisteminden mahrum bırakmaktadır*", (https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-leaders-make-joint-statement-on-the-exclusion-of-the-russian-federation-from-the-council-of-europe), (s.e.t. 02.05.2022).

45 Jannika Jahn, "The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights?", 23 Mart 2022, EJILTalk, (https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/), (s.e.t. 02.05.2022).

46 (https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20882&lang=en), (s.e.t. 02.05.2022).

47 (https://www.dw.com/en/council-of-europe-restores-russias-voting-rights/a-49340511), (s.e.t. 02.05.2022).

48 (https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-suspends-russia-s-rights-of-representation), (s.e.t. 02.05.2022).

Konseyden çıkarılmasına ilişkin kararın gerekçesi de aslında yine bu saldırıya dayanmaktadır. Nitekim AİHM'nin saldırının derhal durdurulmasına ilişkin geçici tedbir kararına[49] uymaması dolayısıyla AİHS'nin "hayat hakkını" düzenleyen 2. Maddesini ihlal ettiği, bu durumun ise Statünün 3. Maddesine aykırı tutum olduğu gerekçesi ile Rusya'nın 8. Maddeye göre Konsey üyeliğinden çıkarılması talep edilmiş ve 16 Mart 2022 tarihli çıkarma kararı insan haklarının ciddi ihlali gerekçesiyle verilmiştir.[50] Dolayısıyla, her ne kadar Rusya'nın üyeliğinin sonlandırılmasının hukuki zemini kağıt üzerinde, Statünün 3. Maddesinin ihlali dolayısıyla 8. Maddeye dayandırılmışsa da, Avrupa Konseyi'nin bugüne kadarki hiçbir uygulamasında, Rusya da dahil olmak üzere hiçbir devletin, hem insan haklarının korunmasının temel argüman olarak öne çıkarıldığı, hem de diğer herhangi bir sebeple dışlanmasıyla karşılaşılmamıştır. Böylece Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılan tek devlet Rusya olmuştur. Bu ise, yeni ortaya çıkan 'militan insan hakları' anlayışının ilk örneği ve bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

Oysaki Avrupa Konseyi, insan haklarının koruyucusu ulus üstü bir mekanizma olarak, Rusya'nın egemen olduğu ülkede insan haklarının gözeticisi rolünden insan haklarını koruma bahanesi ile vazgeçmiş, en az 145 milyon Rusya vatandaşı başta olmak üzere, milyonların insan haklarına ilişkin inisiyatifi Rus devletine terk etmiştir. Aynı esnada Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının özelliği dolayısıyla, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinden çekilmeye ilişkin ağırlaştırıcı koşullar öngörerek, bu sistemden devletin kendi inisiyatifiyle dahi çekilmesini engellemeye çalışırken,[51] Avrupa Konseyi,

---

49 AİHM, 11055/22, Ukrayna v. Rusya (X), 068, Basın Açıklaması, 1 Mart 2022.

50 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 10 Mart 2022 tarihli kararı, (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5c619), (s.e.t. 02.05.2022).

51 Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinden çekilmek için özel koşullar ileri sürmektedir. Öncelikle çekilmeye ilişkin yeni bir usül şartı getiren Mahkeme, salt yürütme organı tarafından alınabilecek karar olmadığını: "*Devletler içinde çoğul, kamuya açık ve şeffaf bir tartışmanın konusu olması gerektiğini, çünkü bu, hakların olası bir şekilde kısıtlanmasının uluslararası adalete erişimi engellediğinden, yüksek bir kamu yararı sorunu*" olduğu tespitini yapmakta, yine çekilme kararının iyi niyetle gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır. İyi niyetin olmadığı durumlara ise altı örnek vermiştir: "*(1) alınmış olan bir karara ilişkin anlaşmazlık nedeniyle; (2) garantilerin süresiz olarak askıya alındığı veya sınırlandırılamaz hakların özünü ihlal eden bir durum söz konusu olduğunda; (3) ciddi, kitlesel veya sistematik insan hakları ihlalleri bağlamında; (4) demokratik kurumların aşamalı erozyonu bağlamında; (5) demokratik düzenin açık, düzensiz veya anayasaya aykırı olarak değiştirilmesi veya bozulması halinde ve/veya (6) silahlı bir çatışmanın ortaya çıkması sırasında, çünkü tüm bu durumlar özellikle ciddidir ve yarıkürede demokratik istikrarı, güvenliği ve barışı etkileyebilir ve bunun sonucunda insan hakları üzerinde genelleştirilmiş bir etki yaratabilir.*" Dolayısıyla Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, bir devletin kendi inisiyatifiyle İnsan Haklarına ilişkin bir Sözleşmeden çekilmesini zorlaştırarak, insan haklarına ilişkin militan anlayışın karşısında olduğunu açıkça

gerek örgüte üyelikten, gerekse AİHS'ye taraf olmaktan vazgeçmeyen bir devleti, insan haklarını, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi, temel kurallarının muhafazası iddiasıyla üyelikten, dolayısıyla AİHS'ye taraf olmaktan ve dolayısıyla AİHM önünde insan haklarına ilişkin yargısal denetimden çıkarabilmiştir.

Ayrıca, Avrupa kıtasında, Avrupa Konseyi nezdinde 'militan insan hakları' anlayışı, salt Rusya örneğinden ibaret şekilde karşımıza çıkmamaktadır. Benzer şekilde, beğenilmeyen bir ulusal mahkeme kararına dönük, Türkiye'nin de Avrupa Konseyinden dışlanması çağrıları yapılabilmiş,[52] ya da insan hakları ve diyaloga gösterdiği önem dolayısıyla Rusya'nın Avrupa Konseyindeki temsil hakkının elinden alınması meselesinde çekimser kalan Türkiye'ye[53] karşı sert eleştiriler de yöneltilebilmiştir.[54] Bu durum, militan insan hakları fikrinin Avrupa'da giderek artan şekilde taraftar topladığı anlamına da gelmektedir.

SONUÇ YERİNE: CEZALANDIRMA MI, MEVZİ KAYBETME Mİ?

İnsan hakları, sahip olduğu gelenek kırıcı rolü nedeniyle, sürekli devlet tehdidi ile devletsizlik tehdidi sarkacında salınmaktadır. Öyle ki insan haklarının tespiti ve korunması adına bireyin aktörleştiği bir süreçte, uluslararası hukukun temel aktörü olan ve mutlak egemen olarak kabul edilen bir güçle –devletle– yetki paylaşımı işine girilmesi, devletin ontolojik tehdit algılamasına sebebiyet vermekte, bu sebeple müştereddit bir yaklaşımla, devleti insan haklarını sürekli sınırlandırma

---

ortaya koymaktadır, Bkz. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Danışma Görüşü, OC-26/20, 9 Kasım 2020, §63 ve §72.

[52] Bkz. (https://www.sabah.com.tr/gundem/2022/04/25/turkiye-dusmani-kati-piri-gezi-karari-sonrasi-bir-kez-daha-nefret-kustu-skandal-paylasim), (s.e.t. 02.05.2022).

[53] 25 Şubat 2022'de, Rusya'nın Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisindeki temsil hakkının elinden alınmasına ilişkin Bakanlar Komitesinde oylama yapılmış, bu oylamada Türkiye çekimser kalmıştır. Türk Dışişleri Bakanının, Türkiye'nin neden çekimser kaldığına ilişkin açıklaması şöyledir: "*Türkiye neden çekimser oy verdi? Biri Rusya'nın yetkilerinin askıya alınması. Rusya ile yoğunlaştırılmış diyalog sürecine girilmesi. İkinci seçenek ise doğrudan temsil hakkının elinden alınması ve diyaloga girilmemesi. Az önce ne dedik, müzakereler başlayacak. Müzakereleri ve diyalogu ön plana çıkarıyoruz. İlk seçenek olsaydı biz buna evet diyecektik. Diyalogun kesilmesiyle ilgili karara katılmamamız lazım. Rusya ile buranın bağlarını koparmanın Avrupa Konseyi'ne bir yararı var mı? Hayır yok*", (https://www.haberler.com/dunya/bakan-cavusoglu-ndan-bogazlar-aciklamasi-durum-14761412-haberi/), (s.e.t. 02.05.2022).

[54] Türkiye'nin Rusya'nın Avrupa Konseyindeki temsil hakkının elinden alınmasına ilişkin çekimser tutumunu, sözde demokrasi kulübüne uzak, Rusya'ya yakın duruşu şeklinde değerlendiren görüş ve eleştirileri, insan hakları ve demokrasiye bakıştaki politika körlüğü ile yorumlamak gereklidir: Bu istikamette dış basında yer alan örnek bir haber için bkz. (https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/03/05/turkey-russia-ukraine-position-nato-west/), (s.e.t. 02.05.2022).

çabası içine sokmaktadır.[55] Öte yandan, insan haklarının politika üstü bir çerçeve sunması ve bu kapsamda sınırları, kültürleri, yetkileri ve egemenlikleri anlamsızlaştırması, devleti politik olarak silikleştirmeye, dolayısıyla da toplumu devletsizleşmeye doğru götürme potansiyeli taşımaktadır.[56] Dolayısıyla devlet etkinliğini korumak için insan haklarını sınırlandırma eğilimi göstermekte, insan hakları için bir tehdit oluşturmaktadır.

Öte yandan devletsizlik de insan hakları için bir tehdit teşkil etmektedir. Nitekim uluslararası istikrarın olmadığı ve hiçbir kuralın işlemediği anarşik bir ortam da insan haklarının ihlal edilmesine en müsait zemini yaratacaktır. Öyle ki, uluslararası istikrarın olmadığı ve hiçbir kuralın işlemediği anarşik bir ortam, insan haklarının ihlal edilmesine en müsait zemini yaratacakken, devlet egemenliği insan haklarıyla dengelenerek, insan hayatı ve refahı için kurulan devletin insana tehdit oluşturması önlenebilmektedir.[57] Yani, nihilizmle anarşizm sarkacında bir süreçten bahsedilmektedir. İlerlenmesi gereken süreç, Acemoğlu ve Robinson'ın ifadesiyle 'Dar bir Koridordur'.[58] İnsan haklarını önceleyen ve önemseyen bir toplumsal süreç, herkese, bir taraftan devlet egemenliğine karşı insan haklarını koruma sorumluluğu yüklerken, diğer taraftan, insan haklarının korunmasında devlet egemenliğine duyulan ihtiyaç dolayısıyla bu egemenliğin muhafazasını gerekli kılmaktadır.

İnsan haklarının içinde bulunduğu bu paradoksu aşmanın yolu, ontolojik olarak insan haklarına karşı nihilist yaklaşıma sahip olacağı beklenen devletin, bu süreç içerisinde mevcudiyetinin muhafazasına gayret etmek ve insan haklarına ilişkin bir koruma sağlayan ulus üstü denetim mekanizmalarının devletle işbirliğini güçlendirerek insan hakları konusunda ulus üstü denetimin devam etmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, devlet egemenliğinin insan haklarıyla dengelenmesini sağlayacak bir ulus üstü mekanizmanın varlığı şarttır[59]. Bunu yaparken, salt denetimin ya da tavsiye niteliğindeki tespitin dahi, insan haklarının

---

55 Abdurrahman Eren, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve 'Yeni Kapalı Politik Alan'", C.7, S.3-4, 2003, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 209-262, s. 214.

56 Zühtü Aslan, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", ss. 36-55, s. 54, (http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA6-Arslan.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

57 Adem Ali İren/Muharrem Gürkaynak, "Mutlak Güç ya da Sınırsız Sorumluluk: Devlet Egemenliği ve Uluslararası Toplumun Koruma Sorumluluğu", S.24, 2016, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 134-158, s. 153.

58 Daron Acemoğlu/James Robinson, Dar Koridor: Devletler, Toplumlar ve Özgürlüğün Geleceği, Doğan Kitap, İstanbul, 2020, s. 648.

59 "*The process of internationalization, codification and progressive development of fundamental human rights, both at the universal and the inter-American levels, has become an insurmountable limit to state power*", Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Danışma Görüşü, OC-26/20, 9 Kasım 2020, §53,

korunmasında etkili olduğunu hatırdan çıkarmadan, arzu edilen çerçeveye ulaşılması bakımından devletleri, bağlayıcı denetim mekanizmalarına iştirak edilmesi bakımından teşvik etmek önemlidir. Yani, insan hakları devletle beraber sürdürülmesi gereken bir süreçtir ve bu sürecin, devlet ile ulus üstü mekanizmalar arasındaki işbirliğini koparmadan gerçekleşmesi hayatidir.[60] Avrupa Konseyi, bu ulus üstü mekanizmaların et etkini ve en kapsamlısıdır.

Avrupa Konseyi, Rusya'da, işkencenin önlenmesinden, ırkçılıkla mücadeleye, azınlıkların korunmasından, sosyal hakların korunmasına, yolsuzlukla mücadeleden kara paranın aklanması ile mücadeleye kadar demokrasinin yerleşmesi ve insan haklarının korunması da dâhil olmak üzere birçok faaliyete imza atmıştır[61]. Her ne kadar, Rusya'nın üyeliğinin devam ettiği 28 yıl boyunca hedeflenen konularda ciddi bir ilerleme sağlayamadığı söylenebilirse de,[62] yine de Avrupa Konseyinden dışlanan bir Rusya'nın demokratik gelişiminden, insan haklarının korunmasına kadar geniş bir yelpazede daha ümitvar bir gelecek sunmayacağı da açıktır.

AİHM'ye taraf olduğundan bugüne, Rusya aleyhine 8076 karar verilmiş, 3218 başvuru için ise süreç devam etmekte, toplamda 11294 içtihatta Rusya davalı devlet olarak yer almaktadır.[63] AİHM'de bakılan mevcut dosyaların yüzde 24.2'si Rusya aleyhinedir[64]. Bir diğer istatistik bakımından ise Rusya, Türkiye'den sonra en fazla insan hakları ihlal kararı verilen devlet olarak göze çarpmaktadır.[65] Böylesi bir durum ortada iken, Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılması, ne insan haklarının korunması bakımından bireylere fayda sağlamakta, ne de Rusya'nın daha fazla insan haklarına riayet etmesi anlamına gelmektedir. Öte yandan, Ukrayna işgali sonrası, Ukraynalıların Rusya aleyhine açabileceği sayısız dava ve sonrasında tazmin imkânı da

---

60 Anıl Çeçen, "Devlet ve İnsan Hakları", S.6, 1989, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 826-845, s. 826 vd.

61 (https://www.coe.int/en/web/portal/russian-federation), (s.e.t. 02.05.2022).

62 Jean Pierre Maisas, "Russia and the Council of Europe: Ten Years Wasted?", 2007, ss.1-18, s.17, (https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/ifri_CE_massias_ang_jan2007.pdf) (s.e.t. 02.05.2022).

63 (https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c), (s.e.t. 02.05.2022).

64 Catherine Fournier, "Guerre en Ukraine : l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe expose des milliers de citoyens russes à une répression renforcée", 22.03.2022, (https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-l-exclusion-de-la-russie-du-conseil-de-l-europe-expose-des-milliers-de-citoyens-russes-a-une-repression-renforcee_5033371.html) (s.e.t. 02.05.2022).

65 (https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_ENG.pdf) (s.e.t. 02.05.2022).

böylelikle ellerinden alınmış olmaktadır.[66] Dolayısıyla, Rusya'nın dışlanması, izole edilmesi, stigmatizasyonu dâhil farklı politik amaçlarla gerçekleştirilen Konseyden çıkarma suretiyle cezalandırma kararı, insan haklarının korunmasına hizmet etmekten ziyade, 'militan insan hakları' kavramını akla getirmekle kalmamış, insan haklarının mevzi kaybetmesine ve kendi kendini yok etmeye doğru yol almasına da zemin hazırlamıştır.[67]

İnsanlığın insan hakları kazanımı, sahip olduğu felsefi altyapısıyla, zihinsel tasvibi ve uygulamasıyla geri dönülemez, kararlı ve özgüvenli bir temele sahiptir. Bununla birlikte demokrasi anlayışında olduğu gibi siyah ve beyazdan mürekkep değildir. Geniş ve zengin bir kapsama alanı, farklı katmanlara sahip yoğunluğu ile ya vardır ya da yoktur anlayışıyla yaklaşılamayacak bir anlayış ve kavrayışa sahiptir. Dolayısıyla, demokrasiyi korumak için geçici olarak demokrasiden vazgeçilebilir olduğu söylenebilirse de (ki bu da tartışmalıdır[68]), insan haklarının gerçekleşebilmesi için insan haklarından vazgeçilebilmesi makul değildir. Zira çoğun peşinde olacak bir yaklaşıma sahip olunması gerekirken, azı yok saymayacak bir politikanın benimsenmesi de zaruridir. Sonuç olarak 'militan insan hakları' söylemi, bir devleti cezalandırmadan ziyade insan haklarının mevzi kaybetmesine yol açmaktadır.[69]

---

66 Her ne kadar, AİHM'nin 22 Mart 2022 tarihli kararı ile Rusya aleyhine 16 Eylül 2022 tarihine kadar Sözleşmenin ihlali iddialarını içeren açılacak davalara bakılacağı belirtilmiş olsa da, üyelikten çıkarılmış ve ayrılmış bir devlete karşı alınan kararların uygulanabilirliğinin mümkün olmadığı açıkça söylenebilir. (https://www.coe.int/en/web/portal/-/russia-ceases-to-be-a-party-to-the-european-convention-of-human-rights-on-16-september-2022), (s.e.t. 02.05.2022). Bugüne kadar AİHM tarafından Rusya aleyhine verilen kararların yüzde kırkından daha azının uygulanmış olmasına rağmen, yine de bu oran göz ardı edilebilir değildir. (https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-l-exclusion-de-la-russie-du-conseil-de-l-europe-expose-des-milliers-de-citoyens-russes-a-une-repression-renforcee_5033371.html), (s.e.t. 02.05.2022).

67 Jahn, "The Council of Europe Excludes Russia…".

68 Kürşat Akça, Militan Demokrasi Anlayışı: Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s.335.

69 "*Özellikle, sıradan Ruslar, hükümetlerini ilgilendiren gelecekteki davalarda adalet için Mahkemeye erişemeyecekler. Rus vatandaşlarının Putin hükümetine karşı iddiaları Mahkemenin geçmiş dava yükünün büyük bir bölümünü oluşturduğu için bu üzücü. Aynı şekilde, Ukraynalılar ve Avrupa'daki diğerleri yalnızca Rus personeli tarafından 16 Eylül'den önce işlenen suçlar için mahkemede dava açabilecekler*", Zoha Siddiqui / Kelebogile Zvobgo, "The Council of Euroope Expelled Russia, That hurts people, not Putin", The Washington Post, 12 Nisan 2022, (https://www.washingtonpost.com/politics/2022/04/12/russia-human-rights-ukraine-council-of-europe/), (s.e.t. 02.05.2022).

KAYNAKÇA

Acaray D, "İnsan Haklarının Korunması Amacıyla Devlet İktidarının Sınırlandırılması ve Siyasal Katılmanın Buna Etkisi", C. 2, S. 4, 2013, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 119-144.

Acemoğlu D/Robinson J, Dar Koridor: Devletler, Toplumlar ve Özgürlüğün Geleceği, Doğan Kitap, İstanbul, 2020.

Akça K, Militan Demokrasi Anlayışı: Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Aslan, Z, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", ss. 36-55, s. 54, (http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA6-Arslan.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

Can M, "İnsan Hakları ve Demokrasi Arasındaki İlişkinin Felsefi Analizi", S. 23, 2019, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 2155-2167.

Çatal B, "İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar", C. 1, S. 1, 2018, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss. 69-99.

Çeçen A, "Devlet ve İnsan Hakları", S. 6, 1989, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 826-845.

Eren A, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve 'Yeni Kapalı Politik Alan'", C. 7, S. 3-4, 2003, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 209-262.

Fournier C, "Guerre en Ukraine : l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe expose des milliers de citoyens russes à une répression renforcée", 22.03.2022, (https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/ manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-l-exclusion-de-la-russie-du-conseil-de-l-europe-expose-des-milliers-de-citoyens-russes-a-une-repression-renforcee_5033371.html), (s.e.t. 02.05.2022).

Gül Y E, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri", C. 18, S. 36, 2018, Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, ss. 215-237.

Hakyemez Y Ş, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.

İren A A/Gürkaynak M, "Mutlak Güç ya da Sınırsız Sorumluluk: Devlet Egemenliği ve Uluslararası Toplumun Koruma Sorumluluğu", S. 24, 2016, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 134-158.

Jahn J, "The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights?", 23 Mart 2022, EJILTalk, (https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/), (s.e.t. 02.05.2022).

Karaman E, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", C. 72, S. 1, 2014, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 411-434.

Kılınç Ü, “La Conception de la Democratie Militante dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’homme”, (http://avukat-kilinc.com/all-cases-list/la-conception-de-la-democratie-militante-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europenne-des-droits-de-lhomme/index.html), (s.e.t. 02.05.2022).

Loewenstein K, “Militant Democracy and Fundemental Rights (I)”, C. 31, S. 3, 1937, American Political Science Review, ss. 417-432.

Loewenstein K, “Militant Democracy and Fundemental Rights (II)”, C. 31, S. 4, 1937, American Political Science Review, ss. 638-658.

Maisas J P, “Russia and the Council of Europe: Ten Years Wasted?”, 2007, ss. 1-18, (https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files /ifri_CE_massias_ang_jan2007.pdf), (s.e.t. 02.05.2022).

Siddiqui Z/Zvobgo K, “The Council of Euroope Expelled Russia, That hurts people, not Putin”, The Washington Post, 12 Nisan 2022, (https://www.washingtonpost.com/politics/2022/04/12/russia-human-rights-ukraine-council-of-europe/), (s.e.t. 02.05.2022).

Tögel A, “Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine”, 2017, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss. 105-130.

Ünal Ş, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, S. 1, 1994, Ankara Barosu Dergisi, ss. 41-74.

Viljanen J, “The Role of European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law”, 2008, (https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26759.pdf), (s.e.t. 02.05.2022)

TÜRKİYE'NİN UZAY ALANINDAKİ HUKUK POLİTİKALARINA YÖN VERMESİ GEREKEN TEMEL İLKELER

The Fundemental Principles that Should Guide Türkiye Regarding Legal Policies in the Space Field

Dr. Öğretim Üyesi Tuğrul ÇAKIR*

Öz: Devletler, geçmişte olduğu gibi, şirketler üzerindeki gözetimleri ve uzay hukukunun oluşturulmasındaki ağırlıkları dolayısıyla uzay alanının en önemli aktörü olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte, Uzay Çağı'nın başlangıcına kıyasla uzay faaliyetlerinin daha fazla ticarileştiği muhakkaktır. Sonuç olarak, uzay bağlamının uzay faaliyetlerinin yoğunlaşması ve çeşitlenmesiyle birlikte değiştiğini söyleyebiliriz.

Uzay hukuku özellikle ticari faaliyetlerle ilgili meselelerde yetersiz kalmaktadır. Bu durum, uzay ticaret hukuku olarak adlandırılan yeni bir alanın doğmasına sebep olmuştur. Bu alanın en önemli kaynaklarından birisi uzay operasyonlarına ilişkin kanunlardır.

Uzay Antlaşması'nın VI. maddesi devletlere ulusal düzenleme yapma yükümlülüğü getirmemektedir. Bununla birlikte, bu yönde hareket etmeleri devletlere ulusal menfaatlerini koruma ve ticari faaliyetleri teşvik etme olanağı sunmaktadır. Devletlerin ulusal uzay endüstrilerinin gelişimine yön verdikleri araçlardan birisi uzay alanında geliştirmiş oldukları hukuk politikalarıdır. Bu çalışma kapsamında, Türkiye'nin uzay alanındaki hukuk politikalarına yön vermesi gerektiğini düşündüğümüz üç temel ilke ele alınacaktır: Rekabet, İş birliği ve Sürdürülebilirlik.

Anahtar Kelimeler: Uzay Politikaları, Uzay Hukuku, Yeni Uzay, Uzay Ticareti Hukuku, Rekabet, İş Birliği, Sürdürülebilirlik.

Abstract: As in the past, States are still essential actors due to their oversight over private activities and their domination in space lawmaking. Nevertheless, space activities are more commercialized than in the earlier days of Space Age. Thus, the context of space has radically changed with the intensification and diversification of space activities.

Space law has become inadequate to deal with certain issues, especially commercial ones. This situation gave birth to commercial space law. One of the most important sources of this field is national legislations relating to space operations.

Certainly, Article VI of the Outer Space Treaty does not impose an obligation to enact a domestic legislation. However, doing so permits States to conserve their national interests and encourage commercial space activities. One of the important tools that States direct the national space industries is the legal policies they have developed in the field of space. Within the scope of this study, three fundamental principles that we think should guide Türkiye's legal policies in the space field will be discussed: Competition, Cooperation and Sustainability.

Keywords: Legal Policy, Space Law, New Space, Commercial Space Law, Competition, Cooperation, Sustainability

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, tcakir@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9360-9098.

Makale Geliş Tarihi: 16.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 03.04.2022

GİRİŞ

2020 yılında yayınlanmış bir çalışmamamızda Türkiye'nin uzay operasyonlarına ilişkin bir kanun hazırlaması konusunda önerilerimizi dile getirmiştik.[1] Bahsi geçen çalışmada kısaca uzay hukuku alanında iç hukuk düzenlemelerinin önemine ve uzay faaliyetlerine ivme kazandırmak maksadıyla rekabetçi bir ulusal mevzuat hazırlamanın gerekliliğine vurgu yapmıştık. Uzay alanındaki hukuk politikalarının ulusal mevzuatın ortaya çıkmasında belirleyici olduğundan hareketle, bu alanda hukuk politikaları oluştururken dikkate alınması gerektiğini düşündüğümüz temeller üzerine yeni bir değerlendirme yapmanın yerinde olacağını düşündük. Böylece, 2020 yılında yayınlanmış olan çalışmamızı, ilkesel temellerle desteklemeyi ve daha güçlü bir kavramsal çerçeveye oturtmayı hedeflemekteyiz.

Bu bağlamda, ilk olarak özel kişilerin yükselişiyle birlikte ortaya çıkmış yeni bir branş olan uzay ticaret hukukuna kısaca değinmek yerinde olacaktır. Uzay ticaret hukukunun ortaya çıkmasından günümüze kadar olan süreci iki farklı döneme ayırmak mümkün olabilir.

1980'li yıllardan 2000'li yıllara kadar olan ilk dönem, uzay alanındaki ticarileşmeyle birlikte bu alanın ortaya çıkmaya başladığı ve geliştiği dönemdir. Uzay ticaret hukukunun en önemli kaynaklarını uzay operasyonlarının yürütülmesine ilişkin kanunlar ve uzay alanındaki ticari sözleşmeler oluşturmaktadır.[2]

Uzay operasyonlarına ilişkin kanunlar devletlere sadece uzay antlaşmalarından doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyi değil aynı zamanda uzay alanında güçlü bir hukuk politikası geliştirme olanağı da vermektedir. Uzay ticareti sözleşmeleriyse (uydu imalat, uydu fırlatma, uydu işletme, uydu kiralama, sigorta, patent vs.) yürütülen faaliyetin iş dünyasının gerçeklerine uyumunu sağlamakta ve ticarileşme sürecini hızlandırmaktadır. Özellikle uzayda yeni gelişen ticari faaliyetler dolayısıyla (uzay turizmi, yörünge hizmetleri (*in-orbit servicing*) vs.) sözleşmeler büyük önem kazanmıştır. Kanımızca yeni gelişen ticari faaliyetlerin öncelikle sözleşmelerle düzenlenmesi ve bu süreçte elde edilen deneyimlerin ulusal ve uluslararası düzenlemeler için ilham kaynağı olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Bu nedenledir ki uzay ticaret hukuku ve uzay hukuku[3] arasında tamamlayıcılık ilişkisinden bahsetmemiz mümkündür. Uzay hukuku,

---

[1] Tuğrul Çakır, "Türk Uzay Operasyonlarına İlişkin Kanun'un Hazırlanması Hakkında Öneriler", 2020/2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.175-196.

[2] Uzay alanındaki sözleşmelerle ilgili genel olarak bkz. Laurence Ravillon, "Espace Extra-Atmosphérique - Aspects Contractuels", JurisClasseur, 10 Ağustos 2015.

[3] Uzay hukuku uluslararası hukukun bir dalıdır. Dolayısıyla, uzay faaliyetleri uluslararası hukuka uygun olarak yürütülmelidir. Uzay hukuku ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki hakkında genel olarak bkz. Merve Erdem, Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, ss.20-22.

uzay ticaret hukukunun genel çerçevesini oluşturmakta ve uzay ticaret hukukunun kurallarının oluşturulmasında belirleyici olmaktadır.[4] Uzay ticaret hukuku da uzay hukukunun uygulama alanını genişletmekte ve uzay hukukunu güçlendirmektedir. Uzay antlaşmaları her ne kadar şirketler tarafından yürütülen faaliyetleri detaylı olarak ele almasa da bu tip faaliyetlerin önünü de kapatmamıştır. Uzay antlaşmalarının revizyonunun veya yeni bir uluslararası antlaşmanın ortaya çıkmasının mümkün olmadığı süreçte uzay ticaret hukuku ve uzay hukuku arasında genel olarak uyumlu bir etkileşimden bahsedebiliriz. Bu etkileşim özellikle teknolojik gelişmelerin yoğunlaşması dolayısıyla gelişmelere uyum sağlanması hususunda önem arz etmektedir.

Teknolojik gelişmelere uyum özellikle uzay ticaret hukukunun ikinci döneminde (2000'li yılların başından günümüze gelen süreçte) Yeni Uzay'ın ortaya çıkmasıyla birlikte daha önemli hale gelmiştir. Yeni Uzay, maliyetleri düşürmek ve performans yükseltmek maksadıyla Amerikan Ulusal Havacılık ve Uzay Dairesi NASA (*National Astronautics and Space Administration*) tarafından belirlenmiş bazı hedeflerin gerçekleştirilmesi misyonunun özel sektöre devredilmesiyle ortaya çıkmıştır.[5] Böylece, Yeni Uzay'la birlikte kamu sektörü ve özel sektör arasındaki dengenin değişmeye başladığını söyleyebiliriz. Özel sektörün ciddi manada yükselişe geçtiğini kamunun da bunu teşvik ettiğini, kolaylaştırdığını, teknik olarak desteklediğini ve son olarak teknolojik gelişmeleri dikkate alarak hukuki anlamda bunun alt yapısını oluşturduğunu ifade edebiliriz.

Hiç şüphesiz, Yeni Uzay kapsamında teknolojik gelişmelerin hızlanması uzay alanında daha dinamik bir yaklaşım geliştirmeyi mecbur kılmaktadır. Özel sektör hukuki alanda öngörülebilirliğe ihtiyaç duymaktadır ve bu durumun aksi, ilgili sektörün gelişmesine büyük bir sekte vurmaktadır. Bu bağlamda, Amerikan uzay madenciliği sektörüne hukuki çerçevede bir güvence sağlamak maksadıyla ortaya çıkan Ticari Fırlatmalara İlişkin Rekabet Edebilirlik Kanunu (*Commercial Space Launch Competitiveness Act*) değerli bir örnek teşkil etmektedir.[6] Bu kanun, Amerikan şirketlerinin uzay madenciliği sektöründe faaliyet gösterebilmesinin önünü açmış ve faaliyetlerinin hukuki temelini oluşturmuştur. 1967 tarihli Uzay Antlaşması'ndaki[7] sahiplenilemezlik

---

[4] Benzer ilişki özel deniz hukuku ve uluslararası deniz hukuku arasında da bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Yücel Acer/ İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.198.

[5] Philippe Achilleas, "Le New Space ou la Privatisation des Ambitions Spatiales des Etats", Annuaire Français de Droit International, 2016, s.501.

[6] U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, H.R. 2262 (2015–2016), Title IV "Space Resource Exploration and Utilization".

[7] Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma, İmza Tarihi: 27 Ocak 1967, Yürürlük Tarihi: 10 Ekim 1967.

prensibinin farklı yorumlara konu olması özellikle Amerikan özel sektörünü tedirgin etmiş ve bu durum bahsi geçen kanunun hazırlanış sürecinin çıkış noktasını oluşturmuştur.

Benzer şekilde, 2004 yılında Amerikan iç hukukunda yapılan değişikliklerle yörünge altı faaliyetler kanunun uygulama alanına dahil edilmiştir.[8] Bu değişiklik öncesi yörünge altı uçuşlar *ad hoc* temelli yürütülürken, değişiklikle birlikte Amerikan endüstrisi insanlı uçuşlar konusunda teşvik edilmiş ve endüstrinin gelişimi hızlandırılmıştır.[9] Son olarak, Rocket Lab şirketinin Yeni Zelanda uzay ekosistemine dahil olmasından sonraki süreçte Yeni Zelanda'nın bu şirketin ihtiyaçlarına binaen strateji geliştirmede göstermiş olduğu ivedilik ve kararlılık dikkate almaya değerdir.

Bu bağlamda Türkiye, uzay alanındaki hukuk politikalarını belirlemeli ve Yeni Uzay'ın ruhuyla uyumlu olarak rekabetçi politikalar geliştirmelidir. Türkiye'nin uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlükleri de göz ardı edilmemelidir. Geliştirilecek hukuk politikalarının başarısı ikisi arasında güçlü bir dengenin bulunmasıyla doğrudan alakalıdır. Bu noktada Türkiye Uzay Ajansı'na önemli bir görev düşmektedir. 23 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinde ifade edildiği üzere, Ajans'ın görevlerinden birisi uzay hukukuna ilişkin mevzuat dahil her türlü çalışmayı yürütmektir.[10]

Bu çalışmada milli mevzuatın hazırlanmasına giden ve hazırlanmasından sonraki süreçte hukuk politikalarımıza egemen olmasının uygun olacağını düşündüğümüz üç temel ilkeyi ele alacağız: rekabet (I), iş birliği (II) ve sürdürülebilirlik (III). Bu ilkeler belirli ölçülerde birbirleriyle çatışma halinde olabilir. Bu çatışmalar, bir önceki paragrafta ifade ettiğimiz uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülükler ve güçlü bir uzay endüstrisi oluşturma arasında bulunması gereken dengenin somutlaştığı ilkelerdir.

Bahsi geçen üç ilke, Yeni Uzay çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır. Yeni Uzay hiç şüphesiz uzay alanındaki rekabeti alevlendirmiştir. Bu rekabet devletlerarası iş birliğinin önünü kapatmamış aksine belirli alanlarda daha da güçlendirmiştir. Nitekim, uzayın sunduğu koşulların karmaşık doğası ve uzay teknolojilerinin yüksek maliyetleri iş birliğini bu alanda gerekli kılmaktadır. İş birliğini en fazla gerekli kılan husus hiç şüphesiz uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliği hususudur. Yeni Uzay kapsamında uzayın "demokratikleşmesiyle" birlikte artan uydu sayısı ve bazı devletlerin

---

8 U. S. Commercial Space Launch Amendments Act of 2004, H.R. 5382.

9 Chaddha, Shane, "US Commercial Space Sector: Matured and Successful", Journal of Space Law, 2010/1, s.42.

10 Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname no:23, RG, 13/12/2018, S. 30624.

uzayı sorumlu olmayan bir biçimde kullanmaları bu alanda harekete geçmeyi mecbur kılmaktadır.

I- REKABET GÜCÜNÜN ARTIRILMASI

Türkiye'nin Yeni Uzay'la birlikte gelişen sürece uyum sağlama aşamasında belirli oranda geciktiği söylenebilir. Yeni Uzay, özellikle uzay alanında gelişmekte olan devletler için bir fırsat olarak değerlendirilmelidir. Her ne kadar Türkiye açısından bir gecikme hali mevcut olsa da, Yeni Uzay aynı zamanda gecikmeyi hızlı bir şekilde telafi etmenin anahtarlarını da içinde barındırmaktadır.

Bu bağlamda, Milli Uzay Programı'nda en fazla ciddiyetle yaklaşılması gereken stratejik hedef uzay sanayi ekosisteminin geliştirilmesidir.[11] Hedeflenen ekosistemin geliştirilmesi için gereken adımlar atılmalı ve ekosistemde yer alacak aktörlerin faaliyetlerini verimli ve etkin bir biçimde yürütmeleri sağlanmalıdır. Bu nedenle, Yeni Uzay mantığına uygun olarak, inovasyonunun önünü açan, iddialı ve rekabetçi hukuk ve sanayi politikaları geliştirilmelidir. Bu çerçevede, start-upların ortaya çıkmasını kolaylaştırıcı ve teşvik edici platformların kurulması, uzay alanına ilgi duyan şirketlerin bilgilendirildiği ve yönlendirildiği merkezlerin oluşturulması düşünülebilir.[12] Milli mevzuatta da yeni girişimlerin ortaya çıkmasını kolaylaştırıcı ve bu girişimleri koruyucu düzenlemeler yapılmalıdır.

Türkiye'de uzay alanında devlet hala en büyük aktördür. Bununla birlikte, Dünya'daki gelişmelere paralel olarak, Türkiye'de uzay alanındaki özelleşmenin önünün açılması gereklidir. "Türkiye'de kamu şirketlerinin yapısının çok sert olması, bu şirketlerde stratejik yönetim anlayışının yerleşmesinin ve planlama uygulamalarının metin üzerinde kalması" bu yaklaşımın desteklenmesinin önemli etkenlerindendir.[13] Aynı minvalde, stratejik yönetim ve inovasyon açısından hayati olan

---

[11] Türkiye Uzay Ajansı, Milli Uzay Programı, 2021, s.41, (https://cdn.tua.gov.tr/60227c3d5f551.pdf) (s.e.t. 13.03.2022)

[12] Milli Uzay Programı'ndaki stratejik hedeflerden bir diğeri Uzay Teknolojileri Geliştirme Bölgesi kurulmasıdır. Milli Uzay Programı, s.43. Türkiye'nin rekabetçi olma hedefinde bu bölgenin kurulması büyük değer taşımaktadır. Bu bağlamda, Toulouse kentinin bulunduğu Occitanie bölgesinin geliştirmiş olduğu yaklaşım dikkatle incelenmelidir. Konuyla ilgili detaylı olarak bkz. Julien Vilar, "Protection des Investissement Locaux et Conquête de Nouveaux Marchés: le Rôle "Complémentaire" de la Région Occitanie au Coeur de l'Industrie Spatiale Européenne", Droit de l'Espace Extra-Atmosphérique, Question d'Actualité Clémentine Bories v.d. (Ed), Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2021, Toulouse, ss.31-41.

[13] Şahabeddin Kutlu, "Uydu-Uzay Teknolojilerinin Geliştirilmesinde Türkiye'nin Yönetim Anlayışı ve Dünya Ölçeğinde Karşılaştırmalı Bir Analiz", 2020/1, Türk Hava Kurumu Üniversitesi Havacılık ve Uzay Çalışmaları Dergisi, s.89.

kurumsallaşmanın bu kuruluşlarda gerçekleşmesinin çok zor olması da büyük bir sorun teşkil etmektedir.[14]

Bu nedenlerle, Yeni Uzay'ın ruhuna uygun olarak kısmi ya da tam bir özelleştirme süreci başlatılmalıdır. Özelleştirme devletin bu alandan tamamen çekilmesi olarak algılanmamalıdır. Mevcut uzay sorumluluk rejimi dolayısıyla devlet her zaman bu alanda etkin olmaya devam edecektir. Devletin uzay alanındaki esas vazifesi düzen ve uyumu sağlamak ve uluslararası yükümlülüklere uygunluğun denetimini yapmak olmalıdır. Kısacası, kamu idaresi ticari faaliyetlerin gelişimini sağlayan stratejiler belirleme ve bu alanın regülasyonunu sağlama üzerine yoğunlaşmalıdır.

Rekabet konusunda önemli bir hususun daha üzerinde durulması gerekir. Özellikle uzay alanındaki farklı ulusal düzenlemeler devletler arası rekabetin önemli bir aracı haline gelmiştir. Bu bağlamda karşılaşılan en büyük tehlike genel olarak standartların düşürülmesine giden bir uygulama ve deniz hukukundaki elverişli bayrak meselesinin uzay alanında da tezahür etmesidir.[15] Hiç şüphesiz, şirketler için daha düşük standartlar ve katı olmayan denetimler maliyetleri azaltıcı bir etki oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, Türk operatörlerin gelecekte daha uygun koşulları taşıdıkları nedeniyle faaliyetlerini yurt dışından yürütmeleri de ihtimal dışı değildir. Hatırlatmamız gerekir ki Türkiye'nin yetki alanı dışında Türk bir operatör tarafından gerçekleştirilen bir faaliyet Türk ulusal faaliyetidir. Dolayısıyla, bu durumda Türkiye'nin herhangi bir tasarrufuna gerek kalmadan uluslararası sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Ortaya konacak mevzuatta bu durumu engellemeye ilişkin önlemler alınmalı ve yetkili merciin izni olmadan gerçekleştirilen faaliyetler dolayısıyla yaptırımlar öngörülmelidir.

Politika geliştirirken ekonomik gerekçelerin belirli ölçüde geri planda tutulması gereken stratejik hedef kanımızca uzaya erişim ve uzay limanı kurulmasıdır.[16] Bu alanda, rekabetçi bir yaklaşım geliştirmekten ziyade daha çok bağımsızlığı ön plana alan bir yaklaşım ortaya konulmalıdır. Buradan hareketle rekabetçi olmanın tamamen bir kenarı bırakılması gerektiği sonucuna ulaşılmamalıdır. Bu yönde bir kapasite geliştirilmesinin Türkiye'nin özellikle uluslararası alanda prestijinin ve Türkiye'deki uzay farkındalığının artırılması açısından büyük kazanımları olacaktır.[17]

---

14 Kutlu, 2020 s.90.

15 Konuyla ilgili detaylı bir tartışma için genel olarak bkz. Frans G. Von der Dunk, "Towards 'Flag of convenience' in Space?", IISL-ECSL Symposium, Vienna, 2012.

16 Milli Uzay Programı, s.35.

17 Gülin Dede/ Mehmet Akçay, "Technology Foresight in Practice: A Proposal for Turkish Space Vision", 2016, sayı:35, Space Policy, s.5.

Buna ilaveten, uzaya bağımsız erişimin uzay endüstrisine olumlu ekonomik yansımaları da olacaktır. Uygulamada, fırlatma teknolojisine sahip devletlerin uzay endüstrilerinin gelişim potansiyelinin daha yüksek olduğu görülmektedir. Uzay alanında devletlerin kendi endüstrilerinin gelişmelerini desteklediği ve kendi şirketlerinden hizmet/ürün aldıkları muhakkaktır.

Türk uzay sektörünün rekabetçiliğini sağlayacak en önemli faktörlerden birisi uluslararası iş birliği imkanlarının geliştirilmesi olacaktır.

II- ULUSLARARASI İŞ BİRLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ

Uzay hukuku iş birliği bağlamında uluslararası hukukun diğer dallarına nazaran çok büyük farklılıklar göstermektedir. Uzay Antlaşması'nın I, III, IX, X ve XI. maddeleri, devletleri iş birliği yapmaya teşvik etmektedir. Uzay hukukunda iş birliğinin bir yükümlülük olup olmadığı tartışmalı olsa da biz bu yönde bir yükümlülüğün olmadığı kanaatindeyiz.[18] Kısacası, devletler iş birliği yapmaya zorlanamaz ve arzu etmeleri halinde iş birliğine nasıl başvuracaklarına kendileri karar verirler.

Bununla birlikte, devletlerin pragmatik bir yaklaşımla uzayda iş birliğine sıklıkla başvurduğunu görmekteyiz. Her ne kadar kimi zaman iş birliği devletler tarafından bir yük olarak görülse de tam aksine özellikle uzay alanında iş birliğine başvurmanın ulusal menfaatlerin gerçekleştirilmesine hizmet eden bir gereklilik olduğu kanaatindeyiz. Milli Uzay Programı'nda da iş birliği geliştirilmesinin önemine birçok hedef kapsamında değinilmiştir.

Bu hedeflerden birisi Bölgesel Konumlama ve Zamanlama Sistemi geliştirme projesidir.[19] Nitekim, navigasyon sistemlerinin uyumluluğu ve birlikte çalışabilmesi servis sağlayıcı devletler arasında bir iş birliğini gerektirmektedir. Bu bağlamda, geliştirilen iş birliği hem servis sağlayıcıların hem de kullanıcılar açısından avantaj sağlamakta ve servis kalitesini artırmaktadır. Bu alandaki iş birliğinin diğer bir uygulaması da endüstriyel alandadır. Böylece, farklı pazarlara girmek suretiyle servis sağlayıcı devletlerin ulusal endüstrilerinin rekabetçiliğini artırması mümkün olmaktadır. Türkiye her iki açıdan da iş birliğine önem vermeli ve ilgili uluslararası mecralarda gereken adımları atmalıdır.

İş birliğine başvurmayı gerektiren bir diğer hedef yurt dışında uzay limanı kurulmasıdır. Bu amaçla, ev sahibi devletle limanın hangi çerçevede kullanılacağına dair bir anlaşma yapılması ve özellikle sorumluluk paylaşımına ilişkin meselelerin bu anlaşmada ele alınması

[18] Tuğrul Çakır, "Uzay Hukuku Bağlamında "İnsanlık" ve Uluslararası Hukuk Kişiliği Meselesi", 2022/1, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 378-379.

[19] Milli Uzay Programı, s.33.

gerekecektir.[20] Uzay sorumluluk rejiminde ev sahibi devletle misafir devletin fırlatan devlet vasfına sahip olduğunu ve aynı ölçüde sorumlu olduklarını hatırlatmamız gerekir. Kısacası, söz konusu limanda gerçekleştirilecek uzay faaliyetlerinden kaynaklanan bir zararın ortaya çıkması halinde, mağdur Türkiye'den tazminat talebinde bulunabileceği gibi ev sahibi devletten de zararının tazminini isteyebilecektir. Ev sahibi devlete başvurulması halinde hangi koşullarda Türkiye'ye rücu edilebileceği bu anlaşmayla ele alınmalıdır. Ev sahibi devletin, projenin oluşturulmasına ve hayata geçirilmesine katkı sağlaması halinde de bu durum sorumluluk paylaşımında dikkate alınmalıdır.

Uzay Antlaşması'nın VI. maddesinden doğan izin ve devamlı takip yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, birden fazla devletin uzay operasyonuna dahil olması halinde, koordineli bir yaklaşım gerektirmektedir. Özetle, birden fazla devletin aynı uzay operasyonu için izin koşulunu araması uzay faaliyetlerinde yavaşlama etkisi oluşturabilir. Bu noktada devletlerin koordineli bir yaklaşım geliştirerek iş birliğine gitmeleri ve izin/devamlı takip süreçlerini kolaylaştırmaları yerinde olacaktır. Bu örnekte de görüldüğü üzere ulusal düzenlemelerin getirmiş olduğu sınırlamalar ancak ve ancak iş birliği ile ortadan kaldırılabilir ve bu yönde ortaya konacak anlaşmalar ulusal mevzuatların uygulanmasını kolaylaştırmaktadır.

Bu noktaların dışında özellikle uydu üretim alanında yabancı şirketler/kurumlarla gerçekleşecek iş birlikleri hiç şüphesiz sektörün gelişimine büyük katkı sağlayacaktır. Türkiye'nin uydu üretim projelerinde elde ettiği deneyim hiç şüphesiz Türkiye'nin en güçlü yanlarından birisini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'nin önündeki en büyük fırsatlardan birisi kendi üretimi olan iletişim ve uzaktan algılama uydularını uzay alanında gelişmekte olan devletlere ihraç etmesi olacaktır.[21]

İş birliği bahsinde son bir hususa daha değinilmesi yerinde olacaktır. 2019 yılında NASA tarafından Artemis programı kapsamında uzay araştırmalarıyla ilgili bağlayıcılığı olmayan bir dizi genel ilke önerisinde bulunulmuştur. Mevcut durumda (13 Mart 2022 tarihi itibarıyla) bu anlaşmaları imzalayan devletlerin sayısı (son katılımcı Bahreyn'le birlikte) 17'ye ulaşmıştır.[22] ABD tarafından geliştirilen bu yaklaşım bir kez daha uzay hukukunun kaynaklarındaki paradigma değişikliğini ortaya koymuştur.

Daha önceleri uzay hukukundaki uluslararası antlaşmalar ulusal uygulamalara yön verirken artık ulusal inisiyatifler uluslararası hukukun

---

[20] Tuğrul, Çakır, "Türkiye'nin Yurt Dışında Uzay Limanı Kurması", Şubat 2022, Sayı 327, SETA Perspektif.

[21] Dede/Akçay, 2016, s.4.

[22] U.S. Department of State, Kingdom of Bahrain Signs the Artemis Accords, 7 Mart 2022, (https://www.state.gov/kingdom-of-bahrain-signs-the-artemis-accords/) (s.e.t. 13.03.2022)

gelişiminde belirleyici olmaya başlamıştır.[23] Hiç şüphesiz, bu gelişmeyi tek taraflı olarak bulabilir ve uzay hukukunun gelişimi açısından endişeyle karşılayabiliriz. Bununla birlikte, bu yaklaşımın çok taraflı çözüm bulmanın imkansızlaştığı bir bağlamda bir çıkış yolu olduğunu da ileri sürebiliriz. Benzer şekilde, Uzay Çağı'nın başlangıcında iki süper gücün faaliyetlerinin de tek taraflı olduğunu ancak daha sonradan kabul edilen Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarının ve uzay antlaşmalarının temelini oluşturduğunu da kolaylıkla söyleyebiliriz.

Bu bağlamda, Türkiye'nin Artemis Anlaşmaları'nı imzalamasının Türkiye açısından önemli bir fırsat olduğunu düşünüyoruz. Artemis Anlaşmaları'na taraf olmanın haklı olarak Türkiye'nin Ay Antlaşması'ndan[24] doğan yükümlülüklerini ihlal edeceği yönünde bir endişe ileri sürülebilir. Ay Antlaşması'na taraf olan Avustralya ve Meksika'nın aynı zamanda Artemis Anlaşmaları'na da taraf olması bu çerçevede ilgili gelişmelerdir.[25] Courteix'e göre, Ay Antlaşması kapsamında kaynakların işletilmesini yönetecek uluslararası rejimin genel prensipleriyle uygun olduğu müddetçe Antlaşma'ya taraf devletlerin bu rejim ortaya çıkana kadarki süreçte faaliyet geliştirilmelerine bir engel bulunmamaktadır.[26]

Bununla birlikte, hayata geçirilecek rejimin genel prensipleriyle ve özellikle Ay Antlaşması'nda yer bulan insanlığın ortak mirası kavramıyla Artemis Anlaşmaları arasında bazı noktalarda çatışmaya giden yaklaşım farklılıkları olduğu muhakkaktır. Bu çatışmaların minimize edilip edilemeyeceğini zaman gösterecek ve Artemis Anlaşmaları'nın nasıl uygulanacağı esas olarak belirleyici olacaktır. Dolayısıyla, uzun vadede, Türkiye'nin Ay Antlaşması'ndan çekilmesi de tartışılmalı ve bu husus gözden geçirilmelidir.

Özetle, uzay faaliyetlerinin yönetimi bağlamında uluslararası iş birliğinin önemli bir araç olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, uzay uygulamaları, uzay operasyonları ve uydu üretimi alanlarında iş birliğine başvurulması ulusal uzay endüstrisinin gelişiminin ve dolayısıyla ulusal menfaatlerin temininin sağlanmasına büyük katkı sunacaktır. Bu bağlamda, Türkiye'nin ihtiyaçları doğrultusunda, uzay alanındaki hukuk politikalarımıza iş birliğinin güçlü bir biçimde entegre edilmesinin yerinde olacağı kanaatini taşıyoruz.

Uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması, hiç şüphesiz uluslararası iş birliğini gerektiren başka bir meseledir.

---

[23] Achilleas, 2016, s.506-509.

[24] Ay ve Gök Cisimlerinin Üzerinde Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen Antlaşma, İmza Tarihi: 5 Aralık 1979, Yürürlük Tarihi: 11 Temmuz 1984.

[25] Status of International Agreements relating to Activities in Outer Space as at 1 January 2021, 31 Mayıs 2021, A/AC.105/C.2/2021/CRP.10.

[26] Courteix, Simone, "L'accord Régissant les Activités des Etats sur la Lune et les Autres Corps Célestes", 1979, S.25, Annuaire Français de Droit International, s.219.

III- UZAY FAALİYETLERİNİN SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİNİ SAĞLAMA

Uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliği, bu çalışma kapsamında hukuk politikalarımıza yön vermesi gerektiğini düşündüğümüz son ilkedir. Uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliğinden kasıt, uzay faaliyetlerinin ideal koşullarda gerçekleştirilmesinin gelecekte mümkün olmasının sağlanması ve gelecek nesiller için iyi bir uzay ortamının bırakılmasıdır. Unutulmamalıdır ki uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliğini sağlama bütün devletlerin ortak meselesidir. Bu bağlamda bütün devletlerin uzay faaliyetlerini yürütürken "sorumlu" davranmaları beklenmelidir.

Uzay Antlaşması'nda uzayın ve uzay faaliyetlerinin hukuki rejiminin ortaya konulmasıyla yetinilmemiş, aynı zamanda uzay etiğinin temelleri de atılmıştır. Bu temelin en önemli ayaklarından ikisini, uzayın kullanımının bütün insanlığa tahsis edilmiş olması ve genel menfaate uygunluk kavramları oluşturmaktadır.[27] Ayrıca, Uzay Antlaşması'nın IX. maddesine göre devletlerin uzaydaki keşif ve inceleme faaliyetlerini yürütürken zararlı bir şekilde kirlenmeyi önleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletler bu yükümlülüklerin bilincinde olarak uzayın sürdürülebilirliği meselesine gereken hassasiyeti göstermelidir.

Uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliği bağlamında ortaya çıkan en büyük sorun uzay atıklarıdır.[28] Uzay atıklarıyla mücadelede uygulamada bazı uluslararası kılavuzlar geliştirilmiştir. Hukuki olarak bağlayıcı olmayan bu kılavuzların bazı devletlerin uygulamasında bağlayıcı değer kazandığı görülmektedir. Türkiye, bu uygulamaya paralel olarak ulusal mevzuatına bu kılavuzları dahil etmelidir. Böylece her geçen gün uygulamada takip edilen (bazı istisnaları olmakla birlikte) bu kılavuzlarda yer alan tavsiyelerin teamül hukuku olma sürecine olumlu anlamda katkı sunulmalıdır.

Sürdürülebilirlik hususu iki hedef dahilinde Milli Uzay Programı'nda yer almıştır. Bunlardan ilki uzay havasına ilişkin teknolojik araştırmalar hususundadır.[29] Bu araştırmalar sayesinde uzay faaliyetlerinin güvenliğini ve sürdürülebilirliğini sağlayacak alt yapının elde edilmesi planlanmaktadır. İkinci husussa uzay nesnelerinin yerden gözlemi ve takibidir.[30] Bu kapsamda geliştirilen strateji, uzay nesnelerinin yerden gözlemi ve takibi alanında uluslararası iş birliği ile geniş bir coğrafyadan veri toplanmasıdır. Böylece, özellikle aktif uyduların ve uzay çöplerinin takibiyle uzay farkındalığı elde edilmesi planlanmaktadır. Bu farkındalık sayesinde uzay nesnelerinin ve

---

27 Bu hususlarda genel olarak bkz. Çakır, 2022, ss.375-380.

28 Genel olarak bkz. Erdem, 2014, ss.162-167.

29 Milli Uzay Programı, s.37.

30 Milli Uzay Programı, s.39.

operasyon bölgesinin tanımlanması ve de genel olarak operasyonlarla alakalı faktörler ve olaylar hakkında bilgi edinilmesi sağlanacaktır.[31]

Bu bağlamda Türkiye, uzay faaliyetlerinin sürdürülebilirliği konusunda gereken hassasiyeti göstermeye devam etmeli ve sürdürülebilirliğin geliştirilmesine katkı sunmalıdır. Örneğin, Türk şirketlerinin çevresel sorumluluklarını geliştirmeleri teşvik edilmelidir. Yapılacak proje desteklemelerinde projelerin çevreye duyarlı olmaları hususuna da özellikle dikkat edilmelidir. Bu yönde bir yaklaşım Türkiye'nin yükümlülüklerine uygun hareket etmesinin ve dolayısıyla uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkmasını engellemesinin de aynı zamanda bir gereğidir.

Şu an itibarıyla uzay trafik yönetimine ilişkin uluslararası bir mekanizma hayata geçmemiş olsa da gelecekte bu yönde bir mekanizmanın ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Bu aşamada, uzay trafik yönetimi ulusal düzeyde yürütülmektedir. Bununla birlikte, uzay faaliyetlerinin doğası bu meselenin global bir biçimde ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, Türkiye uluslararası mekanizmanın kurulmasına giden süreçte trafik yönetimine ilişkin normların oluşmasına aktif bir biçimde katılmalıdır.

SONUÇ

Uzay teknolojilerinin devletlerin gelişimine ve refah seviyesine olan katkısı tartışılmaz bir gerçektir. Bu noktada, Türkiye'de kamuoyunun uzay alanındaki farkındalığının artırılması önemli bir hedef olmalıdır.[32] Bu sayede hem nitelikli insan gücünün yetişmesi mümkün olacak hem de halkın uzay alanındaki yüksek maliyetli yatırımlara desteği artacaktır. Farkındalığın sağlanmasıyla birlikte, uzay alanının siyaset üstü bir alan olması temin edilmelidir ve uzay projelerine halkın ezici çoğunluğunun desteği alınmalıdır.

Bu çalışma kapsamında Türk uzay endüstrisine bir ivme kazandırmak maksadıyla hukuk politikalarımıza yön vermesinin uygun olacağını düşündüğümüz bazı hususları vurgulamaya çalıştık. Bu hususlara ilaveten, uzayın askeri anlamda her geçen gün önem kazanması[33] ve artış gösteren uzay-tabanlı tehditler[34] dolayısıyla askeri anlamda bir uzay vizyonunun da geliştirilmesi ve hayata geçirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Uzay alanında keskin bir biçimde sivil/askeri

---

[31] Soner Sarıkaya, Uzay Hukuku ve Türkiye, Nobel Bilimsel Eserler, Ankara, 2020, s.89.

[32] Bu amaca özellikle Türk Astronot ve Bilim Misyonu büyük hizmet edecektir. Milli Uzay Programı, 2021, s.47.

[33] Türkiye'nin güvenlik ve savunma politikalarında uzayın yeri için genel olarak bkz. Cihan Ercan/ İzzet Kale, "The Role of Space in the Security and Defence Policy of Turkey. A Change in Outlook: Security in Space versus Security From Space", 2017, sayı:42, Space Policy, ss.17-25.

[34] Sarıkaya, 2020, s.89-91.

ayrımına gidilmeden bütüncül bir uzay anlayışının geliştirilmesi hiç şüphesiz Türk uzay endüstrisinin büyümesini ve rekabetçi olmasını kolaylaştıracaktır. Uzay alanında güçlü bir özel sektör güçlü bir askeri uzay vizyonundan geçmektedir. Uzay savunma sanayisi ve özel sektör arasında güçlü bir sinerji oluşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

Acer Y/Kaya İ, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Achilleas P, "Le New Space ou la Privatisation des Ambitions Spatiales des Etats", 2016, Annuaire Français de Droit International, ss.499-518.

Chaddha S, "US Commercial Space Sector: Matured and Successful", 2010/1, Journal of Space Law, ss.19-53.

Courteix S, "L'accord Régissant les Activités des Etats sur la Lune et les Autres Corps Célestes", S.25, 1979, Annuaire Français de Droit International, ss.203-222.

Çakır T, "Türk Uzay Operasyonlarına İlişkin Kanun'un Hazırlanması Hakkında Öneriler", 2020/2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.175-196.

Çakır T, "Uzay Hukuku Bağlamında "İnsanlık" ve Uluslararası Hukuk Kişiliği Meselesi", 2022/1, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.371-398.

Dede G/Akçay M, "Technology Foresight in Practice: A Proposal for Turkish Space Vision", S.35, 2016, Space Policy, ss.1-5.

Ercan C/Kale İ, "The Role of Space in the Security and Defence Policy of Turkey. A Change in Outlook: Security in Space versus Security From Space", S. 42, 2017, Space Policy, ss.17-25.

Erdem M, Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

Kutlu Ş, "Uydu-Uzay Teknolojilerinin Geliştirilmesinde Türkiye'nin Yönetim Anlayışı ve Dünya Ölçeğinde Karşılaştırmalı Bir Analiz", 2020/1, Türk Hava Kurumu Üniversitesi Havacılık ve Uzay Çalışmaları Dergisi, ss.70-92.

Ravillon L, "Espace Extra-Atmosphérique - Aspects Contractuels", JurisClasseur, 10 Ağustos 2015.

Sarıkaya S, Uzay Hukuku ve Türkiye, Nobel Bilimsel Eserler, Ankara, 2020.

Vilar J, "Protection des Investissement Locaux et Conquête de Nouveaux Marchés : le Rôle "Complémentaire" de la Région Occitanie au Coeur de l'Industrie Spatiale Européenne", Droit de l'Espace Extra-Atmosphérique, Question d'Actualité, Bories, Clémentine v.d. (Ed.), Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2021, Toulouse, ss.31-41.

Von der Dunk F.G, "Towards 'Flag of convenience' in Space?", IISL-ECSL Symposium, Vienna, 2012.

KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN BİR SUÇU GİZLEMEK, DELİLLERİNİ ORTADAN KALDIRMAK VEYA İŞLENMESİNİ KOLAYLAŞTIRMAK YA DA YAKALANMAMAK AMACIYLA İŞLENMESİ (TCK M.82/1-h)

Commitment of the Murder to Hide a Crıme, to Destroy the Evidence or to Facilitatei Its Perpetration or Not to be Caught (TPK N.82/1-h)

Dr. Öğretim Üyesi Hüsnü Sefa ERYILDIZ*

Öz: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin ilk fıkrasında tahdidi olarak sayılan ve failin amacından yola çıkılmak suretiyle daha ağır cezalandırılması öngören nitelikli hâllerden biri de h bendinde yer alan kasten öldürme suçunun "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak" amacıyla işlenmesidir. Çalışmada, öncelikle söz konusu nitelikli hâlin yapılma nedenleri üzerinde durulmuş ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ile karşılaştırmalı hukuktaki benzer kanuni düzenlemeler ortaya koyulmuştur.

Kasten öldürme suçunun, madde bendinde sayılan amaçlarla işlenmesi hâlinde, öldürme suçu "araç suç" ve diğer suç da "amaç suç" olarak adlandırılmakta ve her iki suç arasında fikri bir ilişki, bir iç bağlantı, nedensellik bağı aranmaktadır. Bu noktada söz konusu nitelikli hâlin tatbiki bakımından aranan amaç-araç suç ilişkisinin hangi koşullarda oluşabileceği irdelenmiştir. Akabinde madde bendi lafzında birbirine alternatif olarak belirlenen ve farklı uygulanma koşulları bulunan bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak ve yakalanmamak amacı şeklindeki dört nitelikli hâl konuya ilişkin Türk ve Alman öğreti görüşleri ile yargı kararları doğrultusunda ayrı ayrı incelenmiştir. Ayrıca çalışmanın sonunda, TCK m.82/1-h bendi iştirak ve içtima müesseselerinin tatbiki açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, kolaylaştırmak, yakalanmamak, kasten öldürme.

Abstract: One of the aggravating circumstances that stipulates that the perpetrator is punished more severely, based on the purpose of the first paragraph of Article 82 of the Turkish Penal Code No. 5237 (TPK), is the committing of the crime of murder in subparagraph h with the aim of "to hide a crime, to destroy its evidence or to facilitate its perpetration or not to be caught". In the study, first of all, the reasons for the regulation of aforementioned aggravating circumstance were explained and similar legal regulations in comparative law with the abolished Turkish Penal Code No. 765 were examined.

If the crime of murder is committed for the purposes listed in the clause, the crime of murder is called an "instrumental crime" and the other crime is called a "purpose crime" and an intellectual relationship, an internal connection and a causal relation sought between the two crimes. At this point, the conditions under, which the purpose-instrumental crime relationship sought in terms of the application of the aforementioned aggravating circumstance can occur, has been examined. Subsequently, four aggravating circumstance, which are determined as alternatives to each other and have different implementation conditions, to hide a crime, to destroy its evidence, to facilitate its perpetration, and not to be caught, have been examined separately in line with Turkish and German doctrine views on the subject and judicial decisions. In addition, at the end of the study, Article 82/1-h of the TPK was evaluated in terms of the application of complicity and joinder of crime

Keywords: Murder, Hide a crime, Destroy its evidence, Facilitate its perpetration, Not to be caught.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sefa.eryildiz@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4964-0888.

Makale Geliş Tarihi: 20.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 09.06.2022

I. GENEL OLARAK

Kasten öldürme suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hâller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Özel Hükümler adlı İkinci Kitabının İkinci Kısımda, Hayata Karşı Suçlar başlıklı Birinci Bölümde düzenlenen 82. maddede 11 bent hâlinde sayılmıştır. Bu nitelikli hâllerden bazıları fiilin işleniş tarzı (*örneğin*, canavarca hisle veya eziyet çektirerek kasten öldürme, m.82/1-b), bazıları fail ile mağdur arasındaki ilişki (*örneğin*, üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı kasten öldürme, m.82/1-d), bazıları mağdur (*örneğin*, kadına karşı, m.82/1-f veya çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kişiye karşı kasten öldürme, m.82/1-e) ve bazıları ise failin güttüğü amaç ve saik nazara alınmak suretiyle yaptırım altına alınmıştır.

TCK m.82'de tahdidi olarak sayılan ve failin amacından yola çıkılmak suretiyle daha ağır cezalandırılması öngören nitelikli hâllerden biri de h bendinde yer alan kasten öldürme suçunun *"bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla"* işlenmesidir.[1] Madde bendi lafzında "veya/ya da" bağlaçlarına yer verildiğinden, failin güttüğü amaç esas alınmak suretiyle dört farklı nitelikli hâle yer verildiği ve bu nitelikli hâllerden biri dolayısıyla kasten öldürme suçunun işlenmesi hâlinde hükmün uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

Madde gerekçesinde söz konusu nitelikli hâle ilişkin olarak; *"(h) bendinde, bu suçun güdülen amaç itibarıyla nitelikli hâline yer verilmiştir. İşlenmiş olan bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmekte olan bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, kişi öldürüldüğünde, amaç suç araç suç ilişkisi söz konusudur. Suçun bu nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, belirtilen amaçlarla bir kişinin öldürülmesi yeterlidir; öldürmek suçuyla amaçlananın gerçekleşmesi gerekmez. Bu nedenle, örneğin bir banka soygununu gerçekleştirebilmek amacıyla öldürme suçunun işlenmesi hâlinde, fail hakkında bu nitelikli unsur dolayısıyla cezaya hükmedilecektir. Banka soygununun gerçekleşmesi hâlinde, failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması gerekir. Başka bir deyişle, bu gibi durumlarda gerçek içtima kurallarını uygulamak gerekir."*, açıklamalarına yer verilmiştir.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, TCK m.82/1-h'de düzenlenen nitelikli hâlin tatbiki için; kasten öldürme suçunu işleyen failde, bir suçu

[1] Veli Özer Özbek, TCK m.82/1-h'de düzenlenen nitelikli hâlin "bir başka suç için veya bir başka suç dolayısıyla" şeklinde ifade edilmesinin de mümkün olduğunu ve hatta kasten öldürme suçunun bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infialle işlenmesi halinin de (m.82/1-i) bu ifadeye dâhil edilebileceğini belirtmektedir., Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.235.

gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacının bulunması yeterli olup, ayrıca bu amaçların gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bununla birlikte, faildeki amacın tespiti bakımından araç ve amaç olmak üzere iki ayrı suç arasındaki bağlantının ortaya konulması gerekmektedir.

Öğretide bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak amacıyla kasten öldürme hâllerinde kronolojik açıdan, amaç suçun kasten öldürme suçundan önce işlenmesinin; bir suçu kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürme de ise amaç suçun kasten öldürme suçu sırasında veya sonrasında işlenmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir.[2] Kanaatimizce, failin kastı ve amacının belirlenmesinde amaç ve araç suçun gerçekleştirildikleri aşamalar yol gösterici mahiyette olmakla birlikte, asıl önemli olan, kasten öldürme suçunun, amaç suçtan önce veya sonra gerçekleştirilmesi değil, bu suçla bağlantılı olmasıdır.[3]

II. DÜZENLEMENİN YAPILMA NEDENİ

TCK m.82/1-h'de yer alan cezayı ağırlaştıran nitelikli hâllerin düzenlenme nedenine ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Bir görüşe göre*, söz konusu düzenlemenin yapılma nedeni kasten öldürmenin bir başka suça bağlı olarak işlenmesi şeklindeki daha ağır sürecin önlemesi iken;[4] *ağırlıklı görüşe göre*, belirli bir amaç suç için bir başkasını öldürmekten çekinmeyen failin, toplum açısından daha tehlikeli olan kişiliğini açığa vurmasıdır.[5] Yargıtay Ceza Genel Kurulu da (YCGK) amaç suçu işlemek için, kasten öldürme suçunu işlemekten çekinmeyen, bu suçu işlemeyi göze alan failin, toplum açısından tehlikeli bir kişiliğe sahip olmasının nitelikli halin dayanağını oluşturduğunu açıklamıştır.[6] *Diğer bir görüş ise,* öldürme eyleminin araç olarak kullanılmasının, delil toplama, suçu aydınlatma ve suç faillerini

---

[2] Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, TCK 81-82-83, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.235; Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.536; Veli Özer Özbek/Koray Doğan /Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018b, s.133; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.87.

[3] Aynı yönde, İbrahim Şahbaz, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 1, (Madde 1-149), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.1016.

[4] Köksal Bayraktar, "Kasten Adam Öldürme", C.19, S.2, 2013, Özel Sayı, Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (MÜHFD), s.75.

[5] Özbek/Doğan/Bacaksız, v.d., 2018b, s.132; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Madde 45-85, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.2728; Yokuş Sevük, 2020, s.87.

[6] Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 1994/1-68, K. 1994/94, T. 11.04.1994.

yakalama gibi işlemleri yapması gereken adli mercilerin işini zorlaştırmasını madde bendinin bir başka düzenlenme nedeni olarak ifade etmektedir.[7]

Alman Hukukunda, *"bir suçun işlenmesine olanak sağlanması amacıyla"* kasten öldürme suçunun işlenmesinin cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâl olarak düzenlenme nedeninin, failin öldürme eylemini başka suç veya suçlar için araç olarak kullanması olduğu belirtilmektedir.[8] Söz konusu nitelikli hâlde artan kınanabilirlik, suç teşkil eden hedeflerine ulaşmak için failin gerekirse *"cesetlerin üzerinden geçmeye hazır olması"*, yani başkalarının yaşamını hiçe sayması ve yüksek tehlikeliliğini ortaya koymasından kaynaklanmaktadır.[9]

Kasten öldürme suçunun *"bir suçu gizlemek amacıyla"* işlenmesi bakımından artan kınanabilirlik ise, amaç suçun mağduru, tanığı veya bir üçüncü kişinin yaşamının, failin ya da bir başkasının cezadan kurtulması için yok edilmesine dayandırılmaktadır.[10] Ayrıca bu nitelikli hâlde özel bir koruma amacının bulunduğu, failin, mahkûmiyetine katkı sağlayabilecek bir tanıktan, özellikle de mağdurdan kurtulma amacıyla suç işleme eğiliminin, kendisini koruma içgüdüsü de göz önüne alındığında oldukça yüksek olduğu ve dolayısıyla bundan etkilenebilecek kişiler için riskin de aynı ölçüde arttığı, bu gibi durumlarda mağduru korumak için daha ağır ceza tehdidi ile failin artan öldürme eğilimine karşı önlem alındığı ifade edilmektedir.[11]

Kanaatimizce, TCK m.82/1-h bendi kapsamında kasten öldürme suçu bakımından cezanın ağırlaştırılmasındaki temel neden, failin kasten öldürme suçunu, bir başka suçu işleyebilmek veya hâli hazırda işlediği bir suçu gizleyebilmek veya cezadan kurtulabilmek için bir araç olarak kullanarak en kutsal ve dokunulmaz sayılan yaşam hakkını hiçe sayması, böylelikle sahip olduğu düşük ahlaki karakteri ve yüksek tehlikeliliği dış dünyaya yansıtmasıdır. Ayrıca, bir suçu gizleme, delillerini ortadan kaldırma veya yakalanmama amacında, kendisini koruma içgüdüsüyle hareket eden fail bakımından suç işleme eğilimi ve mağdur bakımından da suça maruz kalma riski artmaktadır. Dolayısıyla, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, kanun koyucunun madde bendi kapsamında ceza artırımına

---

7 Adem Palut, Kasten Adam Öldürme Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.466.

8 Albin Eser/Detlev Sternberg–Lieben, Strafgesetzbuch, Kommentar, Adolf Schönke/ Horst Schröder (Ed.), Verlag C. H. BECK, 29. Baskı, München, 2014, m.211 kn.31; Alman Federal Mahkemesi (AlFM), T. 13.09.1995, 3 StR 360/95, beck-online.

9 AlFM, T. 03.06.2015, 2 StR 422/14, beck-online; T. 09.03.1993, 1 StR 870/92, beck-online.

10 Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.31; AlFM, T. 23.11.1995, 1 StR 475/95, beck-online.

11 AlFM, T. 23.12.1998, 3 StR 319/98, beck-online.

başvurmak suretiyle, failin artan öldürme eğilimini engelleme amacını da taşıdığı söylenebilir.

III. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

5237 sayılı TCK m.82/1-h'de yer verilen cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâllere, 765 sayılı mülga TCK'da iki ayrı bentte yer verilmişti. 765 sayılı Kanunu'nun 450. maddesinin ilk fıkrasının;

- 7. bendi uyarınca, kasten (adam) öldürme fiili, *"Velevki husule gelmiş olmasın diğer bir suçu hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için ika olunursa"* ve
- 9. bendi uyarınca, kasten (adam) öldürme fiili, *"Bir suçu gizlemek veya delil ve emarelerini ortadan kaldırmak veya kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle vukua getirilirse"* failin öldürme suçunun temel hâlinden daha ağır olarak, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılması söz konusu idi.[12]

Görüleceği üzere, 765 sayılı mülga TCK m.450/1-7'de bir suçun *"hazırlanması veya kolaylaştırması veya işlenmesi"* amacıyla öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi nitelikli hâl olarak belirlenmiş iken; 5237 sayılı TCK m.82/1-h'de ise sadece bir suçun *"işlenmesinin kolaylaştırılması"* bu kapsamda değerlendirilmiştir. Oysa bir suçun hazırlanması, kolaylaştırılması ve işlenmesi ifadelerinin, aynı suça yönelik birbirinden farklı eylem veya aşamalara karşılık gelebileceği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda; *"Bir suçun hazırlanması",* kasten öldürme suçu vasıtasıyla bir başka suçun işlenmesine imkân ve zemin hazırlanması amacını; *"bir suçun kolaylaştırılması",* kasten öldürme suçuyla, bir başka suçun işlenmesinde ortaya çıkabilecek veya hâli hazırda çıkan aşılabilir engellerin ortadan kaldırılması veya hafifletilmesi amacını; *"bir suçun işlenmesi"* ise kasten öldürme suçu vasıtasıyla bir başka suçun işlenebilmesinin mümkün kılınması amacını, ortaya koyabilir. Özellikle amaç suçun gerçekleşmesinin, yalnızca kasten öldürme suçunun işlenmesi suretiyle mümkün olabileceği durumlarda, *"kolaylaştırmak"* nitelikli hâlinin bu amacı karşılamadığı ileri sürülebilir. *Hakeri*, ceset ile cinsel ilişki kurmak için bir kimsenin öldürülmesi hâlinde, 5237 sayılı TCK m.82/1-h'de *"diğer bir suçu ika etmek"* amacıyla öldürme açıkça düzenlenmediği ve dolayısıyla madde bendinin uygulanması mümkün olmadığı için, diğer nitelikli hâllerin de varlığı söz konusu olmadığı

[12] 765 sayılı mülga TCK m.450'de düzenlenen cezayı ağırlaştıran nitelikli hâller bakımından öngörülen ölüm cezasının uygulaması 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ile savaş ve yakın savaş tehdidi hâlleriyle sınırlandırılmış, akabinde 14.07.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun ile bu cezanın yerini ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası almıştır.

takdirde, failin TCK m.81 ve m.130/2 hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabileceği görüşündedir.[13] Fakat kavramsal açıdan geniş bir yorumla bir suçun hazırlanması, kolaylaştırılması ve işlenmesi nitelikli hâllerinin *"bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak"* nitelikli hâli kapsamında değerlendirilebileceği de ifade edilebilir. Nitekim öğretide, 765 sayılı mülga Kanun'da yer alan söz konusu iki bendin "kolaylaştırmak" amacı kapsamında birleştirilmesi yoluna gidildiği belirtilmektedir.[14]

Son olarak, 765 sayılı mülga TCK m.450/1-9'da failin *"kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle"* kasten öldürme suçunu işlemesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâl olarak öngörülmüşken; 5237 sayılı TCK m.82/1-h'de failin *"yakalanmamak"* amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi nitelikli hâline yer verilmiştir. Eski düzenlemede, failin hem kendisi hem de bir başkasını cezadan kurtarmak amacıyla suçu işlemesi hâlinde söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği açıkça belirlenmişken, yeni düzenlemede failin bir başkasının yakalanmaması amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde madde bendinin uygulama alanı bulup bulmayacağı belirsizdir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Karşılaştırmalı hukukta, kasten öldürme suçunun, bir suçu gizlemek veya delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla işlenmesi hâllerine cezayı ağırlaştıran bir neden olarak yer veren çeşitli kanunlara rastlamaktadır. Bu kanunlardan:

Alman Ceza Kanunu'nun 211. maddesinin 2. fıkrasında, kasten öldürme suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli hâlleri arasında, suçun *"bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlanması amacıyla işlenmesi"* hâlleri yer almaktadır.

Arjantin Ceza Kanunu'nun 80. maddesinin 7. fıkrasında, kasten öldürme suçunun *"bir suçu hazırlamak, kolaylaştırmak, işlemek veya gizlemek veya işlediği suçtan elde ettiği yararı güvence altına almak veya kendisi ya da bir başkasının cezasız kalmasını sağlamak veya teşebbüs edilen diğer bir suçla hedeflenen netice elde edilemediği için"* işlenmesi suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hâlleri arasında düzenlenmiştir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin 2. fıkrasının k bendinde *"başka bir suçu gizlemek veya işlenmesini*

[13] Hakeri, 2007, s.236.

[14] Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.57.

kolaylaştırmak amacıyla" kasten öldürme suçunun işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.

Portekiz Ceza Kanunu'nun 132. maddesinin 2. fıkrasının g bendinde, *"bir suçu hazırlamak, işlenmesini kolaylaştırmak, işlemek veya gizlemek veya suçun failinin kaçmasını kolaylaştırmak veya cezasız kalmasını sağlamak"* şeklinde kasten öldürme suçunda cezayı ağırlaştıran birbirine alternatif nitelikli hâllere yer verilmiştir.[15]

Bulgaristan Ceza Kanunu'nun 116. maddesinin ilk fıkrasının 8. bendi uyarınca *"başka bir suçu kolaylaştırmak veya gizlemek"* amacıyla kasten öldürme suçun işlenmesi hâlinde, failin cezasının arttırılması öngörülmüştür.

Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 111. maddesinin ilk fıkrasının 5. bendinde kasten öldürme suçunda cezayı ağırlaştıran bir neden olarak *"başka bir suçu işleyebilmek veya gizleyebilmek"* amacına yer verilmiştir.

Romanya Ceza Kanunu'nun 189. maddesinin ilk fıkrasının c ve d bentlerinde, kasten öldürme suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli hâlleri olarak, suçun *"kendisini veya bir başkasını cezai takibattan veya cezanın infazından kurtarmak"* veya *"bir başka suçu işleyebilmek veya gizleyebilmek"* amaçlarıyla işlenmesi gösterilmiştir.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 576. maddesinde, aynı Kanun'un 61. maddesine yapılan atıf dolayısıyla genel nitelikte sayılan cezayı ağırlaştırıcı hâllerden, *"başka bir suçu işlemek veya gizlemek veya kendisine veya bir başkasına bir ürünü, kazancı ya da ödülü elde etmek veya güvence altına almak veya başka bir suçtan dolayı cezasızlığı sağlamak"* amacıyla kasten öldürme suçunun işlenmesi durumunda, failin cezasının artırılması öngörülmüştür.

İspanya Ceza Kanunu'nun 139. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde, kasten öldürme suçunun *"bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya ortaya çıkartılmasını engellemek"* amacıyla işlenmesine daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâller olarak yer verilmiştir.

Görüleceği üzere, yukarıda yer verilen yabancı ceza kanunlarında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin ilk fıkrasının h bendine benzer şekilde kasten öldürme suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli hâlleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte;

Bahsi geçen kanunlarda TCK m.82/1-h hükmünden farklı olarak, ayrıca *"bir suçun delillerini ortadan kaldırmak"* amacına yer verilmemiştir.

[15] Berrin Akbulut, "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Hâlleri", S. 65, Yıl 2020, Adalet Dergisi, s.101.

Bahsi geçen kanunların bir kısmında TCK m.82/1-h düzenlemesinden farklı olarak; *"bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak"* amacının yanı sıra veya yerine *"başka bir suçu hazırlamak"*, *"bir suçu işleyebilmek"* ve/veya *"bir suçun işlenmesine olanak sağlamak"* amaçlarına yer verilmiştir.

Bahsi geçen kanunların bir kısmında, *"bir suçu gizlemek"* ifadesi yerine *"bir suçun ortaya çıkartılmasını engellemek"* ifadesine yer verilmiştir.

Bahsi geçen kanunların bir kısmında, *"yakalanmamak"* amacı yerine, *"suçun failinin kaçmasını kolaylaştırmak veya cezasız kalmasını sağlamak"* ya da *"kendisini veya bir başkasını cezai takibattan veya cezanın infazından kurtarmak"* amaçlarına yer verilmiştir.

Son olarak, bahsi geçen kanunların bir kısmında, failin kasten öldürme suçunu *"işlediği suçtan elde ettiği yararı güvence altına almak"* veya *"kendisine veya bir başkasına bir ürünü, kazancı ya da ödülü elde etmek"* amacıyla işlemesi de cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Nitekim Türk Hukuku'nda benzer bir nitelikli hâle 765 sayılı mülga TCK m.450/1-8'de *"Bir suçtan hasıl olacak faydayı elde etmek veya bu gayeye vasıl olmak maksadiyle yapılan ihzaratı saklamak için veya takip edilen gayeye vasıl olamamaktan mütevellit infial ile işlenmiş olursa"* şeklinde yer verilmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise bu nitelikli hâle yer verilmemiştir.

V. ARAÇ SUÇ - AMAÇ SUÇ İLİŞKİSİ

Kasten öldürme suçunun, başka bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla işlenmesi hâlinde, öldürme suçu *"araç suç"* ve diğer suç da *"amaç suç"* olarak nitelendirilmektedir.[16] Bu bakımdan, araç suç olan kasten öldürme suçu ile amaç suç arasında fikri bir ilişki, bir iç bağlantı,

[16] TCK m.82 gerekçesi; aynı yönde, Akbulut, 2020, s.141; Centel/Zafer/Çakmut, 2007, s.58; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013, s.51; Hakeri, 2007, s.234; Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Madde 81-124, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.66; Otacı, 2009, s.535; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d., 2018b, s.132; İhsan Sartık, Uygulamada ve Teoride Güncel Yargıtay Kararları Işığında Olası Kastla Öldürme ve Yaralama Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.24; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.169; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010, s.2728; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.87; Mustafa Özen ise, bir suçu gizlemenin, delillerini ortadan kaldırmanın veya yakalanmamanın bağımsız bir suç tipi olmadığını, bu durumda ortada daha önce işlenmiş bir suç olduğunu, kasten öldürme suçunun da daha önce işlenen bu suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak amacıyla gerçekleştirildiğini, sadece bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak hâli bakımından kanunda suç olarak düzenlenmiş bir suçun amaç edinildiğini ifade etmektedir. Özen, 2020, s.123.

nedensellik bağı bulunmalıdır.[17] Amaç suç ile araç suç arasındaki bu bağlantı devam ettiği müddetçe, iki suç arasındaki zamansal fasıla önem arz etmez.[18]

Madde bendi lafzında *"suç"* kavramına yer verildiğinden, söz konusu nitelikli hâl, amaç eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri doğrultusunda "suç" teşkil etmesi hâlinde uygulanabilecektir.[19] Kabahatler ve disiplin suçları ile özel hukuk alanında haksız fiil sorumluluğunu gerektiren eylemler bakımından madde bendi uygulama alanı bulmaz.[20] *Örneğin*, kamu görevlisi failin, yalnızca disiplin suçu teşkil eden eyleminin delillerini ortadan kaldırmak amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde söz konusu nitelikli hâlin tatbiki mümkün değildir.

Amaç suç, Türk Ceza Kanunu'nda veya suç ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda düzenlenmiş olabilir. Amaç suçun nev'i veya ağırlığı önemli değildir.[21] Ayrıca, bu suçun, tıpkı araç suç gibi kasten öldürme suçu olması da mümkündür.[22]

---

17 YCGK, E: 2018/223, K: 2019/293:, T: 09.04.2019, "Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde düzenlenen nitelikli hâlde, aralarında fiili irtibat bulunan biri amaç suç, diğeri araç suç olmak üzere iki ayrı suç söz konusudur. Araç suç adam öldürmek, bir suçu gizlemek, suçun delilerini ortadan kaldırmak, suçun işlenmesini kolaylaştırmak, suç sonrasında yakalanmamak nedenlerinden birine dayalı olarak işlenmiş veya işlenmesine kalkışılmış olmalı, ayrıca araç suçtan ayrı bir de amaç suç bulunmalıdır. Bu iki suç arasında bağlantının bulunması ise olmazsa olmaz koşuldur.", Yargıtay İçtihat Portalı (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD, E: 2020/169, K: 2020/1104, T: 01.06.2020, (Y.İ.P.); aynı yönde öğretide, Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 3, Madde 76-84, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.665; Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s.55; Hakeri, 2007, s.234; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d., 2018b, s.132; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, 76-150. Maddeler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.1340; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010, s.2728; Yokuş Sevük, 2020, s.87.

18 Otacı, 2009, s.536.

19 Yargıtay 1. CD, T: 01.03.1942, 88/823: "Rıza ile işlenen ve mahiyeti itibariyle suç olmayan ırza geçmeğe mani olmak isteyen kimsenin tehevvürle öldürülmesinde 450/7. madde uygulanmaz."; içinde: Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1985, s.358.

20 Ahmet Gökcen/Murat Balcı, Kasten Öldürme Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.203; Hakeri, 2007, s.234; aynı yönde, Alman Hukukunda, Safferling, 2013, m.211 kn.72.

21 Christoph Safferling, Alman Hukuku'nda yer alan nitelikli hâl düzenlemesinin sadece suçları kapsayacak şekilde sınırlandırmasını eleştirmektedir. Yazara göre, haksızlık içeriği önemsiz sayılabilecek bir fiil nedeniyle kasten öldürme suçunu işleyen failin sahip olduğu motivasyonun kınanabilirliğinin bir suçla karşılaştırıldığında daha ağır olduğunu, ayrıca örneğin ekonomi ceza hukukunun geniş anlamda önemli bir kısmının kabahatler hukuku kapsamında düzenlendiğini ve bu düzenlemelerin barındırdıkları kriminel enerji itibarıyla suçlarla mukayese edilebilir nitelikte

Alman Federal Mahkemesi (AlFM) bir suçu gizleme amacının varlığı bakımından, failin, amaç suçun ortaya çıkması hâlinde cezai takibata uğrayacağı beklentisi içerisinde hareket etmesini aramamakta, amaç suçun cezai nitelikte olmayan *örneğin*, mesleki, ekonomik veya toplumsal sonuçlarından kaçınmak için kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde de gizleme amacının varlığını kabul etmektedir. Zira bir suçu gizleme amacı da dâhil olmak üzere kasten öldürme suçunun nitelikli hâlleri, devletin adli fonksiyonuna yönelik olarak işlenmemektedir. Bu nedenle, bir suçu gizleme amacını karakterize eden haksızlığın (amaç suç) diğer bir haksızlıkla (kasten öldürme) bağlantı içerisinde olması hâli, failin bir başkasını amaç suçun cezai olmayan sonuçlarını bertaraf etmek amacıyla öldürmesi hâlinde de söz konusu olabilecektir.[23] Nitekim Federal Mahkeme, failin aslında sağlamak istemediği uyuşturucu maddenin satımı konusunda anlaştığı mağdurdan ödemeyi aldıktan sonra, onu öldürerek cezai takibatı engellemek değil, dolandırıcılığa konu parayı tekrar kaybetmemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği somut olayda gizleme amacının varlığını kabul etmiştir. Dolayısıyla gizleme amacı, failin, mağdurdan kaynaklanabilecek bir şikâyet veya dava tehdidinin bulunmadığını varsaydığı ve kendisi için öncelikli olarak cezai olmayan sonuçlardan kaçınmanın önem arz ettiği durumlarda da tatbik edilebilecektir.[24]Buna karşın Mahkeme, failin motivasyonunun amaç suç nedeniyle kendisine ve ailesine yönelebilecek muhtemel saldırılardan korunmak olduğu somut olayda, bir suçu gizleme amacının varlığını kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre, fail kasten öldürme suçunu, amaç suçun kendisi açısından oluşturabileceği toplumsal sonuçlarından kaçınma endişesinin de varlığına rağmen, öncelikli olarak ailesini korumak amacıyla işlemiştir.[25]

---

olduğunu dile getirmektedir. Kommentar Strafgesetzbuch, Editörler: Holger Matt/Joachim Renzikowski, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, m.211 kn.64.

[22] Yargıtay 1. CD, T. 28.02.2002, 3882/581: "Sanığın borç aldığı maktul Mahmut'a borcunu ödeyecek durumda olmadığından bu borçtan kurtulmak için yaptığı plan gereğince parayı ödeyeceğini telefonla bildirerek çağırıp onu öldürdüğü, maktulün yanındaki maktul Ülkü ve mağdur Vahap'ı olayın delillerini yok etmek tanıklıklarını engellemek için öldürdüğü ve öldürmeye kalkıştığı anlaşıldığından, sanığın maktulü öldürmesinden TCK 450/4, maktul Ülkü'yü öldürmesinden TCK m.450/9, mağdur Vahap'ı öldürmeye kalkışmasından TCK m.450/9, 62. Maddeleri uygulanarak ceza verilmesi gerekirken …"; içinde: İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Madde 348-479, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s.3721.

[23] AlFM, T. 23.06.1999, 3 StR 147/99, beck-online; ayrıca, konuya ilişkin öğreti görüşleri için bkz. Safferling, 2013, m.211 kn.71.

[24] AlFM, T. 31.01.1995, 1 StR 780/94, hrr-strafrecht.

[25] AlFM, T. 06.04.2005, 5 StR 22/05, beck-online.

Araç suç olan kasten öldürme suçunun faili, amaç suça fail ya da şerik olarak iştirak etmiş olabileceği gibi, bu suç kendisinin hiçbir iştiraki bulunmaksızın işlenmiş de olabilir. Bu bakımdan, araç suç ile amaç suç faillerinin aynı kişi veya kişiler olması gerekmez.[26] Ayrıca, araç ve amaç suçların mağduru aynı kişi veya kişiler olabileceği gibi, farklı da olabilir.[27] *Örneğin*, hırsızlık amacıyla girdiği evden çıkan hırsızın, apartman girişinde karşılaştığı ev sahibini geride tanık bırakmamak amacıyla öldürmesi hâlinde araç suç ile amaç suçun mağduru aynı kişidir.[28]

Araç suç olan kasten öldürme suçunun teşebbüs aşamasında kalması madde bendinin tatbikini engellemez. Önemli olan, failin TCK m.82/1-h'de sayılan amaçlarla eylemini gerçekleştirmiş olmasıdır.[29] Ayrıca, amaç suç açısından cezalandırılabilirliğin söz konusu olmaması

---

[26] Akbulut, 2020, s.142; Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.207; Bakıcı, 2010, s.666; Erem, 1985, s.359; Gökcen/Balcı, 2015, s.202; Hakeri, 2007, s.234; Otacı, 2009, s.535; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d. 2018b, s.132; Palut 2019, s.468; Parlar/Hatipoğlu 2010, s.1340; Ahmet Cemal Ruhi, Türk Ceza Kanununda Kasten Öldürme Suçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.33; Şahbaz, 2016, s.1016; Tezcan/Erdem/Önok, 2020, s.170; Nevzat Toroslu/Hâluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.35; Yokuş Sevük, 2020, s.89; aynı yönde, Alman Hukukunda, AİFM, T. 27.01.1956, 2 StR 432/55, beck-online; Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.32; Safferling, 2013, m.211 kn.65; Sinn, Arndt, Systematischer Kommentar zum Strafgesetztbuch, Editör: Rudolphi, Hans-Joachim / Wolter, Jürgen, C. 4, Carl Heymanns Verlag, 8. Baskı, Köln, 2013, m.211 kn.67.

[27] Bakıcı, 2010, s.666; Özen, 2020, s.124; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d., 2018b, s.133; Parlar/Hatipoğlu, 2010, s.1340; Ruhi, 2017, s.33; Şahbaz, 2016, s.1016; Tezcan/Erdem, Önok, 2020, s.170; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010, s.2729; Yokuş Sevük, 2020, s.89; aynı yönde, Alman Hukukunda, Sinn 2013, m.211 kn.67.

[28] Yargıtay 1. CD. T. 03.11.2015, E. 2015/248, K. 2015/5258: "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Erol'un olay tarihinde maktulün evine hırsızlık amacıyla girdiği, bir süre sonra eve gelen maktulü, işlemeyi düşündüğü hırsızlık suçunun ortaya çıkmasını engellemek ve yakalanmamak amacıyla sekiz bıçak darbesi ile öldürerek evden ayrıldığı olayda; sanık Erol'un eyleminin sadece 5237 sayılı TCK'nun 82/1-h. maddesinde düzenlenen 'bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçu' niteliğinde olduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde ayrıca olayda uygulama yeri bulunmayan bir suçun işlenememesinden kaynaklanan infialle öldürmekten de hüküm kurulması …", (Y.İ.P.).

[29] Yargıtay 1. CD., T. 18.10.2006, 4408/4482: "Sanığın kaçırmak istediği Burçin'in ve kendisini engellemeye çalışan mağdur Mustafa'nın direncini kırarak kız kaçırma eylemini kolaylaştırmak için tabancasını Mustafa'nın başına yöneltip tetik düşürdüğü, ancak tabancanın ateş almadığına ilişkin mağdur beyanının tabancada iğne darbesi bulunan patlamamış merminin ele geçmesi ile doğrulanması karşısında ve yakın mesafeden Mustafa'yı omzundan isabetle vurması eyleminde, kız kaçırma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürmeye teşebbüs suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilerek sanığın TCK'nun 450/7, 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar vermek gerekirken, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde silahlı yaralanmadan hüküm kurulması …", içinde: M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Caner Yenidünya, TCK Şerhi, C. 3, Özel Hükümler, Madde 76-131, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.2213.

veya suçun zamanaşımına uğraması gibi hâller, suçun varlığını ortadan kaldırmayacağından madde bendinin tatbikine engel olmaz.[30]

Son olarak, madde bendi kapsamına giren nitelikli kasten öldürme eylemleri açısından, mağdurdan kaynaklanan haksız bir hareketten söz edilemeyeceği ve dolayısıyla fail hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanamayacağı belirtilmektedir.[31]

VI. BİR SUÇU GİZLEMEK AMACI

TDK güncel sözlükte *"gizlemek"* ifadesi; *"saklamak, görünmeyecek, belli olmayacak bir yere veya bir duruma koymak"* şeklinde tanımlanmaktadır.[32] TCK m.82/1-h hükmü anlamında *"bir suçu gizlemek"* ise; *"amaç suçun saklanması, ortaya çıkarılmasının önlenmesi"*[33], *"failin kendisinin veya başkasının işlediği bir suçun ortaya çıkmasını önlemek, suçun üzerini örtmek amacıyla işlediği cinayetler"*[34] veya *"Kişinin kendisinin veya başkasının işlediği bir suçun ortaya çıkmasını engellemek için hareket ettiği hâller"*[35] olarak tarif edilmektedir.

Amaç suçun ve/veya faillerinin ortaya çıkartılmasının engellenmesi veya amaç suçun aydınlatılmasının zorlaştırılması amacıyla kasten öldürme suçunun işlenmesi hâlinde, bir suçu gizleme amacının varlığı söz konusu olur.[36] Bu nitelikli hâlin en tipik örneği, amaç suç işlenirken veya işlendikten sonra mağdur ya da tanığın öldürülmesidir.[37]

---

30 Bakıcı, 2010, s.666; Hafızoğulları/Özen, 2013, s.51; Özbek/Doğan/Bacaksız, v.d., 2018b, s.132; Özen, 2020, s.123.

31 Yargıtay 1. CD., T. 07.07.2008, E. 2007/394, K. 2008/5718: "a) Sanıkların işlemeyi amaçladıkları gasp suçunu işlemek için maktul Satılmış'ı öldürdükleri ve bu nedenle 5237 sayılı TCK'nun 82/1-h ve 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerektiğinin gözetilmemesi, … c) Gasp amacıyla gerçekleştirilen öldürme eyleminde tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının düşünülmemesi, …"., içinde: Bakıcı, 2010, s.780.

32 https://sozluk.gov.tr/ (s.e. t.: 18.03.2022).

33 Gökcen/Balcı, 2015, s.204.

34 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020b, s.114.

35 Akbulut, 2020, s.142.

36 AlFM, T. 17.05.2011, 1 StR 50/11, beck-online; Safferling, 2013, m.211 kn.69.

37 Yargıtay 1. CD., T. 22.06.2020, E. 2020/256, K. 2020/1387: "Dosya ve izlenen kamera kayıtlarına göre; sanıklar …'ın, sanıklar … ve …'ın gözcülük yapması ile … işyerinin penceresinden girmek suretiyle cep telefonu ve laptop bilgisayarı çalmalarından sonra, birlikte olay yerinden uzaklaştıkları sırada, yaklaşık 170 metre uzaklıktaki … güvenlik görevlisi maktul …'ın sanıkların hareketlerinden şüphelenerek soru sorması üzerine maktul ile tartıştıkları, sanıkların hızlı adımlarla olay yerinden uzaklaşmaya çalıştıklarını gören maktulün sanıkların peşine düştüğü, biraz ileride sanıkların gizlendikleri, sanık …'ın hırsızlık sonucu ele geçirilen laptop bilgisayar ile uzaklaştığı ve sanıklar …, …. ve …'ın maktule saldırarak maktulün kaçmasına engel olmak suretiyle

Bir suçun gizlenmesi amacıyla kasten öldürmede, amaç suçun ortaya çıkartılmasının önlenmesi söz konusu olduğundan, yani öldürme eylemi kural olarak amaç suçtan sonra işlendiğinden, bu suçun mutlaka kasten işlenmiş olması gerekmez.[38] Taksirle işlenen amaç suçun gizlenmesi amacıyla kasten öldürme suçu işlendiği takdirde de TCK m.82/1-h hükmü uygulama alanı bulur.

Söz konusu nitelikli hâlin tatbiki için, amaç suçun suç yolunda belirli bir aşamaya ulaşmamış olmasının gerekip gerekmediği hususu öğretide tartışmalıdır. *Centel/Zafer/Çakmut* ile *Gökcen/Balcı*, gizlenmesi amaçlanan suçun işlenmiş, işlenmekte olan, teşebbüs veya hazırlık aşamasında kalmasının bir önemi bulunmadığı görüşündedir.[39] *Koca/Üzülmez* de gizlenmesi amaçlanan suçun gerçekte işlenmiş olmasının zorunlu olmadığını, failin bir suçun işlendiğini tasavvur etmesi ve bunu gizlemek için kasten öldürme fiilini gerçekleştirmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, *örneğin*, bir babanın, gerçekte işlemediği hâlde oğlunun hırsızlık yaptığını ve bir başkasının da bu suça tanık olduğunu düşünüp, o şahsı öldürmesi hâlinde nitelikli hâl uygulama alanı bulur.[40]

Aksi yöndeki görüş ise, gizlenmesi amaçlanan suçun daha önce işlenmiş veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerektiğini savunmaktadır.[41]

Alman Hukuku'nda kasten öldürme suçu vasıtasıyla gizlenmesi amaçlanan suçun gerçekten işlenmiş olması aranmamaktadır.[42] Alman Federal Mahkemesi'ne göre, bir suçu gizleme amacı, kasten öldürme eyleminin özel haksızlık içeriğinin değerlendirilmesi açısından bir ölçüt olmakla birlikte, söz konusu nitelikli hâlin tatbiki için ayrıca bu amacın gerçekten ulaşılabilir olmasına gerek yoktur. Gizleme amacının kabulü

---

kafasına tekme ve sopa ile çok sayıda vurarak öldürdükleri olayda; sanıkların eyleminin suçu gizlemek ve yakalanmamak amacı ile kasten öldürme suçunu oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK'nun 82/1-h maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek, yazılı şekilde TCK'nun 81. maddesi uyarınca hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini ...", (Y.İ.P.); aynı yönde, Yargıtay 1. CD., T. 17.01.2018, E. 2016/5491, K. 2018/59, (Y.İ.P.).

38 Şahbaz, 2016, s.1015, 1016.

39 Centel/Zafer/Çakmut, 2007, s.58; Gökcen/Balcı, 2015, s.204.

40 Koca/Üzülmez, 2020b, s.114; aynı yönde, Tezcan/Erdem/Önok 2020, s.170.

41 Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.49; Palut, 2019, s.473, 474; Ruhi, 2017, s.33; Toroslu/Toroslu, 2019, s.35.

42 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C. H. BECK, München, 2008, 55. Baskı, m.211 kn.63; Momsen, Carsten, Strafgesetzbuch, Kommentar, Editör: Satzger, Helmut/ Schluckebier, Wilhelm/ Widmaier, Gunter, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2014, 2. Baskı, m.211 kn.69.

için, amaç suçun varlığı bir unsur olarak aranmadığından, failin gizlemeyi amaçladığı suçun işlenmiş veya işlenmemiş olması hukuki açıdan önemsizdir. Failin, bir suçu işlemiş olabileceği ve bu suçu gizlemek amacıyla da kasten öldürme eylemini gerçekleştirme tasavvuru ile hareket etmesi yeterlidir.[43]

Federal Mahkeme'ye göre gizleme amacı, bir plân dâhilinde veya anlık olarak ortaya çıkabilir. Bu bağlamda *örneğin*, heyecan, öfke, korku veya telaş gibi anlık bir duygusal tepki üzerine alınan öldürme kararı da gizleme amacını ihtiva edebilir. Mahkeme, bir suçu gizleme amacının, mutlaka failin hedeflediği amaç üzerinde etraflıca düşünmesini gerektirmediğini, ayrıca anlık duygusal tepkinin kasten öldürme suçlarında çoğunlukla karşılaşılan bir durum olduğunu ve bir suçu gizleme amacı bakımından da tipik bir durum teşkil ettiğini, uygulamada kural olarak bu tip anlık duygusal reaksiyon hâllerinin gizleme amacına etkisinin bulunmadığının kabul edildiğini vurgulamıştır.[44]

Federal Mahkeme, gizleme amacının varlığı için, kasten öldürme eyleminin gizleme amacına uygun veya bunun için mutlaka gerekli olmasını aramamaktadır. Hakeza, amaç suçun veya failinin objektif açıdan hâli hazırda ortaya çıkartılmış olması veya kasten öldürme suçunun mağdurundan, amaç suçun aydınlatılması bakımından endişe edilmesinin gerekip gerekmediğinin de bir önemi bulunmamaktadır. Mahkeme'ye göre; bir suçu gizleme amacı, yalnızca failin bakış açısına göre değerlendirilir. Bu bakımdan ölçüt, failin, kendisinin veya eyleminin tamamen aydınlatılmamış olmasına veya cezai takibata uğrayabilir olmamasına inanmış olmasıdır. Hâli hazırda amaç suça ilişkin soruşturmada "şüpheli" olsa dahi, kasten öldürme suçu vasıtasıyla delil durumu bakımından kendisi lehine bir konum yaratabileceğine veya mevcut durumunu iyileştirebileceğine inanan fail bakımından gizleme amacının varlığı söz konusu olabilecektir.[45] Benzer şekilde, amaç suç yönünden adli makamlarca henüz tespit edilemediği düşüncesinde olan failin, sadece kendi failliğini gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde de gizleme amacının varlığı gündeme gelecektir.[46] Buna karşın, failin, amaç suçun aydınlatılmasının, gizlemeye yönelik hareketinden ve ölüm neticesinden bağımsız olarak gerçekleşmeyeceğini varsaydığı hâllerde, artık failin objektif açıdan gizlemeye yönelik olduğu kabul edilen hareketi ile tasavvuruna göre

43 AlFM, T. 26.02.1958, 2 StR 64/58, beck-online.

44 AlFM, T. 15.02.2017, 2 StR 162/16, beck-online; T.23.12.1998, 3 StR 319/98, beck-online.

45 AlFM, T. 07.06.2017, 2 StR 474/16, beck-online.

46 AlFM, T. 17.05.2011, 1 StR 50/11, beck-online.

sübjektif açıdan hedeflenen netice arasında bulunması gereken illi nedenselliğin varlığından söz edilemeyecektir.[47] Yine, failin, amaç suçun ve bu suça iştirakinin, cezai takibatı yeterli derece sağlayacak ölçüde aydınlatıldığı bilgisinde sahip olduğu, yani *"artık gizlenecek bir şey yok!"* tasavvuruyla hareket ettiği hâllerde, gizleme amacı artık mevcut olmayacaktır.[48]

Öldürme fiilinin amaç suçla zamansal açıdan doğrudan bağlantılı olarak gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu bakımdan, bir suçu gizleme amacı, yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne yönelik işlenen amaç suçlar bakımından gündeme gelebilir. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, failin, öldürme eyleminin icrası sırasında bu suça yönelik önceki hareketlerini gizleme amacını edinmek suretiyle ölüm neticesini gerçekleştirmek istemesi halinde, gizleme amacının varlığı söz konusu olmayacaktır. Çünkü gizleme amacının diğer bir öldürme amacı olarak sonradan ortaya çıkması, gerçekleştirilen önceki hareketleri ayrı bir suça dönüştürmez. Bu nedenle, failin başlangıçtan itibaren kesintisiz bir öldürme kastı ile hareket ettiği olaylarda bir suçu gizleme amacının kabulüne olanak yoktur. Failin öldürmeye yönelik önce olası kast ile hareket etmesi, akabinde doğrudan kast ile suçu neticelendirmesinin de bu açıdan herhangi bir önemi bulunmamaktadır.[49] Bununla birlikte failin, kasten öldürmeye teşebbüs eylemini gizlemek amacıyla mağduru öldürme kararı aldığı ve kasten öldürmeye yönelik önceki (başarısız) hareketleri ile gizleme amacıyla da gerçekleştirilen sonraki hareketleri arasında dikkate değer bir zamansal fasıla bulunduğu olaylarda gizleme amacının varlığı kabul edilebilecektir. Zira bu durumda failin kasten öldürmeye yönelik sonraki hareketleri, hâli hazırda tamamlanmış bir amaç suça (kasten öldürmeye teşebbüs suçuna) ilişkindir.[50]

Dolayısıyla, bu tür durumlarda bir suçu gizleme amacının kabulü için kural olarak;

- Kasten öldürmeye yönelik tamamlanmış önceki hareketler ile gizleme amacıyla gerçekleştirilen sonraki hareketler arasında açık bir zamansal fasıla bulunması veya
- Yaralama kastı ile başlanılan icra hareketlerinin gizleme amacını da kapsayacak şekilde kasten öldürmeye dönüşmesinin gerektiği kabul

---

47 AlFM, T. 04.08.2010, 2 StR 239/10, beck-online.

48 Sinn, 2013, m.211 kn.80.

49 AlFM, T. 03.02.2015, 3 StR 541/14, beck-online; T. 12.06.2001, 5 StR 432/00, beck-online.

50 AlFM, T. 01.12.2021, 6 StR 270/21, beck-online; T. 03.02.2015, 3 StR 541/14, beck-online; T. 12.06.2001, 5 StR 432/00, beck-online.

edilmektedir.[51] Elbette bu ihtimalde, yaralama suçu ile kasten öldürme suçları arasında hareket tekliği değil, birbirinden bağımsız bir amaç ve araç suç ilişkisi bulunmalıdır.

TCK m.82/1-h düzenlemesi bakımından tartışılabilecek diğer bir husus, kasten öldürmeye teşebbüs veya kasten yaralama suçlarını işleyen failin, ihmali davranışla bu suçları gizleme amacını gerçekleştirebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Öğretide, başlangıçtan itibaren öldürme veya yaralama kastıyla icra hareketlerini gerçekleştiren fail bakımından TCK m.83 kapsamında öngelen tehlikeli eylem nedeniyle ölüm neticesini önleme yükümlülüğü doğmayacağı ve kasti bir icrai hareketi, kasti bir ihmali hareketin zamansal olarak takip etmesi halinde icrai hareketin ihmali hareketi tüketeceği (görünüşte içtima) kabul edildiğinden, ayrı bir görünüşte ihmali suç sorumluluğu da oluşmayacaktır.[52] Böylece, failin, kasten öldürmeye veya yaralamaya yönelik önceki icrai hareketlerini gerçekleştirmesinin akabinde, gizleme amacını da edinmek suretiyle ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından hareketsiz kalması halinde ayrıca ihmali davranışla işlenen bir "araç suç" oluşmayacağından, söz konusu nitelikli halin uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Nitekim Alman Federal Mahkemesi, failin başlangıçtan itibaren öldürme (olası) kastıyla küçük yaştaki mağdura karşı kötü muamelede bulunduğu, sonrasında bu eylemlerini gizlemek amacıyla ağır yaralanan mağdurun kurtarılması için gereken tedbirleri almaktan kaçındığı olayda, gizleme amacının varlığı için aranan amaç suçun mevcut olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, başlangıçtan itibaren öldürme (olası) kastıyla hareket eden fail bakımından yardım yükümlülüğü söz konusu olmadığından, eylemleri tek bir suçu oluşturabilecek ve bu suçun icrası sırasında, önceki hareketlerini gizleme amacını da edinmek suretiyle ölüm neticesini gerçekleştirmek istemesi sonucu değiştirmeyecektir.[53]

Failin öngelen taksirli yaralama eyleminin akabinde, bu eylemini gizlemek amacıyla mağdura yardım etmeyerek ölümüne neden olması halinde ise *örneğin*, aşırı hız nedeniyle kontrolünü kaybettiği aracıyla çarparak yaraladığı yayayı, suçunu gizlemek amacıyla olay yerinde bırakıp kaçan fail açısından, kast ettiği ölüm neticesi meydana geldiği

[51] AlFM, T. 14.03.2017, 2 StR 370/16, beck-online.

[52] Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.346; Hakeri, 2007, s.123; Koca/Üzülmez, 2020b, s.143; Erkam Yılmaz, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.89 ve 157.

[53] AlFM, T. 21.04.2009, 1 StR 73/09, beck-online; T. 14.12.2006, 4 StR 419/06, beck-online; T. 12.12.2002, 4 StR 297/02, beck-online.

takdirde, öngelen taksirli eyleminden kaynaklanan yardım yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, hem taksirle yaralama hem de TCK m.83 kapsamında ihmal suretiyle kasten öldürme suçu gündeme gelecektir.[54] Bu durumda her iki suç arasında araç-amaç suç ilişkisi söz konusu olabileceğinden, gizleme amacının kabulünün de mümkün olduğu düşüncesindeyiz.[55]

Alman Federal Mahkemesi önceki tarihli bir kararında, aracıyla çarparak taksirle ağır yaraladığı mağduru, adli makamlara alkollü olarak yakalanmamak için olay yerinde bırakıp ölümüne neden olan fail bakımından gizleme amacını kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre, olay sırasında mağdurun, fail aleyhinde herhangi bir gözlem yapabilme imkânı bulunmadığından, failin şüpheli olarak soruşturmadan kurtulabilmesi mutlaka tanığın ölümüne bağlı değildir. Fail, kendisi için öngörülebilir olan mağdurun ölümünü kazanın gizlenmesi için bir araç olarak kullanmamış, yalnızca kaçmasının bir sonucu olarak kabullenmiştir. Failin, yükümlülüğüne aykırı olarak bir başkasının yaşamına karşı bu şekilde kayıtsız kalması, her öldürme kastında olduğu gibi kınanabilir olsa da, suçun cezai sonuçlarından kurtulmak amacıyla bir başkasının yaşamının sonlandırılması açısından aranan özel kınanabilirlik somut olayda mevcut değildir. Ayrıca mahkeme, failin salt olay yerinden uzaklaşmasının, bir suçu gizleme amacının varlığı bakımından aranan sübjektif unsuru oluşturmayacağını, zira bu amacın, olayın aydınlatılmasına katkı sağlayabilecek suç delillerinin veya kişilerin ortadan kaldırılmasını gerektirdiğini, ancak işlemiş olduğu suçun hayati neticelerini önleme yükümlülüğünü süreci oluruna bırakarak yerine getirmeyen failin, yalnızca failliğini gizlemek amacıyla hareket ettiğinin söylenemeyeceğini vurgulamıştır.[56]

Federal Mahkeme, yakın tarihli bir kararında ise yaşlı bakımevinde görevli sanığın, bakıma muhtaç ve ağır hasta olan mağdura sehven hatalı ilaç vermesinin akabinde, eyleminin iş hukuku alanındaki sonuçlarından çekindiği için doktor çağırmayarak ölüm neticesine neden olduğu

---

[54] Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.222; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020a, s.408, 409; Öngelen tehlikeli eylemin taksirle gerçekleştirildiği durumlarda, ölüm neticesini önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen fail bakımından yalnızca görünüşte ihmali suçtan ötürü ceza verilmesini kabul eden görüşler için bkz. Yılmaz, 2020, s.90.

[55] Aynı yönde bkz. Bakıcı, 2010, s.892, 893; Hakeri, 2007, s.123. TCK m.82/1-h'de düzenlenen nitelikli halin TCK m.83 kapsamında tatbikinin mümkün olmadığını kabul eden, Koca/Üzülmez, 2020b, s.146; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d, 2018b, s.165; Yokuş Sevük, 2020, s.141, 142.

[56] AlFM, T. 31.03.1955, 4 StR 51/55, beck-online; aksi görüş, Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35a.

olayda, sanığın taksirle yaralama eylemini gizlemesi açısından ölüm neticesi zorunlu ve gerekli olmasa da, olası kast ile gerçekleştirilen bu ihmali davranışın gizlemeye yönelik bir araç olduğunu kabul etmiştir.[57] Benzer şekilde, Mahkeme, evlat edindikleri üç küçük çocuğa karşı bakım ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmeyen, onlara kötü muamelede bulup, eziyet boyutuna varacak derecede aç bırakan sanıkların, yıllar süren bu eylemlerini gizlemek amacıyla ve öleceklerini öngörmelerine rağmen bunu kabullenerek onları tamamen aç bıraktıkları ve bu surette birinin ölümüne neden oldukları olayda, gizleme amacının varlığını kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, sanıklar, çocuklara yönelik suç teşkil eden eylemlerinin yaşamaya devam etseler dahi aldıkları (dışarıya çıkartmama, koşulsuz itaati öğretme gibi) çeşitli önlemlerle ortaya çıkmayacağı veya ölmeleri hâlinde bir şekilde örtbas edilebileceği tasavvuruyla (olası kastla) hareket etmişlerdir. Bu bakımdan, sanıkların, ölüm gecesi acil yardım doktorunu çağırmaları ve onun çocuğu hayata döndürmeye yönelik teşebbüsleri, gizleme amacının kabulüne engel teşkil etmemektedir. Ayrıca, sanıkların çocukların ölümü hâlinde ölüm sebebini gizlemeye veya cesedi yok etmeye yönelik herhangi bir planlarının bulunmaması da önemsizdir, zira her iki sanık da davranışlarının ölümcül sonuçlarını öngörmek suretiyle olayın üzerini kapatabileceğini düşünmüştür. Nitekim o güne kadar çocukların içerisinde bulunduğu durumu kimse ortaya çıkartamamıştır. Dolayısıyla, bu kabul genel hayat tecrübelerine veya mantık kurallarına aykırı değildir. Federal Mahkeme, çocukların salt yer yer aç bırakılmaya devam edilmesi olmasa da, özellikle sıkı bir şekilde tecrit edilmeleri ve önceki eylemlerin ortaya çıkmaması adına zamanında doktor müdahalesinden bilinçli olarak mahrum bırakılmalarının, sanıkların somut olaydaki ihmallerinin aynı zamanda "gizleme amacına" yönelik olduğunu ortaya koyduğunu ve böylelikle ölüm neticesi bakımından illi bir sebep teşkil ettiğini vurgulamıştır.[58]

VII. BİR SUÇUN DELİLLERİNİ ORTADAN KALDIRMAK AMACI

Bir suçun delillerini ortadan kaldırmak amacının, *"bir suçu gizlemek"* amacı kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.[59]

---

57 AlFM, T. 19.08.2020, 1 StR 474/19, beck-online.

58 AlFM, T. 10.03.2000, 1 StR 675/99, beck-online.

59 Artuç, 2018, s.208; Koca/Üzülmez, 2020b, s.113; Yargıtay 1. CD., T. 17.05.2021, E. 2020/4623, K. 2021/8166: "Sanıklar ... ve ...'ın adli emanette kayıtlı av tüfeğiyle aralarında ticari ilişki, borç veya alacak bulunmayan maktulü tehdit ederek bağladıkları ve kaçırdıkları, sanıkların asıl husumetlerinin maktulün abisi ...'dan alacakları bulunduğu iddiasından kaynaklandığı bu nedenle maktulün babası katılan ...'i de

Nitekim Alman Ceza Hukukunda *"bir suçu gizleme"* amacının, işlenen bir suçu *"veya"* buna ilişkin delilleri ortadan kaldırmak amacıyla hareket edilen durumları kapsadığı kabul edilmektedir.[60]

Ceza muhakemesi hukukunda *"delil"* kavramı; *"maddi gerçeğin inşasında kullanılan ispat araçları"*[61] veya *"ispata yarayan ve hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalar"*[62] olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, *"delil"*; *"ceza muhakemesinin konusu olan olayda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla kullanılan ispat aracıdır"*.[63] 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benimsenen vicdani delil sistemine göre (m.206, 217), hukuka aykırı olmayan her şey delil olarak kabul edilebilir.

Bir suçun delillerini ortadan kaldırmak amacı bakımından *öğretide bir görüş,* madde bendinde hukuka uygun veya aykırı delil ayrımı yapılmadığı için hukuka aykırı bir delili ortadan kaldırmak amacıyla kasten öldürme suçunun işlenmesi hâlinde de madde bendinin uygulanması gerektiği yönündedir.[64] *Diğer görüş ise* her ne kadar madde metninde delilin hukuka uygun olması gerektiğine dair bir açıklama bulunmasa da, bir şeyin ceza muhakemesi anlamında delil olarak adlandırılabilmesi için aynı zamanda hukuka uygun olması gerektiğini, bu hususun delilin temel özelliklerinden biri olduğu için ayrıca madde bendinde açıkça ifade edilmediğini, aksinin kabulü hâlinde hukuka aykırı delilin de suçla korunduğu sonucunun ortaya çıkabileceğini ve bu

---

yanlarına çağırıp av tüfeği doğrultarak kaçırmaya çalıştıkları, ancak katılanın kaçarak kurtulduğu, maktulün kullandığı aracı yanlarına aldıkları, benzinle yaktıkları, daha sonra maktulü iple boğmak suretiyle öldürüp cesedini ortadan kaldırmak amacıyla yaktıkları, katılan ...'in ellerinden kaçması ve olaya bizatihi tanık olması ve farklı kişiler tarafından olay üzerine telefonla aranmaları nedeniyle şüphelilerin yakalanacaklarını anladıklarından maktulü öldürüp cesedini yakmak suretiyle işledikleri suçların delillerini yok etmeye çalıştıkları anlaşılan olayda; ... maktulü planlı bir şekilde kaçıran ve otomobilini de gasp eden sanıkların gelişen olaylar sonrası yakalanacakları endişesiyle içinde bulundukları telaş hâli devam etmekte iken, işlemiş oldukları suçlarını gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak amacıyla öldürme kararını verdiklerinin ve eylemlerini gerçekleştirdiğinin kabulü gerektiği ve böylece tasarlamanın unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığı hâlde, TCK'nun 37, 82/1-h maddeleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmaları yerine, suç niteliğinde yanılgıya düşülerek, yazılı biçimde 'tasarlayarak öldürme' suçundan aynı Kanunun 37, 82/1-a maddeleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmesi ...", (Y.İ.P.).

60 AlFM, T. 06.06.2019, 4 StR 541/18, hrr-strafrecht.de; T. 17.05.2011, 1 StR 50/11, beck-online.

61 Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.43.

62 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.615.

63 YCGK, T. 08.07.2021, E. 2021/198, K. 2012/359, (Y.İ.P.).

64 Gökcen, Balcı, 2015, s.206; aynı yönde, Akbulut, 2020, s.142.

durumun düzenlemenin getiriliş amacına aykırı olacağını savunmaktadır.[65] Kanaatimizce, TCK m.82/1-h bendinde delilin hukuka uygunluğu veya aykırılığı noktasında bir ayrımın bulunmaması, ceza muhakemesi hukuku sistemimizde delilin hukuka aykırılığının tespitinin kanuni düzenlemeler çerçevesinde özellikle adli makamlara ait bir vazife olması, uygulamada hukuka aykırı deliller açısından bir takım istisnaların tanınmış olması ve failin delilin hukuka uygunluğu noktasında düştüğü hatanın gizleme amacını ortadan kaldırmaması karşısında, *örneğin*, hukuka aykırı olarak elde edilen bir ses ve/veya görüntü kaydının ortadan kaldırılması amacıyla bu kaydı elinde bulunduran kişinin öldürülmesi hâlinde de, söz konusu nitelikli hâlin uygulama alanı bulması gerekir.

Bir suçun delillerini ortadan kaldırmak amacıyla kasten öldürmenin, kural olarak amaç suçun işlenmesinden sonra gündeme gelebileceği kabul edilmektedir.[66] Ancak, söz konusu nitelikli hâlin manevi unsura ilişkin olduğu nazara alındığında, failin amaç suçu henüz işlemeden önce, bu suça ilişkin olası delillerin ortadan kaldırılması amacıyla da kasten öldürme suçunu işleyebilmesinin mümkün olabileceği göz ardı edilmemelidir.[67]

VIII. BİR SUÇUN İŞLENMESİNİ KOLAYLAŞTIRMAK AMACI

Bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacında fail, amaç suçun gerçekleşmesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek zorlukları aşabilmek, suçu daha kolay veya hızlı bir şekilde işleyebilmek amaçlarıyla kasten öldürme suçunu işlemektedir.[68]

765 sayılı mülga TCK'da, m.450/1-7 lafzında *"Velevki husule gelmiş olmasın"* ifadesine yer verilmiş ve böylece amaç suçun mutlaka işlenmiş olması koşulu aranmamıştır. 5237 sayılı TCK m.82/1-h lafzında ise benzer bir ifade bulunmamakla birlikte, madde gerekçesinde; *"Suçun bu nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, belirtilen amaçlarla bir kişinin öldürülmesi yeterlidir; öldürmek suçuyla amaçlananın gerçekleşmesi gerekmez. Bu nedenle, örneğin bir banka soygununu gerçekleştirebilmek amacıyla öldürme suçunun*

---

65 Palut, 2019, s.476.

66 Bakıcı, 2010, s.665.

67 Aynı yönde, Artuç, 2018, s.208.

68 Akbulut, 2020, s.142; Yargıtay 6. CD., T. 13.01.2014, E. 2013/26976, K. 2014/207: "Sanığın, yağma suçunu kolaylaştırmak için katılanın boynunu kestiğinden kasten öldürmeye teşebbüs suçunda TCK'nın 82/h maddesi yerine, aynı Yasanın 81.maddesi ve yağma suçu tamamlandığı hâlde yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yağmaya kalkışmadan hüküm kurulması …", (Y.İ.P.); aynı yönde, Yargıtay 1. CD., T. 10.06.2021, E. 2020/2927, K. 2021/10341; Yargıtay 1. CD., T. 10.12.2014, E. 2013/3102, K. 2014/6081; Yargıtay 1. CD., T. 10.11.2014, E. 2014/2556, K. 2014/5044, (Y.İ.P.).

işlenmesi hâlinde, fail hakkında bu nitelikli unsur dolayısıyla cezaya hükmedilecektir. Banka soygununun gerçekleşmesi hâlinde, failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması gerekir. Başka bir deyişle, bu gibi durumlarda gerçek içtima kurallarını uygulamak gerekir." açıklamalarına yer verilmiştir.

Söz konusu nitelikli hâlin tatbiki açısından, amaç suçun icra hareketlerine başlanılmış olmasının gerekip gerekmediği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu bağlamda *Tezcan/Erdem/Önok*, madde fıkrası bendinde düzenlenen nitelikli hâlin tatbiki için, amaç suçun herhâlde icra hareketlerine başlanmış olması gerektiğini, nitekim 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak başka bir suçun hazırlanması için kasten öldürme suçunun işlenmesine nitelikli hâl olarak yer verilmediğini savunmaktadır.[69]

Aksi görüşte olan *Dönmezer, Erem ve Toroslu/Toroslu*, söz konusu nitelikli hâlinin tatbiki için, kolaylaştırılmak istenilen amaç suçun işlenmiş olması gerekmediğini belirtmektedir.[70] Benzer şekilde *Şahbaz*, bir suçun işlenmesinin kolaylaştırılmasında amaç suçun işlenmesinin açıkça şart koşulmadığını, amaç suçu işlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işleyen failin, amaç suçu işleyemeden yakalanmış olsa dahi, kasten öldürme suçunda ortaya koyduğu kötü iradenin korunmaması için madde bendi kapsamında sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir.[71] *Gökcen/Balcı* da araç suç olan kasten öldürmenin, amaç suçun işlenmesini fiilen kolaylaştırmış olması gerekmediğini, failin öldürme eylemini gerçekleştirirken amacının suçu daha kolay gerçekleştirmek olmasının yeterli olduğunu, ancak kasten öldürme suçunun bu amaçla işlendiğinin somut olayda her türlü şüpheden uzak ve somut delillerle ispatlanması gerektiğini dile getirmektedir.[72] Son olarak *Akbulut* ve *Hakeri*'ye göre, söz konusu nitelikli hâlin yapılma nedeni ile madde gerekçesi göz önünde alındığında, madde bendinin uygulanabilmesi için hedeflenen suçun işlenmiş olması ve dahi bu suçun işlenebilir olması gerekmemektedir.[73] Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.10.2011 tarihli, 2011/1-113 E. 2011/207 K. sayılı kararında; *"Bu bendin uygulanabilmesi için, amaç suçun tamamlanması gerekmediği gibi, suçun teşebbüs derecesinde, hatta hazırlık hareketleri aşamasında kalmış olmasının da önemi yoktur. Failin öldürme eylemini, 'amaç' suçu gizlemek, suçun işlenmesini*

---

69 Tezcan/Erdem/Önok, 2020, s.170; aynı yönde, Otacı, 2009, s.536; Parlar/Hatipoğlu, 2010, s.1340.

70 Dönmezer, 1995, s.55; Erem, 1985, s.359; Toroslu, 2019, s.35; aynı yönde, Artuç, 2018, s.205; Özbek/Doğan/Bacaksız, v.d, 2018b, s.133; Palut, 2019, s.477; Ruhi, 2017, s.33.

71 Şahbaz, 2016, s.1016; aynı yönde, Bakıcı, 2010, s.665.

72 Gökcen/Balcı, 2015, s.207, 208.

73 Akbulut, 2020, s.139; Hakeri, 2007, s.235.

kolaylaştırmak, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak için gerçekleştirilmesi yeterlidir." şeklinde açıklamalara yer vermek suretiyle, amaç suçun mutlaka tamamlanmış veya teşebbüs aşamasına ulaşmış olmasının gerekmediğini ortaya koymuştur.[74]

Alman Hukuku'nda da, bir suçun işlenmesini mümkün kılmak amacına ilişkin nitelikli hâlinin tatbiki için, amaç suçun icrasına başlanmış olması veya tamamlanmış olması aranmamaktadır.[75]

Kanaatimizce, madde bendinin tatbiki açısından amaç suçun işlenmiş veya teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekmez. Kanun koyucunun faildeki amaçtan yola çıkarak ihdas ettiği ve sübjektif bir unsur olarak belirlediği bir suçu kolaylaştırma amacının kasten öldürme suçunu işlediği sırada failde bulunması yeterlidir. Bu bakımdan, failin, objektif açıdan kolaylaştırmaya yönelik olduğu kabul edilen hareketi ile tasavvuruna göre sübjektif açıdan hedeflediği netice arasında bulunması gereken illi nedenselliğin ortaya konulması gerekmektedir.

Mağdurun ölümünün amaç suçun kolaylaştırılması açısından mutlaka zorunlu bir araç olmasına da gerek yoktur. Failin tasavvuruna göre, kasten öldürme suçunun, amaç suçun daha hızlı ve/veya kolay işlenebilmesini sağlaması ve böylece öldürme eyleminin kolaylaştırma amacı bakımından uygun olması yeterlidir.[76] Dolayısıyla, sadece amaç suçun işlenmesini engelleyen kişilerin değil, zorlaştıran veya yavaşlatan kişilerin öldürülmesi hâlinde de madde bendi uygulama alanı bulabilir.

Kolaylaştırmak amacı, amaç suçun icrasına hâli hazırda başlanıldığı hâllerde veya *örneğin*, kesintisiz suçlarda, sona erme aşamasından önce gündeme gelebilir.[77] Ayrıca, kolaylaştırılmak istenilen

---

74 Aynı yönde, YCGK, T. 23.09.2003, E. 2003/1-179, K. 2003/225, içinde: Bakıcı, 2010, s.718 v.d.; aksi yönde, YCGK, T. 06.02.1989, 1-529/31, içinde; Tezcan/Erdem/Önok, 2020, s.170 dn.193.

75 Safferling, 2013, m.211 kn.66; Sinn, 2013, m.211 kn.67.

76 Bkz. AlFM, T .03.06.2015, 2 StR 422/14, beck-online; T. 09.03.1993, 1 StR 870/92, beck-online; Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35a; Safferling, 2013, m.211 kn.65.

77 Yargıtay 1. CD., T. 13.12.2017, E. 2016/4067, K. 2017/5011: "Suça sürüklenen çocuğun, uyandıktan sonra cep telefonunu vermemek için direnen maktuleye sopa ile vurarak öldürdüğü olayda, TCK'nun 82/1-e maddesinin uygulama yeri bulunmadığından, suça sürüklenen çocuk hakkında TCK'nun 82/1-h maddesi gereğince hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde TCK'nun 82/1-e-h maddesi gereğince hüküm kurulması …", (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 21.01.2015, E. 2014/5517, K. 2015/114: "Sanığın eylemine devam etmek istediği sırada mağdurun babası maktul … sanığın üzerine atlayarak eylemine devam etmesini engellediği, aralarında çıkan boğuşmada sanığın silahla maktule yakın mesafeden ateş ederek öldürdüğü, sanığın nitelikli gaspa teşebbüs suçunun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla mağduru yaralayarak öldürmeye teşebbüs ettiği olayda; meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı TCK'nun 35 maddesinin uygulaması sırasında yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmediğinden …", (Y.İ.P.).

suç ihmali bir suç da olabilir. *Örneğin*, garantör yükümlülüğü altında bulunan bir babanın, çocuğunun ölümünü engellemeye kendisini zorlayan bir başka kişiyi öldürmesi hâlinde söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği dile getirilmektedir.[78]

Son olarak, öğretide ağırlıklı görüş ve uygulamaya göre; yağma suçunu kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürme suçunun işlenmesi hâlinde bileşik suça ilişkin hükümler uygulanmayacak, fail, hem amaç suç olan yağma hem de araç suç olan nitelikli kasten öldürme suçlarından gerçek içtima hükümleri uyarınca ayrı ayrı sorumlu olacaktır.[79] Zira her iki suç arasında bir bileşik suç ilişkisi bulunmadığı, bileşik suçun varlığı için (TCK m.42) bir araya gelen suçların tipiklikte açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.[80] Nitekim madde gerekçesinde kanun koyucu, *"Bu nedenle, örneğin bir banka soygununu gerçekleştirebilmek amacıyla öldürme suçunun işlenmesi hâlinde, fail hakkında bu nitelikli unsur dolayısıyla cezaya hükmedilecektir. Banka soygununun gerçekleşmesi hâlinde, failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması gerekir. Başka bir deyişle, bu gibi durumlarda gerçek içtima kurallarını uygulamak gerekir."* açıklamalarına yer vermek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.

IX. YAKALANMAMAK AMACI

29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile TCK m.82/1-h hükmüne eklenen yakalanmamak amacında fail, işlemekte olduğu veya hâlihazırda işlediği başka bir suçtan dolayı yakalanmamak için kasten öldürme suçunu işlemektedir.[81] İşlenen amaç suçun niteliği

---

78 Sinn, 2013, m.211 kn.67.

79 Centel/Zafer/Çakmut, 2007, s.58; Dönmezer, 1995, s.56; Gökcen/Balcı, 2015, s.202; Hakeri, 2007, s.235; Koca/Üzülmez, 2020b, s.113; Yargıtay 1. CD., T. 10.06.2021, E. 2020/2927, K. 2021/10341, (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 30.11.2020, E. 2020/1494, K. 2020/3103, (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 17.11.2020, E. 2020/3295, K. 2020/2888, (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 26.10.2020, E. 2020/1079, K. 2020/2541, (Y.İ.P.); Özen, yağma suçunu işlemek için kasten öldürme suçunun amaçlanamayacağını, zira yağma suçunun mağdura karşı cebir veya tehdit uygulanmak suretiyle gerçekleştirilebileceğini, bunun için de mağdurun yaşıyor olması gerektiğini belirtmektedir, 2020, s.123, 124.

80 Özbek/Doğan/Bacaksız, v.d, 2018b, s.133; Tezcan/Erdem/Önok, 2020, s.169, 170.

81 Yargıtay 1. CD., T. 23.05.2018, E. 2017/3475, K. 2018/2458: "Sanık hakkında katılanı nitelikli öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hüküm yönünden; Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık ve arkadaşlarının karıştıkları adli bir vakıa nedeniyle polis memurları olan katılanların olay yerine geldikleri, sanık ve arkadaşlarının kaçmaları üzerine polis memuru olan katılanların dur ihtarı yaparak takibe başladıkları, kovalamaca sırasında sanık ile suça sürüklenen çocuğun yakalanmamak amacıyla katılanlara direnme kastıyla ellerindeki tabancalar ile ateş ettikleri, ancak katılanların isabet almadığı, görevli polislerin takviye kuvvet talep ederek onların gelmesini beklemek üzere durakladıkları sırada, sanığın, katılana yaklaşık on beş metre mesafeden hedef gözeterek ateş ettiği, sol koltuk altı bölgesinden isabet alan katılanı

önemli olmadığı gibi,[82] bu suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı da önem arz etmez.[83]

Failin yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçunu mutlaka kolluk görevlilerine karşı işlemesi gerekmez.[84] İşlediği amaç suç nedeniyle kendisini takip eden ve yakalamak isteyen kişilere karşı işlemesi hâlinde de bu nitelikli hâl uygulanır.[85] Dolayısıyla, madde bendinin uygulama alanı, yalnızca mahkeme veya savcılık makamınca fail hakkında yakalama kararı verilen veya CMK m.90'da belirlenen koşullar kapsamında kalan hâller ile sınırlı değildir. İşlediği bir suç dolayısıyla kanunen yetkili olmayan kişi veya kişiler tarafından yakalanmak istenen failin, bunu engellenmek amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde de söz konusu nitelikli hâl uygulama alanı bulmalıdır.[86] Fakat, bu durumda yakalamanın amacı, failin işlediği suç dolayısıyla adli makamlara teslim edilmesi olmalıdır. Aksi durumda, *örneğin*, amaç suç nedeniyle, işkence edilip öldürülmesi için failin veya ailesinin yakalanmasının söz konusu olduğu bir durumda, kanaatimizce bu nitelikli hâl uygulanamaz. Çünkü bu durumda failin, amaç suç veya bu suça iştiraki dolayısıyla yakalanmamak amacından ziyade, kendisini ve ailesini korumak amacıyla hareket ettiği kabul edilmelidir.

Yakalanmamak amacına ilişkin gerekçede; *"İşlediği suçtan dolayı kaçmakta olan kişinin yakalanmamak için bir başkasını öldürmesi hâlinde"* nitelikli hâlin uygulanacağı açıklanmıştır. Buna göre, madde bendinin

---

dalakta ve diyaframda harabiyete, hemotoraksa ve sol kosta kemiğinde kırığa neden olacak şekilde öldürmeye teşebbüs ettiği …", (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 04.03.2013, E. 2012/6273, K. 2013/1625, (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 02.10.2012, E. 2011/3736, K. 2012/7096, (Y.İ.P.).

82 Toroslu/Toroslu, 2019, s.36.

83 Toroslu/Toroslu, 2019, s.36.

84 Yargıtay 16. CD., T. 28.03.2018, E. 2017/3350, K. 2018/936: "Sanıkların, hem kuyumcu dükkanından çıkarken hem de araçla takip sırasında hedef gözeterek ve yakın mesafeden mağdura ateş etmeleri şeklinde gerçekleşen olayda sanıkların eylemlerinin yakalanmamak amacıyla kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturacağı ve TCK'nın 82/1-h. maddesi uyarınca cezalandırılmalarının gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde yaralamaya teşebbüs ve mala zarar verme suçlarından hüküm kurulması …", (Y.İ.P.); Yargıtay 1. CD., T. 05.07.2010, E. 2009/7915, K. 2010/5188, (Y.İ.P.).

85 Yokuş Sevük, 2020, s.89; Yargıtay 1. CD., T. 06.07.2020, E. 2020/879, K. 2020/1644: "Katılana yönelik eyleminden sonra olay yerinden kaçmaya çalışan sanığın maktulün kendisini engellenmeye yönelik hamlesini defetmek ve yakalanmamak amacıyla sanığın maktulü göğüs ve batın bölgelerinden 5 kez bıçaklamak suretiyle öldürdüğü anlaşılan olayda, sanığın eyleminin TCK'nin 82/1-h maddesinde düzenlenen 'yakalanmamak amacıyla kasten öldürme' suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması …", (Y.İ.P.).

86 Aynı yönde, Palut, 2019, s.479, 480.

tatbiki için kasten öldürme suçunu işleyen failin, aynı zamanda amaç suçu işlemiş veya bu suça iştirak etmiş olması gerekmektedir. O hâlde, başkası tarafından işlenen bir suç nedeniyle ve o kişinin yakalanmaması amacıyla kasten öldürme suçunu işleyen fail hakkında madde bendi uygulanmayacaktır.

Öğretide, *Gökcen/Balcı*, suçun failinin tespitinin önlenmesi amacıyla kasten öldürmeyi de bu nitelikli hâl kapsamında değerlendirmektedir.[87] Benzer şekilde *Koca/Üzülmez*, yakalanmamak amacıyla öldürmede, amaç suça ilişkin failliğin veya şerikliğin gizlenmesi amacıyla hareket edildiği görüşündedir.[88] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da aynı yönde kararlarına rastlanmaktadır.[89]

Alman Ceza Kanunu'nda kasten öldürme suçunun yakalanmamak amacıyla işlenmesi şeklinde bir nitelikli hâle yer verilmemiştir. Bununla birlikte, failin, hem adli makamlarca ortaya çıkartılan amaç suça ilişkin failliğini gizlemek hem de yakalanmamak amaçlarıyla kasten öldürme suçunu işlenmesi hâlinde, bir suçu gizleme amacına ilişkin nitelikli hâl tatbik edilmektedir. Failin yalnızca yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde ise gizleme amacına yönelik nitelikli hâlin uygulanamayacağı kabul edilmektedir.[90] Dolayısıyla, Alman Hukuku'nda "yakalanmamak amacı" failin, amaç suça ilişkin iştirakinin tespitinin engellenmesi amacını kapsamamaktadır.

Kanaatimizce, yakalanmamak amacı, failin, amaç suç dolayısıyla yakalanmasını, yani fiziksel özgürlüğünün kısıtlanmasını önlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde söz konusu olmalıdır. Nitekim kanun koyucunun 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile TCK m.82/1-h hükmüne yakalanmama amacını eklemesinde izlediği amacın da bu olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca, bir suçun gizlenmesi, sadece amaç suçun değil, aynı zamanda bu suça ilişkin iştirakin de gizlenmesini kapsar. Faili tespit edilememiş bir amaç suçu, aydınlatılmış bir suç olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira bir

---

87 Gökcen/Balcı, 2015, s.209; aynı yönde, Akbulut, 2020, s.143.

88 Koca/Üzülmez, 2020b, s.114.

89 YCGK, T. 17.05.2011, E. 2011/1-72, K. 2011/102: "Katılanda meydana gelen yaralanmanın boyutuna göre darbenin şiddeti, isabet aldığı vücut bölgesi, bıçağın öldürücü özelliği, katılan ile karşılaşmadan çok kısa bir süre önce kasten öldürme ve yağma suçlarını işlemiş olan sanığın, katılan tarafından görülmesi nedeniyle yakalanacağı korkusuna kapılması ve yaralandıktan sonra olay yerinden koşarak kaçan katılanın arkasından gitmesi gibi hususlar hep birlikte göz önünde bulundurulduğunda, sanığın öldürme kastıyla hareket ettiğinin ve eylemin yakalanmamak amacıyla kasten öldürmek suçuna kalkışmak olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, sanığın eylemini kasten yaralama olarak nitelendiren yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir.", (Y.İ.P.).

90 AlFM, T. 06.06.2019, 4 StR 541/18, beck-online; Safferling, 2013, m.211 kn.69.

suçun aydınlatılması hem suç veya suçlara konu eylemlerin hem de bu eylemleri gerçekleştiren faillerin ortaya çıkartılmış olmasını gerektirir. Dolayısıyla, adli makamlarca ortaya çıkartılan amaç suça ilişkin failliğini gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işleyen fail bakımından öncelikle yakalanmamak değil, bir suçu veya delillerini gizlemek amacı söz konusudur. Buna karşın, amaç suça iştirakinin adli makamlarca hâli hazırda ortaya çıkartıldığı tasavvuruyla ve salt yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçunu işleyen fail bakımından ise yakalanmamak amacının varlığı gündeme gelecektir. Elbette, somut olayda failin hem amaç suçu gizlemek hem de bu suç nedeniyle yakalanmamak amaçlarıyla hareket etmesi de mümkündür.

X. MANEVİ UNSUR

TCK m.82/1-h'de düzenlenen nitelikli hâllerin tatbiki için, failin araç suç olan öldürme suçunu kasten işlemesi ve ayrıca bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla hareket etmesi gerekir. Bu amaçlar bulunmaksızın kasten öldürme suçunun işlenmesi veya bu amaçlarla hareket edilmesine rağmen öldürme kastı bulunmaksızın bir başkasının ölümüne neden olunması hâllerinde madde bendi uygulanmayacaktır.[91] *Örneğin*, amaç suça ilişkin delilleri ortadan kaldırmak amacıyla, bu delilleri elinde bulunduran kişiyi sadece yaralamak suretiyle elde etmek isteyen fail, istemediği hâlde ölüm neticesine yol açarsa, sorumluluğu TCK m.82/1-h kapsamında değil, TCK m.87/4 hükmüne göre tayin edilecektir.

Madde bendi uyarınca cezanın ağırlaştırılmasındaki temel neden, failin daha tehlikeli ve kınanabilir olmasına yol açan amacıdır. Bu amaç,

[91] Yargıtay 1. CD., T. 01.03.2007, 3655/645: "a) Olayı müteakip mağdur eşofman cebinden 62 milyon liranın hastanede polis tarafından emanete alınması, mağdur Cumhuriyet Savcılığınca alınan beyanında otomobili dışında hiçbir eşyasının alınmadığını belirtmesi karşısında, önceden tanışan ve dosya kapsamına göre uyuşturucu ile ilgili ilamları bulunan sanık ile mağdur arasında gelişen olayda öldürmeye teşebbüs suçunun gasp amacı ile işlendiğinin şüpheli kaldığı anlaşılmakla, şüpheden sanık yararlanır kuralı gereğince suç vasfındaki şüphenin lehe yorumlanarak sanığın ani gelişen kasıt ile öldürmeye teşebbüs ve hırsızlık suçlarından lehe olan yasanın belirlenip cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması …".,; içinde: Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. 2, Madde 53-125, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2009, s.2055; Yargıtay 1. CD., T. 22.09.2005, 1865/2545: "Buna karşılık, maktuleyi ne sebeple öldürdüğü ve maktuleye ait bilezikleri ne şekilde aldığının net olarak belirlenememesi sebebiyle lehe yorumla, bilezikleri maktuleyi öldürdükten sonra aldığının kabul edilebileceği cihetle, sanık hakkında kasten öldürme ve hırsızlık suçlarından mahkumiyet kararı kurulması gerekirken, yazılı şekilde beraatına karar verilmesi …", içinde: Gündel, 2009, s.2079 v.d.

failin suçu işlerken meydana getirmek istediği neticedir.[92] Ancak, failin bu neticeye ulaşması gerekmez, önemli olan hareketini kanuni tipte aranan amaçlara yönelik gerçekleştirmesidir.[93] Faildeki bu amaç, "özel kast" olarak da nitelendirilmektedir.[94]

Kanuni tipte amaca yer verilen hâllerde fiilin yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği ifade edilmektedir.[95] Bu görüşten hareketle, TCK m.82/1-h'de düzenlenen nitelikli hâlin de amaç unsurunu ihtiva ettiği ve dolayısıyla sorumluluk için failin ancak doğrudan kastla hareket etmesi gerektiği söylenebilir.

Alman Hukuku'nda *"bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak"* amacıyla işlenen kasten öldürme suçu açısından kural olarak, failin bu amaçlara yönelik 1. dereceden doğrudan kastla *(dolus directus 1. Grades)* hareket etmesi aranmaktadır. Ayrıca failin gizleme veya olanak sağlamanın yanı sıra *örneğin*, korku, öfke, nefret gibi birden fazla motivasyona sahip olması durumunda bunlardan gizleme veya olanak sağlamaya hizmet eden motivasyonun somut olayda belirleyici olması gerektiği kabul edilmektedir.[96] Böylelikle, failin, yalnızca mağdurun öfkeye yol açan davranışları sebebiyle kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde gizleme amacından söz edilemezken, gizleme amacıyla birlikte aynı zamanda öfkeyle suçu işlemesi hâlinde nitelikli hâl uygulama alanı bulabilecektir.[97]

---

92 Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s.380.

93 Koca/Üzülmez, 2020a, s.251; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.311.

94 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018a, s.262, 263; Otacı, 2009, s.536; ayrıca, Centel/Zafer/Çakmut, 2020, s.379, 380; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.382, 386, 387; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019, s.260; Hakan Karakehya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2018, s.124 v.d.; aksi görüş, Özgenç, 2019, s.310.

95 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021a, s.474; Karakehya, 2018, s.123; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d, 2018b, s.144; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.248.

96 AlFM, T. 23.12.1998, 3 StR 319/98, beck-online; Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35a; Momsen, 2014, m.211 kn.67, 73; Safferling, 2013, m.211 kn.70.

97 AlFM, T. 17.05.2011, 1 StR 50/11, beck-online; Yargıtay 1. CD., T. 24.03.2021, E. 2018/5830, K. 2021/5122: "Sanığın olay günü saat: 14.00 sıralarında ... plakalı motosiklet ile seyir hâlinde bulunduğu sırada ... Hâl Kavşağında, öncesinde tanıdığı maktul ...'ı otostop yaparken gördüğü, yanına gittiği, para karşılığı cinsel ilişki teklif ettiği, kabul etmesi üzerine maktul ...'ı motoruna alarak bir süre şehir merkezinde birlikte gezdikleri, saat: 17.00 sıralarında ... Mahâllesi 6244 Sokak devamındaki ormanlık alana

Gizleme veya olanak sağlama amaçlarıyla işlenen nitelikli kasten öldürme suçunun varlığı için, amaçlanan neticenin meydana gelmesi aranmadığı gibi, amaç suçun gerçekten işlenmiş olması veya objektif açıdan işlenebilir nitelikte olması da gerekmez. Bu bakımdan tek ölçüt; failin bahsi geçen amaçlara yönelik tasavvurudur.[98] Elbette bu tasavvur, dış dünyaya yansıyan somut olay çerçevesinde değerlendirilecektir.[99]

Alman Hukuku'nda *"bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak"* amaçlarının, bazı durumlarda olası kastla *(bedingter Vorsatz)* birlikte uygulama alanı bulabileceği de kabul edilmektedir[100]. *Örneğin*, failin, amaç suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla, fakat zorunlu olmamasına rağmen, *"ne olur ne olmaz"* veya *"şimdiden"* mağduru öldürmesi hâlinde söz konusu nitelikli hâl uygulanacaktır.[101] Hakeza, gizleme amacında, failin henüz tanınmadığını düşündüğü ve hatta mağdurun hayatta kalması hâlinde kendisini teşhis edebilmesi ihtimalinden çekinmediği, yani tasavvuruna göre mağduru öldürmeksizin de suçun gizlenmesinin mümkün olduğu durumlarda, gizleme amacı olası kastla birlikte gündeme gelmektedir.[102] Alman Federal Mahkemesi'ne göre de öldürmeye yönelik olası kastla hareket eden fail, aynı zamanda bir suçu gizleme amacına da sahip olabilir. Bunun için, failin tasavvuruna göre, mağdurun ölümünün amaç suçun

---

gittikleri, sanığın aksi sabit olmayan beyanlarına göre; olaydan önceki bir zamanda maktulün sanığı başkalarına dövdürttüğü, tehdit ettirdiği ve yağmalattığı konusunun yeniden açıldığı, maktulün bu nedenlerle kendisine hakaret ve tehdit ettiği, kolundan ısırdığı, sanığın da üzerinde taşıdığı bıçak ile maktulü tehdit ederek anal ve vajinal yoldan zorla cinsel saldırıda bulunduğu, ardından maktul ...'ın başını birden çok kereler sert bir zemine vurduğu, taş ya da kaya ile ezdiği, elindeki bıçakla maktul ...'ın boğazını derin bir şekilde biri 11 cm, diğeri 15 cm olacak şekilde iki kez boğazlayarak kestiği, maktulün olay yerinde yaşamını yitirdiği, maktul ...'ı bu hâlde bırakan sanık ...'un motosikletine binerek olay yerinden kaçtığı olayda; Sanığın otopside belirtilen yaraları meydana getirmesinin, canavarca hisle ve eziyet çektirerek öldürme amacını güttüğünü tek başına ortaya koyamayacağı gibi, bu amaçla hareket ettiğine yönelik dosyada kesin kanıt bulunmadığı anlaşılmakla; sanık hakkında maktule yönelik bir suçu gizlemek amacıyla kasten öldürme suçundan TCK'nın 82/1-h maddesi uyarınca temel cezanın tayini gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde TCK'nın 82. maddesinin 'h' bendinin uygulanmasının yanında ayrıca eziyet nedeniyle 'b' bendi ile de uygulama yapılması, kanuna aykırı ...", (Y.İ.P.).

98 Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Baskı, C. 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, C. F. Müller Verlag, München, 2009, s.48.

99 Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.33.

100 Fischer, 2008, m.211 kn.79; Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35; Safferling, 2013, m.211 kn.76, 80; Sinn, 2013, m.211 kn.66, 80.

101 Momsen, 2014, m.211 kn.69.

102 Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35; AlFM, T. 23.12.1998, 3 StR 319-98, beck-online.

gizlenmesi bakımından zorunlu ve gerekli bir koşul olmaması gerekir.[103] Diğer bir ifadeyle, failin tasavvuruna göre, mağdurun hayatta kalması, suçu gizleme maksadının gerçekleşmesi bakımından mutlak bir engel teşkil etmemelidir. Aksi durumda, yani failin tasavvuruna göre suçun gizlenebilmesi amacına yalnızca mağdurun ölümü vasıtasıyla ulaşılabildiği takdirde, nitelikli hâlin olası kastla bir araya gelebilmesi mümkün değildir.[104]

Amaç suçun kasten veya taksirle işlenmesinin önemli yoktur.[105] Bu nedenle failin, amaç suçu gerçekleştirirken, öldürme kastına da sahip olması gerekmez. Ancak, *"bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacı"* kural olarak amaç suç işlenmeden önce veya işlenirken gündeme geleceğinden ve söz konusu ifade amaç suçun kasıtlı bir suç olduğunu ortaya koyduğundan, bu hâlde amaç suçun taksirle işlenmesine olanak bulunmamaktadır.[106]

Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun nitelikli hâllerinde hataya ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. TCK m.30/2 hükmü uyarınca, *"Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır"*. Düzenleme, hataya düşülen nitelikli hâlin türüne göre bir ayrım öngörmediğinden, sübjektif unsurları ihtiva eden cezayı ağırlaştıran hâllere ilişkin hata hâlinde de uygulanabilmelidir. Elbette TCK m.82/1-h bendi kapsamında TCK m.30/2 hükmü ile sınırlı olmamak üzere çeşitli hata ihtimalleri ortaya çıkabilir. *Örneğin*;

- Failin, amaç suça yönelik eylemi gerçekte bir suç teşkil etmesine rağmen, suç teşkil etmediği zannıyla bu eylemi kolaylaştırmak veya gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği hâllerde, söz konusu nitelikli hâlin uygulanamayacağı (TCK m.30/2),[107]
- Failin, amaç suça yönelik eylemi gerçekte bir suç teşkil etmemesine rağmen, bir suç oluşturduğu zannıyla ve bu eylemi

[103] AlFM, T. 07.06.2017, 2 StR 474/16, beck-online; T. 04.08.2010, 2 StR 239/10, beck-online; T. 23.11.1995, 1 StR 475/95, beck-online.

[104] AlFM, T. 06.06.2019, 4 StR 541/18, hrr-strafrecht.de; Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35.

[105] Akbulut, 2020, s.142; Bakıcı, 2010, s.666; Hakeri, 2007, s.234; Meran, 2008, s.70; Palut, 2019, s.469; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.143; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010, s.2729; Alman Hukukunda, Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.35a

[106] Şahbaz, 2016, s.1015; aynı yönde Alman Hukukunda, Momsen, 2014, m.211 kn.69.

[107] Alman Hukukunda, Alman Hukukunda, AlFM, T. 12.02.1998, 4 StR 617/97, beck-online; Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.33; Maurach, Schroeder, Maiwald, 2009, s.48; Safferling, 2013, m.211 kn.66.

kolaylaştırmak veya gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği hâllerde, söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği,[108]

- Failin, amaç suça yönelik eylemi gerçekte hukuka aykırı olmasına rağmen, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğuna yönelik kaçınılabilir bir hataya düşerek ve bu eylemi kolaylaştırmak veya gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği hâllerde, söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği (TCK m.30/4),[109]
- Failin, amaç suça yönelik eylemi bakımından gerçekte bir hukuka uygunluk sebebinin veya kusuru ortadan kaldıran bir hâlin bulunmasına veya diğer bir nedenle suçun takibatı mümkün olmamasına rağmen, bir hukuka uygunluk sebebinin veya kusuru ortadan kaldıran bir hâlin bulunmadığı veya suçun takibatının mümkün olduğu zannıyla ve bu suçu kolaylaştırmak veya gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği hâllerde, söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği,[110]
- Failin, amaç suça yönelik eylemi gerçekte cezalandırılabilir veya takibata uğrayabilir olmasına rağmen, cezalandırılmadığı veya takibatının mümkün olmadığı zannıyla ve bu eylemi kolaylaştırmak veya gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği hâllerde, söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği,[111]
- Failin, amaç suçu gizlemek veya kolaylaştırmak veya yakalanmamak amacıyla işlediği kasten öldürme suçunda şahısta hataya düşmesi halinde *(error in persona)* söz konusu nitelikli hâlin uygulanabileceği, söylenebilir.[112]

Son olarak, failin, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlediği kasten öldürme suçunda hedefte sapmanın meydana gelmesi *(aberratio ictus)* söz konusu nitelikli hâlin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.[113]

---

[108] Koca/Üzülmez, 2020b, s.114; aynı yönde, Alman Hukukunda, AlFM, T. 26.02.1958, 2 StR 64/58, beck-online; Fischer, 2008, m.211 kn.63; Momsen, 2014, m.211 kn.73; Sinn, 2013, m.211 kn.68, 76.

[109] Safferling, 2013, m.211 kn.66.

[110] Koca/Üzülmez, 2020b, s.114; aynı yönde, Alman Hukukunda, Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.33; Fischer, 2008, m.211 kn.63; Maurach, Schroeder, Maiwald, 2009, s.48; Safferling, 2013, m.211 kn.66; Sinn, 2013, m.211 kn.76.

[111] Alman Hukukunda, Eser, Sternberg-Lieben, 2014, m.211 kn.33; aksi yönde, Sinn, 2013, m.211 kn.68.

[112] Bakıcı, 2010, s.666; Hakeri, 2007, s.237; Ruhi, 2017, s.33.

[113] Hakeri, 2007, s.237; Ruhi, 2017, s.33.

XI. NİTELİKLİ HÂLLERİN SİRAYETİ

TCK m.82/1-h hükmü kapsamında, hem amaç suça hem de araç suç olan kasten öldürme suçuna iştirak kural olarak mümkündür. Ancak, amaç suç ile araç suç olan kasten öldürme suçu arasında bir bileşik suç ilişkisi söz konusu olmadığından, faillerin iştirak sorumluluğu her bir suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayrıca, bu nitelikli hâlin tatbiki için amaç suç ile araç suç faillerinin veya bu suçlara iştirak edenlerin aynı kişiler olması gerekmez. Bununla birlikte, iş bölümüne dayalı olarak faillerin kısmı amaç suçu diğer bir kısmı ise araç suç olan kasten öldürme suçunu işlemiş olabilir. Bu durumda, faillerin her iki suç dolayısıyla sorumluluklarına gidilebilmesi için, bu suçlar arasındaki bağlantının ortaya konulması ve ayrıca fikir birliği içerisinde gerçekleştirdikleri eylemlerin her bir suç yönünden fonksiyonel katkı koşulunu sağlaması gerekir.

Fail veya (müşterek) faillerin TCK m.82/1-h bendi gereğince kasten öldürme suçunun nitelikli hâlinden sorumlu tutulabilmesi için suçun en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekmektedir. Ayrıca, müşterek faillik durumunda, her bir failin kastının madde bendinde sayılan amaçları ihtiva etmesi gerekir.[114] Dolayısıyla, nitelikli hâli oluşturan amaçlardan haberdar olmaksızın suça iştirak eden müşterek fail bakımından madde bendinin tatbiki mümkün değildir.

Aynı şekilde, TCK m.82/1-h hükmünde sayılan amaçlarla hareket eden fail veya (müşterek) faillerin işlediği kasten öldürme suçuna iştirak eden şeriklerin nitelikli hâlden sorumlu tutulabilmeleri için, bu amaçları bilerek suça katkı sağlamaları gerekir.[115] *Örneğin*, cinsel saldırı suçunu

---

[114] Yargıtay 1. CD., T. 22.10.2019, E. 2017/3268, K. 2019/4543: "Her iki sanığın birlikte suç işleme kararı vererek, fiil üzerinde tam bir müşterek hakimiyet sağlamak suretiyle, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak amacıyla kasten insan öldürmek suçundan TCK'nun 37. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 82/1-h madde ve fıkraları, silahla birden fazla kişi tarafından birlikte yağma suçundan TCK'nun 37. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 149/1-a ve c madde ve fıkraları gereğince cezalandırılmaları yerine yanılgılı değerlendirme sonucu beraat kararı verilmesi …", (Y.İ.P.); aynı yönde, Yargıtay 1. CD., T. 09.10.2019, E. 2019/1051, K. 2019/4272; Yargıtay 1. CD., T. 05.10.2015, E. 2015/3974, K. 2015/4653; aynı yönde, Alman Hukukunda, Sinn, 2013, m.211 kn.70.

[115] YCGK, T. 22.06.2021, E. 2017/1046, K. 2021/298: "Hırsızlık suçunu işlemek hususunda fikir ve irade birliği içinde hareket eden sanıkların maktul tarafından görülerek engellenmeye çalışması sırasında hakkında nitelikli öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen inceleme dışı sanık …'in amaçladıkları hırsızlık suçunu gizlemek ve yakalanmamak amacıyla, içinde bulundukları araçla maktule kasten çarpmak şeklindeki icrai hareketle maktulü kasten öldürme suçunu işlediği, bu suça sanık …'in TCK'nın 37. maddesinde düzenlenen müşterek fail olarak katıldığına yeterli delil bulunmadığı, ancak suçu bizzat işleyen sanığın yanında bulunmasına karşın ona engel olabilecek herhangi bir davranış sergilemediği gibi …'in bu suçu işlemesini engellemeye yönelik herhangi bir söz dahi sarf etmeyen, aksine olay öncesi, olay sırası

gizlemeyi amaçlayan failin işlediği kasten öldürme suçuna bu amacı bilerek yardım sağlayan şerik hakkında, gizleme amacına ilişkin nitelikli hâl uygulanabilecektir. Buna karşın, kasten öldürme suçuna iştirak eden şerikin, faildeki amaca sahip olmaması veya bu amaçtan habersiz olması durumunda, hakkında nitelikli hâlin tatbiki mümkün olmayacaktır.

Kasten öldürme suçu bakımından sadece şerikin TCK m.82/1-h'de öngörülen amaçlarla hareket edip, failin bu amaçlarla hareket etmediği hâllerde ise, TCK m.40'da düzenlenen bağlılık kuralı gereğince hem fail hem de şerik yalnızca kasten öldürme suçunun temel hâlinden sorumlu olacaktır.[116]

XII. İÇTİMA İLİŞKİSİ

Fail, amaç suçu işledikten sonra, bu suçu gizlemek veya delillerini ortadan kaldırılmak veya yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği takdirde, hem amaç suç hem de nitelikli kasten öldürme suçu dolayısıyla sorumlu olur.[117] Buna karşın, gizlenmek veya delilleri yok edilmek veya yakalanmamak istenilen suç bir başkası tarafından işlenmişse yalnızca nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu olur.[118]

Aynı şekilde, bir suçu kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürmede, failin kasten öldürme suçunu işlerken veya işledikten sonra amaç suçu da işlemesi veya teşebbüs etmesi hâlinde, hem nitelikli kasten öldürme suçundan hem de amaç suçtan dolayı sorumluluğu söz konusu olur.[119]

Failin, *örneğin*, işlenen amaç suçun tek tanığını ve olay sonrasında kendisini yakalamak isteyen kolluk görevlisi öldürülmesi hâlinde TCK m.82/1-h hükmü kapsamında kalan iki ayrı eylem söz konusu olacak ve gerçek içtima hükümleri gereğince mağdur sayısınca nitelikli kasten öldürme suçu oluşacaktır.[120]

---

ve olay sonrasında suçun asli faili inceleme dışı sanık ...'in yanında bulunup destek olmak suretiyle bu sanığa manevi yardımda bulunan sanık ...'in eyleminin nitelikli kasten öldürme suçuna TCK'nın 39. maddesinde düzenlendiği şekilde yardım etme kapsamında olduğu kabul edilmelidir.", (Y.İ.P.).

116 Aksi görüş için bkz. Akbulut, 2021, s.842.

117 Özbek/Doğan/Bacaksız v.d, 2018b, s.133.

118 Toroslu/Toroslu, 2019, s.35.

119 Dönmezer, 1995, s.56; Toroslu/Toroslu, 2019, s.35, 36.

120 Yargıtay 16. CD., T. 28.06.2021, E. 2020/1463, K. 2021/4623: "Sanığın yakalandığı olayda çatışmaya girdiği askeri birimin 13 personelden oluşması, bunların tamamının belirli olması ve sanığın eylemlerinin bunların tamamına yönelik olması karşısında, sanığın teşebbüs aşamasında kalmış kişiyi yerine getirdiği kamu görevinden dolayı ve yakalanmamak amacıyla kasten öldürme suçundan 13 defa cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle atılı suçtan bir defa cezalandırılması yolunda

Buna karşın, failin *örneğin*, amaç suçu hem kolaylaştırmak hem de gizlemek amacıyla aynı kişiye karşı kasten öldürme suçunu işlemesi hâlinde TCK m.82/1-h hükmü kapsamında işlenen tek bir nitelikli kasten öldürme suçu söz konusu olur.[121] Benzer şekilde, fail, TCK m.82/1-h'de düzenlenen nitelikli hâllerle birlikte diğer bentlerde düzenlenen nitelikli hâlleri de aynı olayda gerçekleştirirse tek bir nitelikli kasten öldürme suçu oluşur.[122]

Amaç suçun işlenmesi sırasında veya amaç suç nedeniyle ölüm neticesinin meydana gelmesi, bu suça ilişkin kanuni düzenlemede neticesi sebebiyle ağırlaşan bir hâl olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda, fail, amaç suçun işlenmesine yönelik kastının yanı sıra mağduru öldürmeye yönelik kastla hareket etmiyorsa, hakkında nitelikli hâl uygulanmaz. *Örneğin*, çocuğun cinsel istismarı suçunda, mağdurun suç sonucunda ölümü hâlinde fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür (TCK m.103/6). Bahsi geçen neticesi sebebiyle ağırlaşan hâlin tatbiki için failin, cinsel istismar suçunun yanı sıra ayrıca mağduru öldürme kastıyla hareket etmemiş olması gerekir. Şayet fail, hem cinsel istismara hem de *örneğin*, işlediği bu suçu gizlemek veya delilleri ortadan kaldırmak amacıyla öldürmeye yönelik kastla hareket ediyorsa cinsel istismar ve nitelikli kasten öldürme suçlarından ayrı ayrı sorumlu olur.[123] Zira ölüm neticesi, cinsel

---

hüküm tesis edilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.", (Y.İ.P.); Hakeri, 2007, s.235; Özbek/Doğan/Bacaksız v.d, 2018b, s.133.

121 Özbek/Doğan/Bacaksız v.d., 2018b, s.133.

122 Yargıtay 1. CD., T. 13.04.2021, E. 2020/3769, K. 2021/6738: "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık ...'in maktul ...'ı tasarlayarak av tüfeğiyle öldürme eylemini gerçekleştirdiği esnada maktul ...'ın sanığa engel olmaya, tüfeği elinden almaya ve yakalamaya çalıştığı, sanığın ...'ın batın bölgesine ateş ederek etkisiz hâle getirdikten sonra maktul ...'a yönelik eylemine devam ettiği, olay yerinden ayrılacağı sırada maktul ...'in kendisini yakalayacağı düşüncesiyle Cengiz'e de ateş ederek öldürdüğü ve olay yerinden kaçtığı anlaşılan olayda; sanığın maktuller ... ve Cengiz'e yönelik eylemlerini TCK'nin 82/1-h maddesi kapsamında bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak ve yakalanmamak amacıyla gerçekleştirdiği nazara alınarak sanık hakkında TCK'nin 82/1-h maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde TCK'nin 81. maddesi uyarınca hükümler kurulması …", (Y.İ.P.). Öğretide, Soyaslan, kasten öldürme suçunda iki ayrı ağırlatıcı sebebin gerçekleşmesi ihtimalinde ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin olarak Kanunda genel veya özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu, bu sorunun İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi genel bir düzenlemeyle çözülmesinin mümkün olduğunu, ayrıca hâkimin iki ağırlatıcı sebebin mevcudiyetini TCK m.61/1-4 kapsamında göz önüne alabileceğini belirtmektedir. 2020, s.143.

123 YCGK, T. 30.04.2013, E. 2013/1-268, K. 2013/228: "Somut olayda, işlemiş olduğu cinsel saldırı suçunu gizlemek amacıyla ..'i öldüren ve daha sonra maktulün ölümünden yararlanarak hırsızlık eylemini gerçekleştiren sanığın, kasten öldürme suçundan TCK'nun 82/1-b ve 62. maddeleri uyarınca müebbet hapis, hırsızlık suçundan TCK'nun 142/1-b ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece sanığın eylemlerinin cinsel saldırı suçunu

istismar suçu nedeniyle veya sonucunda değil, bu suçun gizlenmesi veya delillerinin ortadan kaldırması amacıyla gerçekleştirilmektedir.[124]

Son olarak, TCK m.281'de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu ile TCK m.82/1-h'de düzenlenen "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak" amacıyla kasten öldürme suçu arasında bileşik suç ilişkisi bulunmadığı düşüncesindeyiz. Zira TCK m.281'de yer alan düzenlemede "bir suçun delillerini yok etmek, silmek, gizlemek, değiştirmek veya bozmak" eylemlerine suçun maddi tipikliği içerisinde yer verilmiş ve ayrıca failin, gerçeğin meydana çıkmasını engelleme amacına sahip olması aranmıştır. Oysa TCK m.82/1-h bendinde yer alan nitelikli hâl failde aranan manevi tipikliğe ilişkin bir unsurdur. Bu itibarla, bir suçu gizlemek veya delilleri ortadan kaldırmak, TCK m.281 açısından maddi tipikliği oluşturan eylemler iken; TCK m.82/1-h açısından sadece failde bulunması gereken manevi nitelikte bir tipiklik unsurudur. Bununla birlikte TCK m.82/1-h bendinde sayılan amaçlarla gerçekleştirilen eylemin, aynı zamanda TCK m.281'de düzenlenen suçu oluşturması mümkündür ki, bu durumda TCK m.44 gereğince farklı neviden fikri içtima hükümleri doğrultusunda en ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçunun nitelikli hâlinden sorumluluk gündeme gelecektir.

---

gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak için kasten öldürme ve kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle hırsızlık suçlarına uyduğunun kabulü ile hükmün yalnızca sanık lehine temyiz edilmiş olması nedeniyle, ceza miktarı yönüyle kazanılmış hak saklı tutulmak şartıyla bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.", (Y.İ.P.); Tezcan/Erdem/Önok, 2020, s.171.

[124] Yargıtay 1. CD., T. 23.03.2021, E. 2020/2197, K. 2021/4929: "Dosya kapsamına göre, sanığın, mağdur ...'nin ikametine kapısını kırmak suretiyle girerek, elindeki çakı bıçağı ile mağdurun karın bölgesine doğru bıçağı salladığı, bu sırada bir yandan mağdurun önce üst elbiselerini soyarak cinsel saldırı suçunu işlemeye başladığı daha sonra mağdurun direnmesi üzerine kafasını birçok kez zemine vurduğu, mağdurun ölü numarası yapmaya başladıktan sonra da cinsel saldırı eylemini devam ettirerek bu suçunu tamamladığı, daha sonra mağdurun ölüp ölmediğini kontrol ettikten sonra öldüğünü zannederek olay yerinden ayrıldığı olayda, sanığın eyleminin TCK'nun 82/1-h maddesinde belirtilen bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten öldürme teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suçun vasıflandırmasında hataya düşülerek yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi ...", (Y.İ.P.); aynı yönde, Yargıtay 1. CD., T. 21.01.2005, E. 2014/5062, K. 2015/121, (Y.İ.P.); aynı yönde, Bakıcı, 2010, s.666; Yaşar/Gökcan/Artuç, 2010, s.2730; Yokuş Sevük, 2020, s.88.

KAYNAKÇA

Akbulut B, "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Hâlleri", S.65, 2020/2, Adalet Dergisi, ss. 99-165.

Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, 8. Baskı.

Artuç M, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Artuk M. E/Gökcen A/Yenidünya C, TCK Şerhi, C. 3, Özel Hükümler, Madde 76-131, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Artuk M E/Gökcen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021a.

Artuk M E/Gökcen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021b.

Bakıcı S, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 3, Madde 76-84, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Bayraktar K, "Kasten Adam Öldürme", C.19, S.2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (MÜHFD), Özel Sayı, Nur Centel'e Armağan, ss. 57-77.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

Erem F, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1985.

Eser, Albin/ Sternberg–Lieben, Detlev, Strafgesetzbuch, Kommentar, Editör: Schönke, Adolf/ Schröder, Horst, Verlag C. H. BECK, 29. Baskı, München, 2014.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C. H. BECK, 55. Baskı, München, 2008.

Gökcen A/Balcı M, Kasten Öldürme Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Göktürk N, Fikri İçtima, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Gündel A, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. 2, Madde 53-125, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2009.

Hafızoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2013.

Hafızoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019.

Hakeri H, Kasten Öldürme Suçları, TCK 81-82-83, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2018.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020a.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020b.

Malkoç İ, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.3, Madde 348-479, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, C. 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, C. F. Müller Verlag, 10. Baskı, München, 2009.

Meran N, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Madde 81-124, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Momsen C, Strafgesetzbuch, Kommentar, Editör: Satzger, Helmut/ Schluckebier, Wilhelm/ Widmaier, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Baskı, Köln, 2014.

Otacı C, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Özbek V Ö, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P/Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018a.

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P/Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018b.

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Özen M, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Öztürk, B/Erdem M R, Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Palut A, Kasten Adam Öldürme Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Parlar A/Hatipoğlu M, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, 76-150. Maddeler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Ruhi A C, Türk Ceza Kanununda Kasten Öldürme Suçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Safferling, Christoph, Strafgesetzbuch, Kommentar, Editörler: Matt, Holger/ Renzikowski, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013.

Sartık İ, Uygulamada ve Teoride Güncel Yargıtay Kararları Işığında Olası Kastla Öldürme ve Yaralama Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Sinn, Arndt, Systematischer Kommentar zum Strafgesetztbuch, Editör: Rudolphi, Hans-Joachim / Wolter, Jürgen, C. 4, Carl Heymanns Verlag, 8. Baskı, Köln, 2013.

Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2020.

Şahbaz İ, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C. 1, (Madde 1-149), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Şenol C, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Tezcan D/Erdem M R/Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Toroslu N/Toroslu H, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Yaşar O/Gökcan H T/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Madde 45-85, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Yılmaz E, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

beck-online, Die Datenbank, veri tabanı, (https://beck-online.beck.de/Home, s.e.t.: 07.04.2022).

hrr-strafrecht.de, Online-Zeitschrift und Rechtsprechungsdatenbank, online dergi ve içtihat veri tabanı, (https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/, s.e.t.: 07.04.2022).

TDK Güncel Sözlük, (https://sozluk.gov.tr/, s.e.t.: 08.04.2022).

Yargıtay İçtihat Portalı (Y.İ.P.), (https://karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t.: 08.04.2022)

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA SERİ MUHAKEME USULÜ

Accelerated Proceedings in Criminal Procedure Law

İbrahim KESKİN*

Öz: Seri Muhakeme Usulü (SMU), Ceza Muhakemesi Kanunu' nun (CMK) 250. maddesinde onbeş fıkra halinde düzenlenmiştir. Kanun maddesinde sayılan suçlarla sınırlı olan ve belirlenen şartlar altında uygulanabilen, istisnai nitelikte özel bir ceza muhakemesi yoludur.

Kanun koyucuya göre daha az önem arz eden suçlarda bu usul uygulanmaktadır. Bu suçlara ilişkin soruşturmalarda, delillerin toplanması ve koruma tedbirlerine başvurulması olağan soruşturma yöntemleriyle aynıdır. SMU'da, şüpheli daha az bir ceza alma ümidiyle bu usulü kabul ederek muhakeme sürecine başlamaktadır. Yargılama süreci bazı şekli kurallardan arındırılmıştır. Hızlı, etkili ve suçla orantılı bir yaptırım uygulanmaktadır. Bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi amaçlanmaktadır. SMU'da şüpheli, müdafii, başsavcılık ve karar makamı olarak mahkeme bulunmaktadır. Yetkili ve görevli mahkeme tarafından yapılan denetim sonucu hüküm kurulmaktadır.

Usulün uygulanabilmesi için, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe bulunmalıdır. CMK'nın 160/1. maddesine göre; soruşturmanın başlaması için "basit şüphe" yeterlidir. Basit şüphe, olayın gerçekliğini araştırmaya yöneliktir. "İhbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren hâlde" olayın doğru olup olmadığı kuşkusudur. SMU'da basit şüphe yerine "yeterli şüphe" bulunmalıdır. Yeterli şüphe "soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli olmasıdır". Delillerin toplanmasından sonra şüphelinin tespit edilmesidir.

SMU'nun uygulanabilme şartları CMK ve Ceza Muhakesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği' nde belirlenmiştir. Usulün uygulanabilmesi için soruşturma aşaması bitmiş olmalıdır. Şüphelinin leh ve aleyhindeki tüm deliller toplanmalıdır. Kamu davası için yeterli şüphe içerecek delil toplanamamış veya kovuşturma olanağı yoksa kovuşturmaya

Anahtar Kelimeler: Ceza yargılaması, ceza muhakemesine alternatif usuller, seri muhakeme usulü, özel yargılama usulü, ceza yargılamanın hızlandırılması.

Abstract: The Serial Judgement Procedure is edited as15. clause of 250. article in the Turkish Criminal Procedure Law. This procedure, that is limited to the crimes listed in the law article and applicable under the conditions set by law, is a special way of criminal procedure of exceptional nature.

This procedure is applied in crimes that are less important than the legislator. In investigations related to these crimes, collection of evidence and applying to measures of protection is the same as the usual investigations methods. In Serial Judgement Procedure, the suspect begins the judgement process by accept to this procedure with hoping for less punishment. The judgment process is free of some formal rules. A swift, effective and crime-proportionate sanction is enforced. To re-establish the deteriorated public order is aimed.

In Serial Judgement Procedure, advocate, there are the suspect, the attorney general's office and the court as decision authority. Judgment is established as a result of the audit conducted by the authorized and incumbent court.

For the procedure to be applicable, there must be reasonable doubt that the offense has been committed. According to 1. clause of 160. article in the Turkish Criminal Procedure Law; "simple doubt" is enough to start the investigation. Simple doubt is intended to investigating the reality of the event. It is doubt whether the event is true or not, "In the state giving the impression that a crime has been committed by the way notice or otherwise". In Serial Judgement Procedure, there should be "reasonable doubt" instead of simple doubt. Reasonable doubt, "the collected evidence at the end of investigation phaseis sufficient to in regards to that the crime has beencommitted." It is the identification of the suspect after the collection of evidence.

The conditions for the application of the Serial Judgement Procedure are determined in the Turkish Criminal Procedure Law and Serial Judgement Regulation in Criminal Procedure. For the procedure to be applied, the investigation phase must be completed. All evidence in favor and to against the suspect must be collected. If reasonable doubtful evidence could not be collected for a public action orthere is no possibility of prosecution, the decision of no ground for prosecution must be made.

Keywords: Criminal justice, alternative procedures in criminal procedure, serial judgement procedure, special judgement procedure, accelerating of criminal justice.

* Kırıkkale Cumhuriyet Başsavcısı, ab42202@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-0945-9785.

Makale Geliş Tarihi: 03.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 24.03.2022

GİRİŞ

SMU, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası, CMK'nın dördüncü bölüm *"Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme"* başlıklı 250. maddesinde düzenlenmiştir. Bu usulde, genel hükümlere tabi klasik yargılama sisteminin sakıncaları giderilmek istenmiştir. Usul genel yargılama sistemini tamamlayıcı niteliktedir. Kanunda sınırlı sayıda (katalog) belirtilen suçların yargılaması bakımından kabul edilmiştir. Alternatif bir yöntemdir. Kamu davası açılması için yeterli şüphe sebepleri bulunmasına rağmen, mahkemelerin iş yükünün azaltılması, kovuşturmanın hızlandırılması amacıyla, kamu davası açılması yerine kabul edilmiş özel nitelikteki bir yargılama usulüdür. Yaptırım, Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmektedir. Yetkili ve görevli mahkeme denetleme görevini üstlenmektedir. Bu düzenleme ceza hukukunda *"ceza kararnamesi"* olarak da adlandırılmaktadır.

CMK'nın 160. maddesine göre, bir suç işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi başlamaktadır. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeği araştıracaktır. Adil yargılama yapılabilmesi amacıyla şüphelinin lehinde ve aleyhinde olan delilleri toplayacak, muhafaza altına alacak ve soruşturmayı tamamlayacaktır. Soruşturma evresi bittiğinde, *"kamu davasının açılmasının ertelenmesine"* karar vermediği takdirde SMU'yu uygulayacaktır. Yeterli şüphe varsa, istisnai durumlar hariç soruşturma evresinde iddianame hazırlanacaktır. Ceza yargılamasında kanundaki istisnalar dışında, kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından açılacaktır. Yani soruşturmayı yürüten merci kamu davasını açacaktır. Bu hususta, mukayeseli hukukta birbirinden farklı usuller bulunmaktadır. Alman Ceza Usul Kanunu' nun 170. maddesi, *"kamu davasının mecburiyeti ilkesini"* kabul etmiştir. Kamu davasının açılması yönünden yasallık sistemi benimsenmiştir. Bazı ülke mevzuatlarında, soruşturma mercii ile soruşturma tamamlandığında kamu davası açacak olan merciler ayrılmıştır. Bu kural, şüpheli bakımından daha fazla güvence oluşturmaktadır. Kara Avrupa'sında Fransa ve Belçika gibi ülkeler bu kuralı kabul etmiştir. *"Common law"* yani Anglosakson hukukunun uygulandığı ülkelerde kamu davanın açılmasına, ara bir duruşmayı üstlenen ayrı bir merci karar vermektedir.

Soruşturma sürecinde toplanan deliller ve oluşan kanaat yeterli düzeyde şüphe niteliğinde ise Cumhuriyet savcısı soruşturma evresini sonlandıracaktır. İddianame ile kamu davasını açacaktır. Soruşturma ile kovuşturma aşamalarını birbirinden ayıran ülkelerde, bu nitelikte *"bir orta aşama"* bulunmamaktadır.

SMU'da, *"soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaktadır."* Yeterli şüphenin oluşması sebebiyle, SMU olarak isimlendirilen bu özel yargılama usulüne başvurulmaktadır. Soruşturma dosyası kapsamından SMU uygulanmasının zorunlu olduğu anlaşılan suçlarda, bu usulün uygulanması mecburidir. *"Bu usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianame iade edilecektir"* (Yönetmelik m. 5/10, CMK m. 174/1-c). "Uzlaştırma" ve "önödeme" de olduğu gibi SMU'da dava şartıdır.

Makale CMK'da klasik yargılama sistemine alternatif bir yöntem olan SMU'yu konu edinmiştir. Bu usul, genel yargılama kurallarına alternatif yöntemlerden birisidir. Mevcut muhakeme sistemini tamamlayıcı niteliktedir. Çağdaş ceza muhakemesi sisteminde başarılı sonuç doğuran kurumlardandır. Tezimiz bu yöntemin yargılamaya alternatif bir yöntem olmayıp onu hızlandıran ve tamamlayan seçenek bir yol olduğunu açıklama iddiasıdır. Aralarında ayrıştırılamaz organik bir bağ bulunduğunu ve birbirlerini tamamlar nitelikte olduklarını ifade etmektedir. Bu seçenek yaklaşımların günümüz muhakeme usullerinde benimsenen önemli bir kavramı ifade ettiğini belirtmektedir. Bu usule öğretide yöneltilen eleştirileri, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını da ele alarak okuyucuya gösterebilmeyi amaçlamaktayız. Makale de yasal düzenlemenin uygulanış şekli, uygulamada doğurduğu sorunlar ele alınacaktır. Mukayeseli hukuka atıfla kurumun daha pratik sonuçlarına dair çözüm önerileri yapılmaya çalışılacaktır. Kurumun iyileştirilmesine yönelik çözümsel tahlillere değinilecektir.

I- SERİ MUHAKEME USULÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. GENEL OLARAK

Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, "Birinci yargı reform paketi" olarak da tanımlanmaktadır. Kanun kapsamında ceza muhakemesine SMU adlı yeni bir muhakeme usulü getirilmiştir. Kanunun 23. maddesiyle, CMK'nın mülga 250. maddesi, başlığıyla birlikte yeniden düzenlenmiştir. Kanunun 31. maddesiyle CMK'ya geçici 5. madde eklenmiştir. Geçici 5. maddenin 1/c fıkrasına göre, *"250. maddede düzenlenen SMU'ya ilişkin hükümler, 01.01.2020 tarihinden itibaren uygulanmaya"* başlanmıştır.

Devlet vatandaşlara eşit, hızlı ve nitelikli bir hukuk hizmeti sunmalıdır. Adaletin sağlanması devletin görevidir ve var olmasının temel nedenidir.[1] SMU ile olağan yargılama kuralları dışında daha hızlı, etkili ve orantılı bir ceza tesisi ile bozulan kamu düzeninin yeniden tesisis amaçlanmaktadır. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir. Öğretideki görüşe göre, ceza yargılamasını hızlandırılmasını amaçlayan tüm usuller sanık aleyhinde sonuç doğurmaktadır. Ancak bu durum kasıtlı yapılmamaktadır. Soruşturma ve kovuşturmanın hızlı yapılabilmesinin zorunlu bir sonucudur.[2]

---

1 M. Volkan Dülger, "Yargı Reformu: Gerçekten Bir Reform Mu?", (https://www.hukukihaber.net/yargi-reformu-gercekten-bir-reform-mu-makale,7053.html. (s.e.t. 10.12.2021)

2 Albin Eser, "Theacceleration Of Criminalproceedingsandtherights Of Theaccused: Comparativeobservations As Tothe Reform Of Criminalprocedure İn Europe". Maastricht Journal of EuropeanandComparativeLaw, C. 3, S. 4, 1996, ss. 341-369, s. 355;

Şüpheli tarafından bu usulün kabul edilmesiyle, olağan yargılama kurallarının uygulanmasında hukuki bir yarar bulunup bulunmadığına bakılmamaktadır.

1. Kavramsal Çerçeve

"Ceza yargılaması hukukunun konusunu, suç işleyen veya işlediği iddia olunan kişinin hangi makamlar tarafından nasıl ve ne şekilde, hangi yollardan geçerek mahkûm veya beraat edeceğine ilişkin kurallar oluşturur."[3] Başka bir tanımlamayla ceza muhakemesi,*"toplum düzenini bozan ve suç olarak adlandırılan filin işlendiğini haber alınmasından sonra, failin bulunarak, hakkaniyete uygun bir şekilde yargılandıktan sonra, yasayla belirlenen yaptırımların uygulanmasına kadar süren kolektif faaliyettir."*[4]

SMU, kavramsal olarak yargılamayı çağrıştırsa da, bu kavram kurumun kapsamını tam olarak içermemektedir. Kurumdan beklenen genel yargılama faaliyetinin daha hızlı bir şekilde tamamlanmasıdır. Bu usul, genel yargılama kurumu dışında iddia, savunma ve hüküm üçlemesinin yani klasik yargılama faaliyetinin olmadığı bir süreçtir. Hızlı bir yargılama değil, hızlı bir hüküm kurulmasını amaçlamaktadır. SMU, kanunda katalog halinde sayılan bir kısım suçlarda, yapılan soruşturma sonrasında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği hallerde, uygulanmasına karar verilen bir usuldür. Amacı yargılama sürecinin kısaltılmasıdır.[5] Bu suretle yargının iş yükünün azaltılmasına çalışılmaktadır. Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmekte olan ceza yargılamasına ilişkin özel bir usuldür.[6]

2. Hukuki Niteliği

Mukayeseli hukukta SMU *"süjeler arasında anlaşma"* veya *"suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma"* isimleriyle düzenlenmiştir.[7] Ceza yargılaması çekişmeli olmasının yanı sıra birlikte yürütülen bir faaliyettir. Suçun işlendiği izlenimi veren halin öğrenilmesi ile ceza soruşturması başlamaktadır. İsnat olunan suçun işlendiği sabit olunca, mahkûmiyet kararı verilerek kovuşturma sona ermektedir. Hükümde birbirinden

---

A. Özge Atalay, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü Ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", C.2, 2020, GSÜHFD, ss. 653-732, s. 686

[3] Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.41

[4] Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 71

[5] Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1465

[6] Atalay, 2020, s. 657

[7] AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2021/16,
(https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210615.pdf., s.e.t. 31.03.2021).

farklı ve çelişkili düşünceler, tek bir düşünce kapsamında toplanmaktadır.[8] İddia ve savunma makamları hükme aktif katılmaktadır. Hüküm verilmesinde kolektif bir faaliyet yürütülmektedir. SMU genel ceza yargılaması dışındadır. Bu usulde çekişmeli yargının aksine delil ikamesi ve delilerin tartışılması yapılmamaktadır. Hükmün kolektif faaliyet sonucu kurulmasında SMU kendi içerisinde sakıncalar barındırmaktadır.

Ceza yargılamasının ve cezanın infazının en temel amacı, bozulan toplumsal düzenin düzeltilmesi, failin rehabilite edilerek toplumla yeniden bütünleştirilmesidir. Ceza yargılaması, düzenlenen usuller bakımından uzun ve yorucu bir süreçtir. Hukuk sitemlerinde bu sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik yeni usuller düzenlenmiştir. Bu sistemlerde bazen adil yargılanma ilkesinden uzaklaşılmakta ise de ceza yargılamasının temel ilke ve kuralların korunmasına yönelik çaba ayrıca gözlemlenmektedir. Modern ceza hukukunda, eylemin suç olmaktan çıkarılmasına dair yaklaşım daha belirgindir.[9] Bu yaklaşım temelde üç ayrı faaliyeti kapsayacak şekilde yapılmaktadır. Doktrinde suç olmaktan çıkarma üç başlık altında belirlenmektedir. Bunlar; *"suç olmaktan çıkarma"*, *"ceza durumundan çıkarma"* ve *"kovuşturmadan ayrılma"* olarak ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi (AYM)' nin, kanun maddesini anayasaya aykırı bulması ve iptal etmesi, *"suç olmaktan çıkarmaya"* örnek verilebilir.[10]

2004 yılında kabul edilen CMK ile yeni bir yargılama sistemi benimsenmiştir. Gelinen süreçte farklı gerekçelerle, sistem yapısından farklı yeni bir kısım düzenlemeler kabul edilmiştir.[11] İyi yürütülecek bir yargılama sade, hızlı ve adil olmalıdır. Hızlıca tamamlanmalıdır.[12] Yargılamada amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, gereksiz şekil şartlarından arınmalıdır. Sonuca en güvenilir yollardan ulaşılmalıdır.[13] Yargılamadaki zaman ve sorunların çözümüne dair atılan adımlarda, soruşturma ve kovuşturmanın iş yükünün azaltılmasına yönelik tedbirler öncelikle göze çarpmaktadır. Ülkemizde bu sürecin yansıması olarak, bazı ceza eylemlerinin "kabahat" adı altında ayrı bir kanunda düzenlenmesi, "hükmün açıklanmasının geri bırakılması", "kamu

---

8 Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 32

9 Dülger, 2019, s. 7

10 Soner Demirtaş, "Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi", C. 21, S. 2, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 491-515, s. 498

11 Batuhan A. Baytaz, "Seri Muhakeme Usulü", C. 8, S. 2, 2020, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 227-273, s. 232

12 Hakan Kaşka, "Olan Ve Olması Gereken Açısından Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme", C. 153, 2021, TBB Dergisi, ss. 107-167, s. 111

13 Tahir M. Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s. 14

davasının açılmasının ertelenmesi", "soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi", "uzlaştırma" ve "önödeme" görülebilir.

SMU'nun kanunlaşmasının en temel sebebi, yargının iş yükünü azaltabilmektir. Bu usulün ceza muhakemesi sistemindeki yeri, amaca uygunluk ve adil yargılanma ilkesine uygunluğuna dair tartışmalı konular bulunmaktadır.[14] Genel kabule göre SMU hızlandırılmış özel bir yargılama usulüdür. Ancak yargılama usulü kavramı tartışmalıdır. Seri muhakeme iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada, yarı oranında indirimi içeren yaptırım önerisini kabul eden şüpheli hakkında "talepname" düzenlenmektedir. İkinci aşamada, mahkeme değerlendirme yapmaktadır. AYM kararından önce mahkemenin yargılama yetkisi *"şüphelinin müdafisi huzurunda dinlemesi"* ve *"isnat olunan eylemin bu usul kapsamında bulunduğunun"* tespit edilmesinden ibaretti. AYM' nin iptal kararı ve yeni yasal düzenleme sonrasında mahkemenin değerlendirme yetkisi artmıştır.

Ceza yargılamasında *"derhal uygulama ilkesi"* hâkimdir. Maddi hukuk kuralından farklı olarak yürürlüğe giren hükmün, leh veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın, derhal uygulanması zorunludur. SMU, ceza muhakemesine ait bir kurum olduğundan, lehte veya aleyhte olduğuna bakılmaksızın, henüz kesinleşmemiş tüm dosyalar bakımından derhal uygulanmalıdır.[15] Bu genel ilkeye rağmen, öğretide kabul gören *"evrelerden dönülemezlik"* ilkesi ile uyumlu şekilde, 7188 sayılı Kanunun 31. maddesiyle CMK'ya eklenen geçici 5/d maddesine göre,*"01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda SMU uygulanmayacaktır."* Henüz Resmi Gazete'de yayımlanmamış olan Anayasa Mahkemesi'nin, 21.04.2022 gün ve 2020/87 esas sayılı kararı ile CMK'na 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinde yer alan *"...kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış..."* ibaresinin seri muhakeme usulü yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.[16] İptal kararının yürürlüğe girmesi sonrasında, kesinleşmemiş tüm dosyalar bakımından seri muhakeme usulü uygulanacaktır.

B. MUKAYESELİ HUKUKTA SERİ MUHAKEME USULÜ

Mukayeseli hukukta suçlara atfedilen önem derecesi, olayların karmaşıklığı, çözümlenmelerindeki hukuki ve olgusal sorunlar, bilirkişi ve tanık dinlenmesinin zorunluluğu gibi hususlar dikkate alınmakla,

---

[14] Uğur Ersoy, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", C. 28, S. 2, 2020. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 857-885, s. 857

[15] Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 46; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 83

[16] AYM, E. 2020/87, T. 21.04.2022

farklı yargılama usullerine başvurulmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' ne (AİHM) göre, farklı yargılama usullerine başvuru *"kabul edilebilir"* niteliktedir.

SMU, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde vücut bulan *"ceza pazarlığı"* sisteminden doğmuştur. Kara Avrupası hukuk sistemini kabul edenler tarafından da benimsenmiştir. "Savunma pazarlığı" diye adlandırılan usul, Fransa ve İtalya gibi birçok ülkede uygulanmaktadır. Almanya, Belçika, Hollanda ve dünyanın her yerinde, yargılama dışı anlaşmaya dayanan resmi olmayan versiyonları gözlemlenmiştir.[17] Kaynak kanun olan Alman Ceza Yargılaması Kanunu' nda 2009 yılından beri yer almaktadır. Ancak, CMK'da düzenlenmiş olan SMU bu iki düzenlemeden farklılık arz etmektedir.[18] SMU, Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde Fransa, İtalya, Almanya, İspanya, Polonya gibi ülkelerde uygulanmaktadır.[19] Kıta Avrupası hukuk sitemlerinde uygulama *"hızlandırılmış muhakeme usulleri"* kapsamında ele alınmaktadır. Bu usul, kararın icra edilmesini kolaylaştırmaktadır. Savcının daha önemli davalara yoğunlaşmasına izin vermektedir. Bu sebeple etkili bir ceza muhakemesi aracıdır. Kurumun başarısı, tarafların bu usule teşvik edilmesine bağlıdır. Savcının ve müdafiinin bu yola teşviki, savunma pazarlığının başarılı veya başarısız olmasını doğrudan belirleyebilmektedir.[20]

Alman ceza yargılamasında, kanuni düzenleme bulunmasa da uygulamada mahkeme, savcılık ve şüpheli, delillerin tartışılması ve kurulacak hükümde ceza miktarı hususunda, duruşma haricinde anlaşma yolu bulunmaktaydı. Duruşma dışı bu uygulamanın belirmesinin temelindeki sebep, yargının artan iş yüküydü. Bu uygulama sonrasında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu' nda 2009 yılında *"mahkeme ve mahkeme süjeleri arasında anlaşma"* madde başlığı altında düzenleme yapılmıştır.[21] Yasal düzenlemenin amacı, uygulamadaki anlaşmaların, yargılama sürecine hâkim olan ilkelere göre düzenlenmesidir.[22] Kanunun 257/c maddesine göre, sanığın suçunu ikrar

---

17 Nuno Garoupa/H. Frank Stephen, "Whyplea-bargainingfailstoachieveresults in somanycriminaljusticesystems", A newframeworkforassessment., C. 15, S. 3, 2008, Maastricht Journal of EuropeanandComparativeLaw, ss. 323-358.

(https://journals.sagepub.com/toc/maaa/15/3, s. 323., s.e.t. 02.04.2021).

18 Baytaz, 2020, s. 227

19 Hakan Kızılarslan, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Muhakeme Usulleri", C. 14, S. 183-184, 2019, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, ss. 1885-1960, s. 1897

20 Garoupa/Stephen, 2008, s. 323

21 M. Emre Tulay, "Seri Muhakeme Usulü", C. 85, S. 2, 2020, İzmir Barosu Dergisi, ss. 117-157, s.144; A. Gülsün Aygörmez/Mehmet Korkmaz, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 53

22 Batyaz, 2020, s. 235; Kızılarslan, 2019, s. 1904

etmesi halinde, mahkeme belli bir oranda (makul) ceza indirimi yapabilir. İkrar delili sebebiyle kurum, CMK'daki düzenlemeden ayrılmaktadır. Almanya' da, taraflar arasında anlaşmanın sağlanması bakımından, şüphelinin suçu işlediğine dair ikrarı bulunmalıdır. Yapılacak bu ikrar, sıradan bir ikrar olmamalıdır. İkrar, dosya kapsamı ile uyumlu ve inandırıcı olmalıdır.[23] Yargılama sürecinin şüpheli ikrarı ile sonlandırılması sebebiyle Alman Anayasası' na aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi, *"hukukun üstünlüğü"*, *"adil yargılanma"*, *"mahkemelerin tarafsızlığı"*, *"masumiyet karinesi"*, *"maddi gerçeğin ortaya çıkarılması"* ilkeleri bakımından denetlemiştir. Mahkeme, bu düzenlemenin*"soruşturmanın kamusallığı"* ve *"maddi gerçeğin araştırılması"* ilkeleriyle uyumlu olduğu sonucuna varmıştır.[24] Mahkeme ile sanık arasında, cezanın belirlenmesi için yapılan pazarlığın, mahkemece verilen kararın temelini oluşturmadığını belirtmiştir. Hukuki nitelendirmenin hâkim tarafından yapıldığını, cezanın orantısal ve makul şekilde belirlenmesinin ve mahkeme ile sanığın cezada uzlaşmasının aleni kurallara bağlı olduğunu belirterek iptal talebin reddetmiştir.[25]

"Dava pazarlığı" olarak adlandırılan bu usul, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 444. maddesinde düzenlenmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi, hâkimin *"maddi gerçeği araştırma"* ve *"vicdani kanaat"* sonucu mahkûmiyete veya beraate karar verebileceğini belirtmiştir. Bu usul sanığın suçluluğunu ispatlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. *"Ölçülülük ilkesi"* yönünden değerlendirildiğinde, usulün uygulanması sırasında hâkimin talep edilen cezayı orantısız bulması halinde uygulanmasını ret edebileceğini belirtmiştir.[26]

2004 değişikliği ile Fransa' da *"pazarlık usulü"* kabul edilmiştir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 495. maddesine göre, savcı ve sanık avukatı arasında yürütülen *"itiraf anlaşması"* sanık tarafından kabul edildiğinde, sanık mahkemeye çıkmaktadır. Failin kusurlu olduğunu kabul etmesi suretiyle hızlandırılmış yargılama faaliyeti başlamaktadır.[27] Mahkeme, sanık ve müştekiyi avukatları huzurunda dinlemektedir. Süreç sonrasında maddi gerçeği ve delilleri incelemektedir. Anlaşmayı

---

[23] E. Meral Şahin, "Yargılamayı Hızlandıran Bir Model Olarak Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Hüküm Anlaşması", C. 11, S. 1, 2020, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 303-320, s. 304; Batyaz, 2020, s. 244; Atalay, 2020, s. 703

[24] Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", C. 19, S. 2, 2013, , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 453-470, s. 465; Baytaz, 2020, s. 237

[25] AYM, 31.03.2021

[26] Kızılarslan, 2019, s. 1905

[27] Jean Pradel, "Amerikan, İtalyan ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak Kusurun Kabulü", Çev. T. Zeynep Kangal, C. 73, 2007, TBB Dergisi, ss. 217-237, s. 226; Atalay, 2020, s. 715

uygun bulduğunda savcı ceza teklifini onaylamaktadır. Uygun bulmazsa kovuşturma genel hükümlere göre sonuçlandırılmaktadır. Mahkeme, savcının hukuki nitelendirmesiyle bağlı değildir. Suç vasfını belirleme, suçun sübutu, hukuksal neticeleri, teklifin sanığın özgür iradesiyle kabulü hususlarını incelemektedir.[28]

C. CEZA MUHAKEMESİNİN TEMEL İLKELERİ KAPSAMINDA SERİ MUHAKEME USULÜ

Ceza muhakemesinin temel ilkeleri, kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır. Bu ilkelerin kaynağı sadece Anayasa değil uluslararası sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)' dir. Yüzlerce yıllık bir birikim sonucu oluşmuşlardır.[29]

1. SMU'da Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk, insanın var oluşuna bağlı bütün temel hak ve özgürlüklerin teminatıdır.[30] Hukuk devleti, adaleti gerçekleştiren, hukuki güvenliği sağlayan, insan haklarını koruma altına alan devlettir. Anayasa' nın ve kanunların üstünde, kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğunun bilincinde olan devlettir.[31] Hukuk devletinde, devletin asıl amacı hukukun üstünlüğünü sağlamaktır. Devlet, bu amaç doğrultusunda tüm faaliyetlerini hukuk kurallarına bağlı olarak yürütmektedir.[32] Hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma, silahların eşitliği, bağımsızlık ve tarafsızlık, kanunla kurulmuş mahkeme, makul sürede yargılanma hakkı, denetim ve aleniyet şeklinde alt unsuları içermektedir.[33] Hukuk devleti ilkesi ile insan hakları kuramları, mutlak egemenlik yani sınırlanamayan egemenlik anlayışını ortadan kaldırmıştır. Mutlak egemenlik, mutlak ve sınırsız iktidar gücünü ifade etmektedir. Bu durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devleti ilkesi, hukuka bağlı ve sınırlandırılmış devlet anlayışına dayanmaktadır.

---

[28] E. Melike Yetimoğlu, "Türk Ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuklarında Seri Muhakeme Usulüne Karşılaştırmalı Bakış", C. 1, 2019, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 59-96, s. 29; Kızılarslan, 2019, s. 1900

[29] Veli Ö. Özbek/N. Mehmet Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 50

[30] Özen, 2018, s. 113

[31] Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2019, s. 7

[32] Özbek vd., 2012, s. 5.

[33] Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 115

Hukuk devletinde hukukun üstünlüğü geçerlidir.[34] Tüm hukuk disiplinlerinde "hukuk devleti ilkesi" temel ilkedir.

Ceza yargılamasında iddia, savunma ve yargılama makamları sürece aktif katılmalıdır. Bu katılım aynı zamanda adil yargılanma ilkesinin sonucudur. SMU'da, muhakeme unsurlarının yargılamaya aktif katılımındaki denge, iddia makamı lehinde bozulmuştur. Bu tespit hukuk devleti ilkesini ihlal etmek suretiyle, SMU'ya yönelik eleştirilere sebebiyet vermektedir. Şüphelinin SMU uygulanmasını istememe ve genel hükümler uyarınca yargılanma talebi, SMU ile hukuk devleti ilkesinin uyumuna delalet etmektedir. Yine, şüphelinin kabulü üzerine belirlenen ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkemece karar verilmesi bu ilkeye uygun bir yaklaşımdır. 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası mahkemenin talepnamedeki cezayı değiştirebilme yetkisi, bu ilke ve kurumun uyumunu güçlendirmiştir.[35]

2. SMU'da Âdil Yargılanma İlkesi

Ceza yargılamasının temel amacı, devletin asli görevi ve varlık sebebi adil yargılanma hakkını temin etmektir. Adil yargılanma ilkesinin esas unsuru, yargılamanın uyuşmazlık öncesinde kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkemede makul sürede, hakkaniyete uygun ve aleni şekilde yapılmasıdır.[36] Adil yargılanma ilkesinin temelini *"silahların eşitliği"*, *"dürüst işlem ilkeleri"* ve *"hukuki dinlenilme hakkı"* oluşturmaktadır.[37] Kanun bu amaç ve ilkeler çerçevesinde yazılmıştır.[38] Ceza yargılama sistemimize göre, kamu davası tüm delillerin eksiksiz toplanması sonrasında açılmalıdır. Duruşmada, iddia ve savunma makamları dinlenmelidir. Toplanan deliller aleni duruşmada tartışılmalıdır. Ara vermeksizin duruşma yapılmalıdır. Davanın makul sürede bitirilebilmesi için duruşmaya ancak zorunlu hallerde ara verilmelidir. Adil yargılama ilkesi, kovuşturma aşaması ile sınırlandırılamaz. Bu ilke, soruşturma ve kovuşturma aşamalarının her ikisinde de geçerlidir. SMU'nun kanunlaşmasının en temel sebebi, yargının iş yükünü azaltılmasıdır. Bu usulün ceza muhakemesi

---

[34] Cengiz Arıkan, "Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi" yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Anayasa) Anabilim Dalı, Ankara, 2011, s. 109

[35] Ercan Yaşar, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", S.65, 2020/2, Adalet Dergisi, ss. 255-299, s. 284

[36] Hüseyin Turan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' ndeki Yeri ve Önemi", C. 84, 2009, TBB Dergisi ss. 213-230, s. 216; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi (Adil Yargılanma Hakkı), Ankara, 2014, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı Yayını, s.18.

[37] Özbek, vd.,2012, s. 56

[38] Bahri Öztürk, "Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü", C.15, S.1-2, 2016, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi, ss. 413-428, s. 413

sistemindeki yeri, amaca uygunluk ve adil yargılanma ilkesine uygunluğuna dair tartışmalı konular bulunmaktadır.[39]

3. SMU'da Tabii Hâkim İlkesi

Tabii hâkim ilkesi, mahkemelerin kurulması, görevlerinin belirlenmesi bakımından en önemli ilkedir. Taraflar arasında uyuşmazlık oluşmadan önce mevcut kanunlar kapsamında görev, yetki ve yargılama usulü belirlenmiş olan mahkemenin hâkimine *"tabii hâkim"* ve bu ilkeye *"tabii hâkim ilkesi"* denilmektedir.[40] Tabii hâkim, yargılamaya konu uyuşmazlık öncesinde kanunla kurulmuş, kuruluş bakımından yargılamaya konu uyuşmazlık ile ilgisi bulunmayan, herkes bakımından geçerli görev ve yetkileri belirlenmiş mahkeme ve bu mahkemenin hâkimidir.[41] SMU'nun uygulanması tabii hâkim ilkesi ile uyumludur.

4. SMU'da Kusur İlkesi

Kusursuz ceza olmaz ilkesi ceza hukukunun ana prensibidir. Kişinin kusuru yoksa cezalandırılması da mümkün değildir. Kusur ilkesi, failin işlediği suç sebebiyle şahsen kınanabildiği hallerde cezalandırılmasıdır.[42] SMU'da üzerine atılı suç sübut bulan, kusurlu fail hakkında talepname düzenlenmektedir.

5. SMU'da Masumiyet Karinesi ve Etkin Soruşturma Yapılması

AİHS'nin 6/2. maddesine göre, *"Bir suç ile itham edilen herkes suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacaktır."* Hukuk sistemimizde bu varsayıma, "*suçsuzluk karinesi"*, *"masumluk karinesi"* yada *"masumiyet karinesi"* denilmektedir.[43] Bu karine Anayasamızın 15/2 son ve 38/4. fıkrasında düzenlenmiştir. Çağdaş hukuk sistemlerinde, insan onurunun korunması bakımından lekelenmeme hakkı önemlidir. Bu hak, korunması gereken temel haklardandır. Şüpheli veya sanığa karşı kamuoyunun bakışını, önyargısını önleyici etkiye sahiptir. Suç işlendiğine dair yeterli şüphe sebeplerinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açacaktır. Suçsuzluk karinesi veya masumiyet ilkesi, kamu

---

39 Ersoy, 2020: s. 857

40 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 133

41 Süha Tanrıver, "Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı", C. 104, 2013, TBB Dergisi, ss. 11-35; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 551

42 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 40

43 Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", C. 48, S. 1-4, 1999, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 135-163, s. 136

davası açılmasından sonraki evreye yani kovuşturma evresinde geçerlidir.[44] AYM'nin iptal kararı öncesinde, mahkemenin talepnameyi değerlendirme, suçun işlenmediği veya suç oluşmadığı kanaatiyle talepnamenin reddi yetkisi bulunmaktaydı. Mahkeme, talepnamedeki yaptırımın orantılılığı konusunda yetkisizdi. Yönetmelikte mahkemeye, talepnamenin zorunlu unsurları ile yaptırımdaki maddi hatayı kontrol etme, hükmün açıklamasının geri bırakılması ve erteleme hükümlerinin yanlış değerlendirilmesi ve güvenlik tedbirlerinin belirtilmemesi hususları ile sınırlı bir inceleme ve Cumhuriyet başsavcığına "geri gönderme" yetkisi tanınmıştı (Yönetmelik m. 13). Talepnamenin ret yetkisinin tanımlanmamış olması, talepnamenin onaylanması ile hükümlülüğün infaz kabiliyetine kavuşması masumiyet karinesinde de aykırılık oluşturmaydı.

6. SMU'da Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

"Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin temeli, suçsuzluk karinesidir."[45] Bu ilkenin iki yönü bulunmaktadır. Sadece kusur izafe edilen sanık cezalandırılabilecektir. Sanığa kusur izafesi, usulüne uygun yapılan bir yargılamada olmalıdır.[46] Bu ilke *"masumiyet karinesi"* olarak da tanımlanmaktadır. Sanığın suçu işlediğine dair kesin sübut olmadıkça mahkûmiyete dair kurulacak her hüküm *"adil yargılanma hakkını"*, *"şüpheden sanık yararlanır ilkesini"* ve *"adil yargılanma hakkını"* ihlal edebilecektir.[47] Suç isnadı ve ceza tehdidi altında bulunan failin mahkûmiyeti için, hakkındaki her türlü şüphe ortadan kaldırılmalıdır. Şüphe ortadan kaldırılamamışsa bu şüphe sebebinden yararlanmalıdır.[48] Kunter ve Yenisey' e göre, suçun sübutuna dair kesin bir sonuca varılamaması halinde yani ortada bir şüphe sebebi bulunması durumunda, bu şüpheden sanık yararlanacaktır.[49] Sanık maddi olaya dair yapılan yorumlamadaki şüpheden değil, olaya uygulanacak hukuk normunun yorumundaki şüpheden de yararlanacaktır.[50] Sanık lehine bu uygulama sadece asıl norm bakımından değil, normun ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerinin bulunduğu durumlarda da sanık lehine uygulamayı gerektirmektedir.

---

44 Özbek vd., 2012, s. 63

45 Ali Parlar/G. Erol Yüksel/Muzaffer Hatipoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008, s. 6; Hüseyin Şık, "Suçsuzluk Karinesi", S. 1, 2012, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 103-145, s. 120

46 Özbek vd., 2012, s. 85

47 Yaşar, 2020, s. 280

48 Feyzioğlu, 1999, s. 139

49 Kunter/Yenisey, 2000, s. 543

50 Bahri Öztürk/R. Mustafa Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 172

SMU'da talepname ve eki dosyayı inceledikten sonra, şüphelinin suçunun sabit olduğuna dair tam bir kanaate ulaşamamışsa talepname iade edilmelidir. İade etme sebebi yeniden etkin bir soruşturmanın yapılmasıdır. SMU'da, şüphenin giderilmesi amacıyla mahkemenin delil toplanması talebi bu usulün ruhu ile bağdaşmamaktadır. Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği' nin 13/3. maddesine göre *"Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlandıktan ve hatalı noktalar düzeltildikten sonra talepname yeniden düzenlenerek mahkemeye gönderilir."* Bu hüküm, geri göndermenin yasal dayanağını oluşturmaktadır.[51] Öğretide, talepnamenin bu gerekçe ile iade edilememesi halinde, mahkemenin karar vermemesi, talepnameyi geri göndererek genel hükümlere göre yargılama yolunu açması gerektiği belirtilmektedir.[52] SMU'da, Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği tüm şüphe sebeplerinden arınmış halde araştırarak, suçun sabit olacağına dair tam bir kanaat oluşması gerektiğine dair zorlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, suçun sübutuna dair şüphe sebeplerinin varlığı halinde bile mahkemece hüküm kurulabilmesini olanaklı kılmaktadır. Bu gerçeklik, genel muhakemedeki kadar sanığa güvence sağlamamaktadır. *"Şüpheden sanık yararlanır"* ilkesini ihlal edici mahiyet taşımaktadır.[53]

7. SMU'da Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza yargılaması sisteminin temel ilkelerinden birisi *"maddi gerçeğin araştırılmasıdır."* Bu ilke, gerçeğe maddi delillerle ulaşmayı amaçlar.[54] Medeni muhakemeden farklı olarak ceza muhakemesi hukukunda, şekli gerçeklik değil maddi gerçeklik araştırılmaktadır. Ceza yargılamasında, maddi gerçeğin araştırılmasının sınırı delil yasaklarıdır.[55] Bu ilke re'sen delil araştırma ilkesiyle de bağlantılıdır.[56] Soruşturma ve kovuşturma makamları maddi gerçeği re'sen araştırmalıdır.[57] Hukuka uygun şekilde, şüpheli haklarına uyularak toplanan delillerle, yargılama süreci sonrasında suçun sübutuna ulaşılmak istenmektedir.[58] Olay sübut bulmuşsa, bir sonraki aşamada

---

51 Şık, 2012, s. 120

52 Yaşar, 2020, s. 280

53 Uğurlubay Aygörmez/A. Gülsün/Nuran Haydar/Mehmet Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", C. 1, S. 2, 2019, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 255-306, s. 298

54 Şahin, 2018, s. 27

55 Mehmet Gödekli, "Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1815-1924, s. 1825

56 Özen, 2018, s. 122

57 Özbek vd., 2012, s. 73

58 Elif Er, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", C. 3, S. 1, 2021, Yaşar Hukuk Dergisi, ss.55-111, s. 83

olayın failinin tespitine çalışılmaktadır. Yaşanan yani gerçek neyse onun belirlenmesi amaçlanmaktadır.[59] SMU'dan amaçlanan maddi gerçeğe ulaşılması değildir. Şüpheli bakımından ceza hükmü kurulması, şüphelinin suçu işlediğinin ispat edildiği gerçeğine dayanmaz. Ceza hükmü, şüphelinin suçunu kabul etmesinden kaynaklanır. Hakkında, henüz *"kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil"* elde edilmemiştir. Bu aşamada *"suçun ispatı"* ve *"maddi gerçeğe ulaşılmasından"* bahsedilemez.

D. SERİ MUHAKEME USULÜNDE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

Ceza uyuşmazlıklarında her eylem ayrı bir suç oluşturup ayrı bir yaptırımı bulunmaktadır. Birden çok suçun işlenmesi durumunda, her bir suç için ayrı cezai yaptırım uygulanacaktır. Ancak kanunda sayılan bazı hallerde, birden fazla suçun işlenmesine rağmen faile tek ceza verilmektedir. Verilen ceza artırılmaktadır. Bu haller suçların özel görünüş şekilleri bana başlığı altında incelenmekte olup, bunlar; *"iştirak"*, *"içtima"* ve *"teşebbüstür."*[60]

1. İştirak Durumunda İşlenen Suçlarda SMU

İştirak tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, bir suç işleme kararından hareketle, aralarından işbirliği yapmak suretiyle birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesidir.[61] Fiil üzerindeki hâkimiyet esas alınmak üzere, TCK'da iştirak şekilleri belirlenmiştir. Bunlar *"faillik"*, *"azmettiren"* ve *"yardım edendir."*[62] İştirak hükümleri ancak kasten işlenebilen suçlarda uygulanabilir. Taksirli suçlara iştirak olmaz. Suça iştirak eden failler, diğerlerinin şahsi cezasızlık nedenleri göz önüne alınmaksızın kendi kusurlarına göre cezalandırılacaktır. Bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddenin gerekçesine bakıldığından, bu kuralın, suçun işlenişine müşterek fail olanların dışında katkı sağlayan kişilerin cezalandırılmasının hukuki temelini oluşturduğu belirtilmiştir.[63] Müşterek failler dışında iştirak edenler bakımından "bağlılık kuralı" işlev göstermektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda SMU, şeriklerden her biri bakımından uygulanabilir olmalıdır. Her şerik bu usulün uygulanmasını onaylamalıdır.[64]

---

59 Ünver/Hakeri, 2018, s. 8

60 Adem Sözüer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 102

61 Koca/Üzülmez, 2010, s. 410; Dönmezer/Erman, 1986, s. 481.

62 Ali Parlar, Açıklamalı Atıflı ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 153

63 Mustafa Özen, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", C. 20, S. 71, 2007, TBB Dergisi, ss. 239-253, s. 241; Koca/Üzülmez, 2010, s. 416

64 Yaşar, 2020, s. 261

Seri muhakeme kapsamındaki bir eylemin iştirak halinde işlenmesi durumunda, sanıklardan birisinin SMU uygulanmasını kabul etmemesi halinde bu usul uygulanamayacaktır. Vazgeçme, yargılama süresinin her aşamasında olabilir. Yargılama genel yargılama kurallarına göre yürütülüp tamamlanacaktır.[65]

SMU, usul ekonomisi bakımından faydalı bir kurumdur. Oysa iştirak halinde işlenen suçlarda, ortaklardan birisinin bu usulün uygulanmasını istememesi halinde bu usul uygulanamayacaktır. Soruşturma ve kovuşturma genel hükümler kapsamında tamamlanacağı için usul ekonomisi gerçekleşmeyecektir. Başka bir görüşe göre, SMU'nun uygulanması bir tür *"itiraf"* niteliğindedir. İştirak halindeki suçlarda bu usulün uygulanması halinde, diğer ortakların da itirafa zorlanması söz konusu olabilecektir. Bu usulün uygulanması, suçunu itiraf etmeyen şüpheliler aleyhinde de sonuç doğurabilecektir.[66]

2. Suçların İçtimai Halinde SMU'nun Uygulanması

Ceza hukukumuzun temel ilkelerinden bir tanesi, fiil sayısınca suçun varlığıdır. Ceza hukukunda "gerçek içtima" kuraldır. İşlenen her bir suç sebebiyle, fail hakkında ayrı bir cezaya hükmedilecektir. Her bir suç bağımsızlığını korumaktadır.[67] Genel kabul fiil ve hareketin, suç ve norm ihlalini sonuçladığıdır. Bu gerçeklik, içtima konusunun kanunda özel bir şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.[68] Eylemin tekliğinden anlaşılması gereken dış dünyada meydana gelen neticedir. Meydana gelen netice, fiil sayısını belirlemektedir. Ne kadar çok netice varsa o kadar fazla fiilden söz edilmelidir. Birden fazla suçta, eylemler arasında fikir birliği bulunmamaktaysa, fail her bir suçtan (neticeden) sorumlu tutulacaktır. Netice sayısı kadar suçun varlığı kabul edilerek, fail hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.[69] Bu halde, suçlardan birisinin seri muhakeme kapsamında, diğerinin kapsam dışında (katalog dışı) bulunması halinde, SMU hükümleri uygulanamayacaktır. 7331 sayılı Kanunun 22. maddesiyle eklenen hükme göre *"SMU, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmayacaktır*." Yargıtay birlikte işlenen suçlarda, aynı sanık

---

65 Hüsnü Aldemir, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 57

66 Kızılarslan, 2019, s. 1924; Atalay, 2020, s. 684

67 Mahmut Koca, "Fikri İçtima", C. 2, S. 4, 2007, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 197-221, s. 197; Neslihan Göktürk, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı", C. 2, S. 1-2, 2014, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 31-59, s. 31; Y. Türkan Sancar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", C. 20, S. 70, 2007, TBB Dergisi, ss. 244-259, s. 245; Özgenç, 2007, s. 493

68 Göktürk, 2014, s. 32

69 Özen, 2007, s. 134

tarafından "zaman ve mekan birliği" içerisinde birden fazla suçun işlenmesini aramaktadır.[70]

Failin bir eylemi ile kanunun birden fazla ve farklı kurallarını ihlal etmesi durumunda, faile ağır olan ceza verilecektir.[71] Fikri içtima halinde, cezalandırmaya esas olan ağır suç SMU kapsamında olan katalog suçlardan ise SMU uygulanacaktır. Zincirleme suç, genel olarak *"müteselsil suç"* olarak adlandırılmaktaydı. TCK hazırlanırken terim Türkçeleştirilerek *"zincirleme suç"* terimi tercih edilmiştir.[72] Aynı şekilde öğreti ve uygulamada *"müteselsil suç"* terimi yerine *"zincirleme suç"* terimi tercih edilmiştir.[73] Zincirleme suç halinde bir suç işleme kararı bulunmaktadır. Bu kapsamda birden fazla suç oluşmaktadır. Suçlar varlığını korumaktadır. Suçlar arasında "farazi" bir birliktelik bulunmaktadır.[74] Tek bir suçun bulunması halinde, zincirleme suça dair hükümler uygulanmayacaktır. Zincirleme suçun kabul edildiği durumda, işlenen suç seri muhakeme kapsamında ise SMU uygulanabilecektir. Kanun'un ilk halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı. 7331 sayılı Kanunla, CMK'nın 250/4. madde ve fıkrasına eklenen düzenlemeden sonra, koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suç uygulamasının önü açılmıştır.

3. Suça Teşebbüs Halinde SMU'nun Uygulanması

Teşebbüs suçun icrasına başlanmasıyla tamamlanması arasında kalan hukuki durumdur.[75] Suçun işlenmesine başlandığı halde elde olmayan sebeplerden dolayı suç tamamlanamamışsa suça teşebbüs hali vardır. Tam ve eksik teşebbüs ayırımı ceza kanunumuzda düzenlenmemiştir. Gönüllü vazgeçme suça teşebbüs aşamasında ele alınmaktadır. Gönüllü vazgeçme durumunda fail suça ilişkin icra eylemlerinden gönüllü vazgeçmektedir. Kendi çabasıyla sonucun oluşmasını önlemektedir. Bu halde fail suça teşebbüs eyleminden dolayı cezalandırılmayacaktır. Failin eylemi kapsamında tamamlanan kısım suç oluşturduğu takdirde fail sadece o suçtan dolayı cezalandırılacaktır.[76] Teşebbüs halinde kalan bir eylemde, şüpheliye tamamlanmış suçta

---

70 Yargıtay CGK, 2018/3-112 Esas, 2018/635, K.T. 13.12.2018, UYAP; Yargıtay 8. CD, K. 2019/6532, K.T 08.05.2019, UYAP; Yargıtay 8. CD, K. 2021/16554, K.T 23.06.2021, UYAP; Yargıtay 8. CD, K. 2021/15483, K.T. 07.06.2021, UYAP

71 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 601; Özen, 2007, s. 135; Sözüer, 2020, s. 16

72 Sancar, 2007, s. 245

73 Özen, 2007, s. 133

74 Sancar, 2007, s. 248

75 Koca/Üzülmez, 2010, s. 384

76 Zahit Yılmaz/Özge Apiş, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", C. 26, S. 1, 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 62-106, s. 72

olduğu gibi ceza verilmesi bir haksızlıktır.[77] Teşebbüs halinde kalan eylem suç oluşturmakta ve katoloğ suçlardan ise SMU uygulanabilecektir.

E-ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI, ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL HÜKMÜ VE YAPILAN DÜZENLEME

Anayasa Mahkemesi' nin kısmi iptal kararı öncesinde, SMU'ya yönelik en önemli eleştiri Anayasa' ya aykırılık iddiası olmuştur. Ceza verme yetkisi, yargılama yetkisi dâhilindedir. *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacaktır."* Mahkûmiyet hükmüne esas olan yaptırımın belirlenmesi bu yetkinin kullanılmasının bir görünüşüdür. SMU'da yaptırım Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmektedir. Öğretide, şüpheli hakkındaki cezanın Cumhuriyet savcısınca belirlenmesinin Anayasa hükmüne aykırı olduğu belirtilmiştir.[78] CMK'nın 250. madde kapsamındaki düzenleme ile mahkemelere ait olan yargısal yetkinin Cumhuriyet savcılarına devredildiği iddia edilmiştir. Mahkemenin talepname ile bağlı olması, belirlenen yaptırım kapsamında hüküm kurmaya zorunlu bırakılması, mahkemelerin *"bağımsız ve tarafsızlığı"* ve Anayasa' nın 9, 138 ve 140. maddelerine aykırı olduğu somut norm denetimi yolu ile ileri sürülmüştür. Maddenin iptalden önceki halinde, mahkemelerin suçun sübutunu takdir etme, suçun kanuni unsurlarını belirleme, cezanın bireyselleştirilmesi, talepnamedeki yaptırımın değiştirilmesi gibi yetkileri bulunmamaktaydı. Anayasa Mahkemesi, CMK'nın 250. maddenin 9/1. fıkrasında yer alan *"...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda"* ibaresinin Anayasa' ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.[79] İptal kararından sonra artık mahkemeler, Cumhuriyet savcısının belirlediği yaptırım dışında farklı nitelikte hüküm kurabilecektir. Mahkeme, müdafisi huzurunda şüphelinin savunmasını alacaktır. Seri muhakeme şartlarının varlığını tespit edip, suçun bu usul kapsamında bulunduğunu ve var olan deliller kapsamında mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine ulaşınca hüküm kuracaktır. Düzenleme öncesinde iptale rağmen, mahkemenin *"SMU uygulanmasının şüpheliye teklif edilmesi"* ve *"şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi"* şartlarının varlığı ile *"eylemin SMU kapsamında olması"* ve *"mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi"* konularını denetleme dışında, ilave bir yetkisi bulunmamaydı. Anayasa Mahkemesi' nin iptal kararı vermesi sonrasında, 08.07.2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunla madde metninde bazı değişiklikler yapılmıştır. CMK'nın 250/4, 250/8 (h), 250/9, 250/14. fıkrası değiştirilmiştir. Değişiklikler ile kurum, ceza muhakemesinin genel ilkeleri ile uyumlu hale getirilmiştir.

---

77 Batyaz, 2020, s. 256

78 Baytaz, 2020, s. 234

79 AYM, 31 Mart 2021

II. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN KAPSAMI, ŞARTLARI

A. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN MADDİ ŞARTLARI

SMU'nun uygulanabilmesi için soruşturma evresi bitmelidir. Madde metninde sınırlı sayıda sayılan katalog suçlardan birisi bulunmalıdır. Kamu davasının açılmasına yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmelidir. Soruşturma evresi bitiminde kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemelidir. Atılı suç, önödeme ve uzlaşma kapsamında olmamalıdır. Yargılama engeli bulunmamalıdır. Yönetmeliğin 5/10. maddesine göre "*SMU'ya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan suçlarda, bu usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianame Cumhuriyet başsavcılığına iade edilecektir.*" Bu husus CMK'nın 174/1 (c) maddesinde, 7188 sayılı Kanunun 20. maddesi ile yapılan değişiklikle yer almıştır.

1. Suçun İşlendiğine İlişkin Yeterli Şüphenin Bulunması

SMU'ya tabi olan bir suçun işlendiği izlenimini veren bir durumun öğrenilmesi üzerine, Cumhuriyet savcısı hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır. Bu usulün uygulanması Cumhuriyet savcısının olayda maddi gerçeği araştırma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. *"Kamu davası açılmasına yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi"* sonrasında bu usul uygulanacaktır. Soruşturma bitiminde *"kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi"* veya *"kovuşturma imkânının bulunmaması"* hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir.

2. Seri Muhakeme Kapsamında Bulunan Bir Suçun İşlenmesi

SMU, TCK ile diğer özel kanunlarda yer alan bazı suç tipleri için kabul edilmiştir. Kanunda sınırlı sayıda sayılan suçlardan birisinin işlenmesi halinde, Cumhuriyet savcısının takdir hakkı bulunmamaktadır. SMU'nun uygulanması zorunludur.[80] Kanun koyucu SMU kapsamındaki suçlarda ceza sınırını belirlememiştir. Sayılan suçlar dışında ceza olarak daha hafif miktarda olsa veya katalog suçlarla birlikte işlense dahi SMU uygulanamayacaktır.[81]

Suç tipleri incelendiğinde bu suçların *"doğrudan bir kişinin mağdur olmadığı, başka bir ifadeyle herkesin mağdur bulunduğu suçlar olduğu"* anlaşılmaktadır.[82] Bu suç tiplerinde mağdur, belirli bir kişi değil kamudur. Bunlar şikâyete bağlı olmayan suçlardır. Bu suç tipleri, cezaların artırılmasına yönelik nitelik içermezler. Temel ceza miktarı

[80] Atalay, 2020, s. 664

[81] Tulay, 2020, s. 123

[82] Ersoy, 2020, s. 861

nispeten daha az ve Asliye ceza mahkemelerinin görev alanında bulunan suçlardır.[83] Mağduru kamu olan bu suçların, SMU kapsamına alınması ile mağdurun ikinci plana atılmasının önüne geçilmiştir.[84] Bu suçlara ilişkin soruşturmalarda delillerin toplanması ve koruma tedbirlerine başvurma olağan soruşturma yöntemleriyle aynıdır. CMK'nın 250. maddesinde göre bu suçlar sayılmıştır.

a. Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Etmek (TCK m. 154/2, 3)

b. Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması (TCK m. 170)

c. Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma (TCK m. 179/2, 3)

TCK'nın 179/3. maddesinde*"alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edememe"* suçu düzenlenmiştir. Şüphelinin yakalanma anındaki teknik cihazlarla yapılan alkol ölçümü sonrasında, itiraz üzerine hastaneye sevk edilmesi ve yeniden yapılan ölçüm veya kan testleri sonunda alkol oranında farklar oluşabilmektedir. Bu durum, Cumhuriyet savcısının SMU'yu uygulaması ve suçun sübutu hususunda sorunlara yol açmaktadır.

Bu suç, bağlı hareketli soyut tehlike suçudur. Suçun oluşumu bakımından başkalarının sağlık, hayat veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikenin oluşması aranmaz.[85] Eylem sonucunda ölüm / yaralanma meydana gelmişse öğretideki baskın görüş ve Yargıtay'a göre *"fikri içtima"* kuralları uygulanmalıdır.[86] Ancak bilinçli taksir hariç taksirle yaralama suçu şikâyete bağlıdır. Mağdurun şikâyetçi olmaması halinde şüpheli sadece TCK'nın 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılabilecektir.[87] Mağdurun şikâyetçi olması halinde *"taksirle yaralama"* eylemi uzlaştırmaya (CMK m. 253/1 b2), *"trafik güvenliğini tehlikeye sokmak"* suçu SMU (CMK m. 250/1a 3) ve idari yaptırıma (2918 sayılı KTK m. 48/5) konu olmaktadır. Bu üç farklı uygulama, alternatif çözüm yollarından beklenen amaçla bağdaşmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre de bu halde öncelikle zarar suçu olan taksirle yaralama eylemi sebebiyle uzlaştırma yoluna gidilmelidir. Uzlaşmanın sağlanması halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (KYOK) verilmelidir. Uzlaşma sağlanamamışsa tehlike suçu olan trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu bakımından SMU yoluna gidilmelidir.

d. Gürültüye Neden Olmak (TCK m. 183)

e. Parada Sahtecilik (TCK m. 197/2, 3)

---

83 Atalay, 2020, s. 667

84 Baytaz, 2020, s. 238; Atalay, 2020, s. 690

85 R. Murat Önok, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)". C. 121, 2015, TBB Dergisi, ss. 157-202, s. 172

86 Yargıtay 9. CD, K. 2009/4420, K.T. 16 Nisan 2009, UYAP

87 Y. Özlem Çakmut, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları, Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar' a Armağan", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, C. 3, İstanbul, 2010, s. 789; Önok, 2015, s. 185; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, K. 2012/1754, (02 Şubat 2012),UYAP

f. Mühür Bozma (TCK m. 203)

g. Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyanda Bulunma (TCK m. 206)

ğ. Kumar Oynanması İçin Yer Ve İmkân Sağlanması (TCK m. 228/1)

h. Başkasına Ait Kimlik Veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması (TCK m. 268)

ı. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna Muhalefet Etmek (m. 13/1, 3, 5; m. 15/1, 2, 3)

i. Orman Kanununa Muhalefet (m. 93/1)

j. Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanuna Muhalefet (m. 2)

k. Kooperatifler Kanununa Muhalefet (Ek m. 2/1, 1. bent)

3. Soruşturma Evresinin Bitmiş Olması

SMU'nun uygulanabilmesinin ön şartı, soruşturma evresinin sonuna gelinmelidir. Aslında bu tanımlama kendi içerisinde bir sorunu da barındırmaktadır. *"Soruşturma evresi sonuna"* gelinmesi ne demektir? Bu konuda bir belirleme kanun ve yönetmelikte bulunmamaktadır. Soruşturma evresi *"yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden, iddianamenin gönderildiği yetkili ve görevli mahkeme tarafından iddianamenin kabulüne kadar geçen"* evreyi kapsamaktadır.[88] Soruşturma evresi sonuna gelinmesini*"kamu davası açılmasına yetecek yeterli şüphe sebeplerinin varlığının tespit edilmesi"* olarak yorumlayabiliriz.[89] Yönetmeliğin 5/2. maddesinde *"kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi üzerine"* denilerek bu husus belirtilmiştir. Yapılması gereken, Yönetmelikte yer alan düzenlemenin kanuna alınması suretiyle, kanunda yer alıp farklı yorumlara sebep olan belirsizliği gidermektir.[90]

4. Soruşturma Yapılmasında Muhakeme Engelinin Bulunmaması

Muhakeme engelleri, soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için aranmakta olan tüm şartlara denilmektedir. Bazıları soruşturmaya, bazıları kovuşturmaya engel oluşturmaktadır. Bu engeller re'sen gözetilmektedir. *"Şikâyet", "izin, talep", "önödeme", "genel ve özel af", "bekletici mesele", "yasama dokunulmazlığı", "dava zamanaşımı", "yargı yolunun açık olması", "akıl hastalığı"* bunlardan bazılarıdır. Muhakeme

---

88 Tülay Kitapçıoğlu, Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 95; Centel/Zafer, 2018, s. 17; Şahin, 2018, s. 33

89 R. Mustafa Erdem ve Candide Şentürk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)", 2019, C. 14, S. 41, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 573-601; Baytaz, 2020, s. 239

90 Baytaz, 2020, s. 239

engelinin bulunması durumunda soruşturma yapılabilir. Cumhuriyet savcısı engelinin ortadan kalkması amacıyla usulü işlemleri tamamlayacaktır. Engelin ortadan kalkmaması halinde KYOK verecektir.[91] Muhakeme engellerinin varlığı halinde, bu engel kalkıncaya kadar SMU uygulanamayacaktır.

5. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine Karar Verilmemesi

CMK'nın 171/2. maddesine göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi için *"yeterli şüphenin varlığı"* aranmaktadır. İşbu sebeple, SMU'nun uygulanabilmesi için, kamu davası açılmasına yetecek düzeyde yeterli şüphe sebebi bulunmalıdır. Cumhuriyet savcısı, yürüttüğü soruşturma kapsamında toplanması gereken tüm delilleri toplayacaktır. Soruşturma bitiminde delil değerlendirmesi yaparak *"kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edememesi"* halinde KYOK verecektir. *"Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa"* SMU'yu uygulamadan önce kamu davasının açılmasının ertelenmesi koşullarını araştıracaktır. *"Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde"* SMU'yu uygulayacaktır. Kamu davasının ertelenmesi kararı, seri muhakemeye göre şüpheli lehine sonuçlar doğurmaktadır.[92] Mahkeme önüne gelen talepnamede, soruşturma aşamasında kamu davasının açılmasının ertelenmemesine neden karar verilmediğini denetleyemez. Bu durum talepnamede yer alması gereken hususlar arasında bulunmamaktadır. Ancak, talepname düzenleyen Cumhuriyet savcısı, kamu davasının ertelenmesine neden karar vermediğini talepnamesinde belirtmelidir. CMK'nın 171/3 (a) maddesine göre *"kamu davasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmaması"* gerekmektedir. Bu kapsamda, kamu davasının ertelenemeyeceği halde, mükerrer sanıklar bakımından SMU'nun uygulanabilmesi mümkündür. Mükerrerler (TCK m. 58) birden çok kez suç işlemelerine rağmen, SMU'nun uygulanması suretiyle cezaları yarı oranında indirilecektir. Bu ceza indirimi hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır. Mükerrerler bakımından SMU'nun uygulanmamasına yönelik düzenleme yapılmalıdır.[93]

CMK'nın 171/1. maddesi kapsamında *"...üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine"* karar verilebilecektir. Erteleme süresi içerisinde şüphelinin kasıtlı yeni bir suç işlemesi halinde (kanunda açık bir hüküm bulunmasa da) SMU

---

91 Şahin, 2018, s. 58

92 Tulay, 2020, s. 121; Atalay, 2020, s. 663

93 Atalay, 2020, s. 664; Kızılarslan, 2019, s. 1926; Aygörmez Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, 2019, s. 265

uygulanmalıdır. Kamu davasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, şüpheliye ihtarda bulunulmalıdır. Usulüne uygun ihtarın yapılmaması ve erteleme süresi içerisinde kasıtlı yeni bir suçun işlenmesi halinde, kamu davası açılması için şartlar oluşmayacaktır. SMU'nun dava şartı olması, cezada indirim yapılması ve şüpheli lehine sonuç doğurması sebebiyle öncelikle bu yola gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

6. Suçun Uzlaşma Ve Önödeme Usulüne Tabi Olmaması

Uzun süren yargılamalardaki zaman ve sorunların çözümüne dair atılan adımlarda, soruşturma ve kovuşturmanın iş yükünün azaltılmasına yönelik tedbirler öncelikle göze çarpmaktadır. Ülkemizde *"önödeme (TCK m. 75)", "uzlaştırma (CMK m. 253)", "SMU (CMK m. 250)"* bu çabaya dair atılan önemli adımlardır. Bu usullerin getirilmesinde asıl amaç yargının iş yükünün azaltılmasıdır. Böylece daha hızlı ve etkin bir soruşturma ve yargılama ile toplumda, suçun işlenmesi ile bozulan toplumsal dengenin yeniden tesis edilmesi amaçlanmıştır. Bu usuller nispeten basit ve önem derecesi itibariyle hafif suçlarda kabul edilmiştir. Tarafların kabulü ile bu suçlar, klasik ceza yargılama sistemi dışına çıkarılmaktadır.[94] Suç işleme oranlarının artması sonucu *"kamu davasının mecburiliği"* ilkesine dayanan ceza muhakemesinin (klasik) uygulanması güçleşmiştir. Bu sebeple tarafların açık rızasına dayalı, alternatif yöntemler ile basit yargılama yöntemleri doğmuş ve uygulanmaya başlamıştır.[95] Yargılamada artan iş yükü ve adaletin toplumsal tatminde geç kalması sebebiyle, etkili bir yargılama sürecinin tamamlanabilmesi bakımından, alternatif çözüm yollarının geliştirilerek uygulanması önemlidir.[96]

Kanun koyucu alternatif çözüm yolları arasında bir öncelik sıralaması yapmıştır. Bu sıralamaya göre, öncelikle önödeme, uzlaşma ve kamu davasının ertelenmesi hükümleri uygulanmalıdır. Bu hükümlerin uygulanamaması halinde, seri muhakeme hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmelidir. Yönetmeliğin 5/1. maddesine göre *"...önödeme ve uzlaştırma kapsamındaki suçlar SMU'ya tabi değildir."* Uzlaştırma, alternatif bir çözüm yolu olarak uyuşmazlığın sona erdirilmesidir. Uzlaştırma kanunda sayılan suçlar bakımından şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenlerin kanun ve yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun olarak anlaşmalarıdır. Ceza yargılaması taraflarının belirlenen bir edim karşılığında anlaşması, uyuşmazlığı sona erdirmesidir. Karşılığında mağdur veya suçtan zarar gören tatmin edilmektedir. Aralarında bir uzlaşı sağlanmaktadır.

---

94 Kızılarslan, 2019, s. 1911

95 Yenisey, 2013, s. 454

96 Mustafa Özbek, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", C. 51, S. 2, 2002, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 121-162, s. 155

Uzlaştırmanın ceza uyuşmazlığının çözüm sürecini hızlandırma, yargılama giderlerini azaltma gibi amaçları bulunmaktadır.[97]

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunda TCK'nın 154/1. maddesi yalnızca uzlaştırmaya, 154/2 ve 3. maddeleri SMU'ya tabidir. *"Kamuya veya özel kişilere ait suların mecrasını değiştirme"* suçu (TCK m. 154/3) ceza maddesi olarak TCK'nın 154/1. maddesine yollama yapmaktadır. Bu yollama sebebiyle öğretide, TCK'nın 154/3. maddesinin hem uzlaştırma hem de SMU'ya tabi olduğu ve bu iki kurumdan birisinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.[98] Bize göre de, Yönetmeliğin 5/1. maddesi *(uzlaştırma kapsamındaki suçlar seri muhakeme usulüne tabi değildir)* gözetildiğinde, TCK'nın 154/1. maddesi bakımından SMU uygulanamaz.

B. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANABİLME ŞARTLARI

Şüpheli ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Hakkında SMU uygulanacak şüpheliye ulaşılmalı ve şüpheli kendisine yapılan yaptırım teklifini kabul etmelidir.

1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Bulunmak

SMU'nun uygulanabilmesi için şüphelinin eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği oldukça gelişmiş olmalıdır. Yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hallerinde SMU uygulanmayacaktır (CMK m. 250/12, Yönetmelik m. 7/1). Kanunda sağır ve dilsizlerin yaşına bakılmaksızın tümünü kapsayacak bir düzenleme yapılmıştır.[99] Yani 21 yaşını doldurmuş olsa da şüpheli sağır ve dilsizse, hakkında SMU uygulanmayacaktır. Ancak Yönetmelikte, sağır ve dilsizliğin düzenlenmiş olduğu TCK'nın 33. maddesinin parantez içerisine alınarak maddeye yollama yapıldığı görülmektedir. İşbu sebeple, 21 yaşını doldurmuş sağır ve dilsizler hakkında, SMU'nun uygulanabileceği kanaatindeyiz.

SMU şüphelinin özgür iradesine dayanmaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hallerinde kişinin özgür iradesini kullanması mümkün değildir. SMU'da kabul iradesi, müdafii huzurunda olması gerekli ise de asilin iradesine üstünlük tanınmaktadır. CMK'nın 150. maddesinde zorunlu müdafii görevlendirilecek haller düzenlenmiştir. SMU kapsamında yeni bir zorunlu müdafilik hali getirilmiştir. Şüpheli bir müdafii seçmezse, talebi olmaksızın kendisine müdafi atanacaktır (Yönetmelik m. 11/2). Bu müdafii hem soruşturma

---

97 A. Uğur Eriş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Ve Uzlaştırma Eğitimi", C. 31, S. 137, 2018, TBB Dergisi, ss. 241-270, s. 243

98 Tulay, 2020, s. 122

99 Baytaz, 2020, s. 242; Koca/Üzülmez, 2010, s. 33

hem de kovuşturma evresinde görev üstlenecektir. Çünkü usulün uygulanmasına ilişkin süreç bütünlük arz etmektedir. Yasal düzenlemede zorunlu müdafi ataması *"teklifin kabulü"* aşamasında zorunludur. Kanaatimizce zorunlu müdafi SMU'nun *"bilgilendirme"* aşamasında da bulunmalıdır. Bu şekilde şüpheli suçlamaya, usule, sürece ve sonucuna dair daha sağlıklı bir bilgilendirmeye ulaşabilecektir. Şüpheli ve müdafiinin tercihi çelişmekteyse, şüpheli iradesine üstünlük tanınmalıdır.

2. Şüpheliye Ulaşılabilmelidir

SMU'nun uygulanabilmesi için şüpheliye ulaşılmalıdır. *"Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, SMU uygulanmayacaktır."* (CMK m. 250/13). Bizce kanunda bu şartların sayılması, usulün uygulanmasında bir gecikme ve kesinti oluşmaması bakımından kabul edilmiştir. Usul ekonomisini esas alan bu usulde, soruşturma ve yargılamanın bir an önce tamamlanması yerine şüphelinin aranması ve ona ulaşılmaya çalışılması yarar sağlamayacaktır. SMU'nun uygulanmasında teklifte bulunmak üzere şüpheli hakkında *"zorla getirme emri"* ve *"yakalama emri"* düzenlenemez (Yönetmelik m. 5/7). Bizce bu düzenleme, *"şüphelinin özgür iradesi"* üzerinde baskı oluşturmamak için kabul edilmiştir.

Şüpheliye ulaşılamamışsa Cumhuriyet savcısı mevcut durumu tutanağa bağlayacaktır. Soruşturma genel hükümlere göre yürütülecektir. Ancak, bu şartların varlığına rağmen şüpheliye ulaşılması veya şüphelinin bizzat başvurusu halinde, taraf iradesi ve kabulü doğrultusunda SMU uygulanabilecektir. Bu hususta yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Madde metninde (CMK m. 250/13) yer almadığı halde, Yönetmeliğin 9/2. maddesinde *"mazeretsiz olarak davete icabet etmemek"* halinde de seri muhakemenin uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Bu halin de kanunda düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. SERİ MUHAKEME USULÜNÜN UYGULANAMAYACAĞI HALLER

Kanun da sayılan koşullar gerçekleşmemiş veya şüpheli SMU'nun uygulanmasını istememişse bu usul uygulanamayacaktır. Ayrıca bu usulün uygulanmasının mümkün olmadığı özel durumlarda vardır. Bu usulün uygulanmayacağı halleri *"genel"* ve *"özel"* haller olarak ikiye ayırabilmemiz mümkündür. Özel haller, soruşturmanın başından itibaren mevcut kabul edilmektedir. Bu durumlarda ceza yargılaması genel hükümler uyarınca tamamlanacaktır. İştirak halinde işlenen suçlarda şüphelilerden birisinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi (CMK m. 250/11, Yönetmelik m. 7/2) özel haller arasındadır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik bu özel haller arasındadır. Şüphelinin adresinde bulunmaması, yut dışında olması veya

kendisine ulaşılamaması (CMK m. 250/13, Yönetmelik m. 5/6) özel haller arasında bulunmaktadır. SMU'nun uygulanabilmesi için yeterli şüpheye ulaşılamaması, şüphelinin usulün uygulanmasını istememesi genel haller arasındadır. Yine, işlenen suçun katalog olarak sayılan suçlar arasında yer almaması, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi SMU'nun uygulanamayacağı genel haller arasındadır.

III- SERİ MUHAKEME USULUNÜN UYGULANMA SÜRECİ

SMU'nun uygulanabilmesi bakımından gerekli şartlar açıklandıktan sonra bu usulün uygulanma süreci yani aşamaları önem taşımaktadır.

A. ŞÜPHELİNİN SERİ MUHAKEME USULÜNE DAVET EDİLMESİ

Cumhuriyet savcısı SMU'nun uygulanmasını teklif etmek üzere şüpheliyi mümkün olan en kısa sürede davet edecektir. CMK'nın 161/3, 271, 307, 308, 308/A maddelerinde *"en kısa sürede"* tanımlaması yapılmıştır. Bundan anlaşılması gereken, soruşturmanın durumu ve içerisinde bulunan hal ve şartlar altında zaman kaybetmeksizin işlem gereğinin yerine getirilmesidir. Şüpheli *"telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarından yararlanmak suretiyle"* davet edilebilir. Yönetmelikte *"gibi iletişim araçları"* denilmesi nedeniyle, bu iletişim araçlarının genişletilebileceği kanaatindeyiz. CMK'nın 250. maddesinde, şüphelinin davetine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Uygulamada bazı mahkemeler telefonla çağrının usulüne uygun olmadığına karar vermektedir. Yönetmeliğin 9/1. maddesi ve CMK'nın 43/2. maddesi (tanıkların çağrılması) kapsamında bu uygulama doğru değildir. Davet hususunda, soruşturma içeriği ile uygun bir çaba gösterilmelidir. SMU'nun uygulanmasının teklif edilmesi amacıyla şüpheli hakkında zorla getirme kararı verilemeyecek ve yakalama emri düzenlenemeyecektir.

B. SERİ MUHAKEME USULÜNDE ŞÜPHELİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ

CMK'nın 250/2. maddesine göre, *"Cumhuriyet Savcısı veya kolluk görevlileri şüpheliyi, SMU hakkında bilgilendirecektir."* Kolluk bilgilendirmesinde, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından telefon veya diğer yollardan aranıp çağrılabileceği sanığa iletilmelidir. Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacak bilgilendirme esas ve usule ilişkin olacaktır. Cumhuriyet savcısı tarafından usulün uygulanması şüpheliye teklif edilecektir. Şüpheliye uygulanabilecek yaptırımlar açıklanacaktır. CMK'nın 250/2 ve Yönetmeliğin 8/2. maddesinde bilgilendirme aynı şekilde ifade edilmiştir. Ancak bilgilendirmenin yapılacağı zamana dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Soruşturma kapsamından anlaşılmaktaysa bilgilendirmenin, soruşturma sürecinin başında

yapılması pratik fayda sağlayacaktır. Atılı suç seri muhakeme kapsamında bulunmaktaysa, bilgilendirme derhal yapılmalıdır.[100] Bilgilendirme yazılı olmalıdır. Bu sebeple Yönetmelik ekinde *"SMU Kabul Tutanağı"* örneğine yer verilmiştir. Cumhuriyet savcısınca SMU'ya dair yapılan bilgilendirme Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) veya istinabe (adli yardımlaşma) yoluyla da yapılabilir. Bilgilendirmenin Segbis yoluyla yapılması halinde, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılacaktır. Kolluk görevlilerinin yapacağı bilgilendirme de yazılı olmalıdır. Şüphelinin il dışında bulunması durumunda, istinabe yerine Segbis sisteminin kullanılması en pratik çözüm olacaktır.

Cumhuriyet savcısı adli yardım talep evrakına, hazırladığı SMU kabul tutanağını ekleyecektir. İstinabe evrakının gönderildiği yer Cumhuriyet başsavcılığı şüpheliyi davet edecektir. Davete uyarak gelen şüpheliyi SMU hakkında bilgilendirecektir. Müdafii huzurunda şüphelinin teklifi kabul etmesi halinde *"SMU kabul tutanağını"* Cumhuriyet savcısı, şüpheli ve müdafii imzalayacaktır. Evrakın gereği yerine getirildikten sonra istinabe evrakı soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir (Yönetmelik m. 10/13). Yapılacak bilgilendirmenin kapsamı Yönetmeliğin 10/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bilgilendirmenin yapıldığının belgelendirilmesi bakımından tutanak tutulmalıdır.[101] Usulüne uygun bilgilendirme yapılmaması sonrasında düzenlenecek iddianamenin iadesi mümkündür.[102]

CMK'nın 250/9. maddesindeki *"şartların gerçekleştiği ve eylemin SMU kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda"* ibaresi, 7331 sayılı Kanunun 22. maddesiyle değiştirilmiştir. *"Şartların gerçekleştiği, eylemin SMU kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere"* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Değişiklik kapsamında, artık mahkeme talepname kapsam ve içeriği ile bağlı değildir. Ceza ve güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapabilecektir. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye, mahkemenin karar vermeden önce talepnamede değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu hususunda bilgilendirme yapılmalıdır. Şüpheli mahkemenin değişiklik yapma yetkisini bilmeli ve buna göre savunma yapabilmelidir.

C. SERİ MUHAKEME USULÜNDE TEKLİFİN YAPILMASI

SMU'nun uygulanması Cumhuriyet savcısı huzurunda şüpheliye teklif edilecektir. Şüpheliye hakkında uygulanacak yaptırımlar açıklanacaktır. Şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi

[100] Atalay, 2020, s. 686

[101] Aldemir, 2019, s. 59

[102] Yargıtay 12. CD, K.2021/1580, K.T. 16 Şubat 2021, UYAP

durumunda bu usul uygulanacaktır. SMU'da "bilgilendirme" Cumhuriyet savcısı ile kolluk tarafından yapılabildiği halde, "teklif" sadece Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilmektedir. Bu durum kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Çünkü CMK'nın 160. maddesine göre, soruşturma safhasında tek yetkili kişi Cumhuriyet savcısıdır. Teklif, soruşturma aşaması bitiminde yapılmalıdır. Bu aşamada teklifin kolluk tarafından yapılması zaten güç olacaktır. Kolluk, şüphelinin ifadesinin alınmasına katılmış ve atılı suç SMU'ya tabiyse şüpheliye uyarıda bulunmalıdır. Uzlaştırma kurumunda olduğu üzere, uygulanacak usul hakkında kolluk tarafından yeterli düzeyde bilgi verilememesi sebebiyle, kollukta verilen bilgilendirme yetkisi kaldırılmalıdır. Teklifte olduğu gibi bilgilendirme işlemi de münhasıran Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalıdır. Aynı zamanda bilgilendirme metnine dair açık ifadeler Yönetmelik ekinde yer almalıdır.[103] Teklif sonrasında, müdafii huzurunda şüphelinin teklifi kabul etmesi durumunda SMU uygulanacaktır. Teklif, müdafi yokluğunda kabul edilmişse geçerli olmayacaktır. "Teklif" ve "kabul" dışında, şüpheli savunmasının müdafii huzurunda alınması şart değildir.[104] Talep edilmesi hâlinde, teklifi değerlendirmek üzere bir ayı aşmamak üzere makul bir süre şüpheliye verilebilecektir. Şüpheli tarafından seçilen müdafinin bulunmaması durumunda baro tarafından müdafi görevlendirilmesi istenecektir. Mahkeme, teklif ve kabul beyanının müdafi huzurunda olmadığını tespit ederse, bu usul eksikliğinin giderilmesi için dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına iade edecektir.

1. Teklifin Yapılma Yeri ve Zamanı

Cumhuriyet savcısı şüpheliyi SMU'nun uygulanmasını teklif etmek üzere *"en kısa sürede"* davet edecektir. Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye teklif edilecek SMU yerine dair kanun ve yönetmelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Teklifin, müdafii huzurunda Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacak olması sebebiyle en uygun *"teklif yerinin"* Cumhuriyet savcısının odası veya Adalet saraylarında bu iş için ayrılan özel bir oda olabileceği kanaatindeyiz. Soruşturma safhasının sonunda teklifin yapılması en uygun zamandır. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği' nin 35/1. maddesine göre, uzlaştırma görüşmelerine tahsis edilen özel odalarda yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı genelgeleri ile arabuluculuk görüşmeleri için de Adliyelerde uygun alanlar tahsis edilmiştir. Aynı şekilde, seri muhakeme bürolarının kurulduğu yerlerde, yeterli fiziki ve teknik şartlara sahip özel odalar tahsis edilmelidir.

---

[103] Rifat Çulha/Fahrettin Demirağ/Salih Oktar/Fahri G. Taner/Durmuş Tezcan/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, *5*. baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020, s. 28; Atalay, 2020, s. 668

[104] Aldemir, 2019, s. 57

İddianamenin UYAP' tan onaylanması aşamasına kadar, şüpheli Cumhuriyet savcısına başvurabilir. SMU'nun uygulanmasını talep edebilir. Bu halde Cumhuriyet savcısı tarafından SMU uygulanacaktır (Yönetmelik m. 5/11).

2. Teklifin Yapılış Şekli

SMU'ya ilişkin teklif yüz yüze, SEGBİS veya istinabe vasıtasıyla yapabilir. Teklifin SEGBİS yoluyla yapılması halinde UYAP kullanılacaktır. Teklife dair her türlü veri, bilgi, karar ve belge UYAP sistemine kayıt edilecektir. Güvenli elektronik imza (e-imza) kullanılacaktır. Fiziki olarak hazırlanan her türlü belge ve karar UYAP ortamında düzenlenecektir (Yönetmelik m. 13/1, CMK m. 38/A). Teklifi değerlendirmek üzere şüpheli süre talep edebilir. Bu süre makul olmalı ve bir aydan fazla olmamalıdır. SMU'nun uygulanmasına ilişkin *"bilgilendirme", "teklif"* ve *"teklifin kabulü"* eş zamanlı olmak zorunda değildir. Şüpheli kendisine verilen bir aylık zaman içerisinde mazereti olmaksızın gelmez veya bu usulü ret ederse, soruşturma genel hükümler kapsamında tamamlanmalıdır.[105]

3. Teklifin Yapılması Sırasında Hazır Bulunabilecek Kişiler

SMU'da teklifin yapılması ve kabulü esnasında Cumhuriyet savcısı, şüpheli ve müdafii hazır bulunacaktır. Varsa *"mağdur"*, *"suçtan zarar gören"* veya *"genel hükümlere göre katılma hakkını haiz olan kişiler"* hazır bulanabilecektir. SMU kabul tutanağını Cumhuriyet savcısı, şüpheli ile müdafii imzalayacaktır. Teklifin yapılması sırasında müdafiinin hazır bulunması zorunludur. Bu sebeple, şüpheli tarafından müdafi seçilmemişse, baro tarafından görevlendirme yapılacaktır. Şüpheli, müdafisinin huzurunda kendi özgür iradesiyle bu usulün uygulanmasını kabul etmelidir.

D. TEKLİF BİLGİLENDİRMESİNDE YER VERİLECEK HUSUSLAR

Şüpheliye teklifte bulunulmadan önce hakkındaki isnat, SMU'ya ilişkin açıklama ve bu usule ilişkin haklarını içerecek şekilde bilgilendirme yapılmalıdır (Yönetmelik m. 10/1). SMU kapsamında Cumhuriyet savcısı şüpheliye tüm sonuçlarını anlatarak teklifte bulunmalıdır.[106]

[105] Atalay, 2020, s. 670

[106] Yargıtay, 16 Şubat 2021, K. 2021/1580

E. YAPTIRIMIN BELİRLENMESİ

"Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi" uyarınca, kanunun açıkça suç saymadığı bir eylemden dolayı kimseye ceza verilemez. Güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Kanun da sayılan ceza ve güvenlik tedbirlerinden başkasına hüküm kurulamaz. *"Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi"* uyarınca *"suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunacaktır."* Cumhuriyet savcısı suçun kanuni tanımında düzenlenen cezayı TCK'nın 61. maddesi kapsamında alt ve üst sınırlar arasında tespit edecektir (CMK m. 250/4, Yönetmelik m. 10/5). Belirleyeceği temel cezada, yarı oranında indirim uygulayacaktır. Şüpheli hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir (TCK m. 53). Şartları gerçekleşmişse hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilecek (m. 50), ertelenebilecek (m. 51) veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (CMK m. 231) karar verilebilecektir.[107] Cezanın bu şekilde belirlenmesi, Cumhuriyet savcısının takdir hakkını sınırlandırmaktadır. Hagb ve erteleme kurumlarının aynı sanık hakkında farklı suçlarda uygulanabilecek olması, sanık lehine oldukça geniş bir alan açmakta, işlenen suçların yaptırımsız kaldığı şeklinde algıya yol açabilmektedir.

Kanunlardaki cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinden amaçlanan nedir? Kanun metinlerinde soyut olarak sınırları belirli yaptırımların, suç işleyen sanıklar hakkında, uygulanmaya esas olacak şekilde somut hale dönüştürülmesidir.[108] Yani uygulanacak yaptırımın, sanığın kişiliğine uydurulmasıdır.[109] Ceza bireyselleştirilirken *"seçimlik cezalar arasında tercih yapma"*, *"takdiri indirim nedenleri"*, *"adli para cezasında bir gün karşılığı ödenecek miktar"*, *"mahsup"*, *"ceza vermekten kaçınma* (TCK m. 22/6)", *"hükmün açıklanmasının geri bırakılması"*, *"erteleme"* ve *"seçenek yaptırımlara çevirme"* araç olarak kullanılmaktadır.[110] Cezanın ve/veya güvenlik tedbirlerinin belirlenmesinde, yalnızca TCK'nın 61/1. fıkrası değil tüm madde dikkate alınacak şekilde düzenleme yapılmalıdır. Mevcut durumda Cumhuriyet savcısı *"suçun işleniş biçimini"*, *"suçun işlenmesinde kullanılan araçları"*, *"suçun işlendiği yer ve zamanı"*, *"suçun konusunun önem ve değerini"*, *"meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını"*, *"failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını"*, *"failin güttüğü amaç ve saiki"* göz önünde bulunduracaktır. Suçun *"olası*

---

[107] Ersoy, 2020, s. 860

[108] Erdener Yurtcan, Ceza Yaptırımı Ve Bireyselleştirme, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler, İstanbul, 1998, s. 256; Koray Doğan, "Cezaların Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi", C. 2, S. 4, 2007, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 277-304, s. 39

[109] Duygu Ç. Doğan, "Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Öznel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu", Prof. Dr. Durmuş Tezcan' a Armağan, S. 21 (özel sayı), 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1029-1058, s. 1036

[110] Mehmet Maden, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 119

kast (TCK m. 21/2)" veya *"bilinçli taksir* (TCK m. 22/3)" ile işlenmiş olma halini değerlendiremeyecektir (m. 61/2). Yine suçun nitelikli halleri (m.61/4), *"teşebbüs"*, *"iştirak"*, *"zincirleme suç"*, *"haksız tahrik"*, *"cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebepler"* (m. 61/5) dikkate alınamayacaktır. Bu tespit, SMU'da Cumhuriyet savcısının sadece temel cezayı belirleme yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Cumhuriyet savcısının indirim ve artırım yapmak suretiyle temel cezada değerlendirme yapma yetkisi bulunmamaktadır.[111] Bu durum, cezanın şahsileştirilmesi ilkesine uygun değildir.

Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen hapis cezası şartları varsa *"seçenek yaptırımlara çevrilebilecek"* ve *"ertelenebilecektir."* Koşulları varsa yaptırımlar hakkında *"hükmün açıklamasının geri bırakılmasına (Hagb)"* karar verilebilecektir. (CMK m. 250/5,6). Bu sıralamada öncelik hatası bulunmaktadır. Değirmenci'ye göre, önce Hagb uygulanmalı, uygulanma koşulları mevcut değilse, TCK m. 50 ve m. 51 uygulanmalıdır. Çünkü; Hagb kararı daha lehedir ve öncelikle uygulanmalıdır. Hagb kararı verilmesi durumunda, hapis cezası ertelenemeyecek ve seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir (CMK m. 231/7). Yine Hagb'nin uygulanabilmesi için uyarınca şüphelinin kabul iradesi gereklidir (CMK m. 231/1). Basit yargılama usulunu düzenleyen CMK'nın 251/4. maddesinde yer alan *"karşı çıkılmaması kaydıyla"* ifadesi, CMK m. 250'de yer almamaktadır.[112] Hagb sanık hakkında hükmün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Hagb kararının verilebilmesinin şartı, yargılama yapan mahkemece verilen bir mahkûmiyet hükmünün bulunmasıdır.[113] Hagb, kişilerin suç işlemediğine dair sonuç doğuran cezanın ertelenmesine benzeyen, "sui *generis"* nitelikli bir kurumdur.[114] Kurum doğurduğu sonuçlar kapsamıyla *"karma"* nitelikli bir özelliğe sahiptir. Yapısında iki farklı karar içermektedir. Birinci karar, teknik anlamda hüküm sayılmamaktadır. Bu karar, açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle hukuken varlık kazanmamaktadır.[115] Bu sebeple hüküm sonucunu doğurmaz. Koşullara uyulduğu hallerde "düşme" hükmüne dönüşür. Koşullara uyulmaması durumunda varlık kazanarak "mahkûmiyet" hükmü niteliğine bürünecektir. Belirtilen kararlar mahkeme tarafından verilmelidir. Kanun (CMK m. 250/5, 6) ve Yönetmelikte (m. 10/6, 7) ifade edilen husus, talepnamenin mahkeme tarafından onaylanması sonrasında bu

111 Atalay, 2020, s. 674

112 Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)", Ocak-Haziran, 2020, Batı Adalet Dergisi, ss. 16-22, s. 21

113 Özgenç, 2007, s. 593

114 Yasin Sezer/Ali İ. İpek, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", C. 1, S. 3, 2010, TAAD, ss. 43-74, s. 45

115 S. Sümeyra Kurt, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi", C. 9, s. 17, 2021, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 383-428, s. 411

kararların belirecek olmasıdır. Bu kurumların, Cumhuriyet savcısının kararı ile doğrudan varlık kazacağına dair bir tespit doğru değildir.[116]

F. CEZAİ YAPTIRIM TEKLİFİNİN SONUCU

Cezai yaptırım teklifi sonrasında, şüpheli teklifi kabul edebileceği gibi ret de edebilir.

1. Şüphelinin Teklifi Kabul Etmesi

Ceza yargılamasında delil serbestisi yani *"vicdani delil sistemi"* ilkesi geçerlidir. Hukuka uygun şekilde elde edilen, akla ve mantığa uygun her şey delil olabilir. Resen delil araştırması, delil serbestisi ve serbest delil değerlendirilmesi geçerli ilkelerdir.[117] Sanık beyanı, kendisine yöneltilen suçlamanın kısmen veya tamamen doğruluğuna yönelirse bu ikrar (veya itiraf) delil olarak kabul edilebilir. Ancak ikrara rağmen maddi vakıa araştırılmaya devam edilir.

SMU'da teklifin kabul edilmesi, SMU'nun uygulanmasına ilişkindir. Bu kabul suçun işlendiğinin "ikrarı" anlamına gelmez. Bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu beyan, SMU'nun uygulanması, soruşturmanın bir an önce sonuçlandırılması isteğidir. Ancak bu belirsizlik öğretideki birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir.[118] Şüpheli kendisine yapılan teklifi müdafii huzurunda kabul etmezse, kabul beyanı geçerli olmayacaktır. Bu durum dosyanın mahkemece Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi sebebidir. İddianamenin düzenlenmesi aşamasına kadar, şüpheli SMU'nun uygulanmasını talep edebilir. Bu başvuru, şüpheliye teklifin yapılmadığı veya usulüne uygun teklif yapıldıktan sonra teklifin ret edildiği durumlarda ne zaman yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.[119] Bizce, şüpheli teklifi ret etmişse sonradan SMU'nun uygulanmasını talep edemez. Yönetmeliğin 10/4. maddesi, şüphelinin bu usulün uygulanmasını kabul etmediğini bildirmesi durumunda soruşturmaya genel hükümlere göre devam edileceğini açık bir şekilde düzenlemiştir.

Şüpheli hakkında uygulanacak cezai yaptırım teklifini kabul ederse *"SMU kabul tutanağı"* düzenlenecektir. Yönetmelik Ek-1' de örneği bulunan tutanakta bazı hususlar bulunmalıdır. Bunlar *"isnat edilen eylem", "şüphelinin kabul beyanı", "belirlenen sonuç ceza", "güvenlik tedbiri","hükmün açıklanmasının geri bırakılması", "seçenek yaptırım" ve "hapis cezasının ertelenmesi"* dir. Seri muhakeme kabul tutanağını Cumhuriyet savcısı,

116 Atalay, 2020, s. 675

117 Taner, 1950, s. 221

118 Atalay, 2020, s. 673; Kızılarslan, 2019, s. 1912

119 Atalay, 2020, s. 671

şüpheli ve müdafi imzalayacaktır. Tutanak aynı gün şüpheli ile birlikte mahkemeye gönderilecektir.

SMU'da, teklifin kabulü ve cezanın bireyselleştirilmesi sonrasında Hagb karar verilmiş ve denetim süresi içerisinde sanık yeni bir suç işlemişse, açıklanması ertelenen hüküm açıklanacaktır. Bu durumda şartları oluşmuşsa da basit yargılama usulü (CMK m. 251) uygulanamayacaktır. Şüpheli, SMU'nun uygulanmasına dair teklifi kabul etmesinden sonra bundan vazgeçebilir. Vazgeçme iradesi, mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar yapılmalıdır (Yönetmelik m. 5/4). Yönetmelikte vazgeçmenin nasıl yapılacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yazılı veya tutanağa geçirilecek sözlü beyanla yapılabilir. Yine, herhangi bir mazereti olmaksızın, hüküm kuruluncaya kadar şüphelinin mahkemeye gelmemesi, SMU'dan zımni vazgeçme anlamına gelmektedir (CMK m. 250/9, Yönetmelik m. 13/5).

2. Şüphelinin Teklifi Ret Etmesi

Belirlenen süre içerisinde şüpheli mazeret bildirmeksizin davete gelmez veya davete uyarak gelmesinden sonra bu usulün uygulanmasını kabul etmezse soruşturma genel hükümlere göre tamamlanacaktır (Yönetmelik m. 10/4). Şüpheli yapılan teklifi ret ederse, Cumhuriyet savcısı tarafından bu duruma dair tutanak düzenlenecektir. Düzenlenen tutanak soruşturma dosyası içerisine alınacaktır. *"SMU'nun herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya mahkemece soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hallerinde, şüphelinin SMU'yu kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacaktır"* (Yönetmelik m. 5/8). Madde gerekçesinde bu durum, şüphelinin bu usulü kabul etmesi yönünden daha rahat bir yaklaşım göstermesine olanak tanımak olduğu şeklinde izah edilmiştir.[120] Ceza yargılaması sistemimizde sadece hukuka uygun şekilde elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkündür. Delil toplanması ve toplanan delillerin kullanılmasında, hukuk devletinin ilke ve kuralları gözetilmelidir. Bu alandaki sınırlama *"delil yasakları"* olarak adlandırılmaktadır.[121] Ceza yargılamasında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanılması, kesin hukuka aykırılık halidir (CMK m. 289/1 j). Dosya kapsamına alınan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller ayrıca ve açıkça gösterilmelidir (CMK m. 230/1 b). Dosya kapsamında, hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği açıkça anlaşılan delillerin bulunması durumunda bunlar re'sen gözetilmelidir.[122]

---

120 Atalay, 2020, s. 69

121 Gödekli, 2016, s. 1824

122 Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", C. 4, S. 1-2, 2000, AÜEHFD, ss. 105-146, s. 125

G. TALEPNAMENİN DÜZENLENMESİ VE KAPSAMI

SMU'da talepname, Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanarak mahkemeye sunulan talep yazısıdır (Yönetmelik m. 4/ç). Şüpheli hakkında SMU uygulanmasının görevli mahkemeden talep edilmesidir.[123] Talepnameye dair örnek, Yönetmelik Ek-2' de yer almaktadır. CMK'nın 170/4. maddesine göre *"iddianamede yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmalıdır."* CMK'nın 250/8 f maddesine göre, *"isnat olunan suçu oluşturan olayların özeti"* talepnamede yer almalıdır. Bizce bu düzenleme talepnameden beklenen amaçtan uzaktır. İsnat edilen olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilip iddianameye derç edilmezse, gerekçe konusunda eksiklikler görülecektir. Anayasa' nın 141/3 ve CMK'nın 34/1. maddesine göre karşı oylar dâhil olmak üzere, mahkemelerin tüm kararları gerekçeli şekilde yazılmalıdır. Gerekçe doğru, güvenli ve adil yargılanma hakkını tesis etmektedir. Gerekçe, *"doğru ve sağlıklı düşünme", "mesleki etik", "keyfi davranışları önleme", "nitelikli yargıç yetiştirme", "yargıya güven", "yargısal denetimde sağlıklı savunmayı kolaylaştırma", "temyiz denetimini sağlama"* ve *"yansızlığı kanıtlama"* amacındadır.[124] Hükümde gerekçe AİHS' nin 6/1. (adil yargılanma hakkı) maddesinin de gereğidir. Delillerle ilişkilendirilmeyen talepname üzerine, gerekçe yazılmadan kurulan hükümler bu ilkeye aykırılık oluşturacaktır. CMK'nın 170/4. maddesinde, 7331 sayılı Kanunun 19. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. *"Yüklenen suçu oluşturan olaylar ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgilere iddianame de yer alamayacaktır"* Bu düzenleme iddianamelerin tanzimi bakımından çok isabetlidir. Talepnamelerin hazırlanmasında aynı şekilde bir düzenlemenin yapılması çok isabetli olacaktır.

H. MAHKEME AŞAMASINDA SERİ MUHAKEME USULÜ UYGULANMASI

Şüpheli kendisine bildirilen yaptırım teklifini kabul ettiğinde talepname hazırlanacaktır. Talepname yazılı olarak görevli mahkemeye gönderilecektir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu' nun (HSK), 02.01.2020 gün ve 1 sayılı kararında SMU'da görevli mahkemeler belirlenmiştir. Mahkeme, talepnamenin UYAP üzerinden kendisine verildiği gün incelemesini yapacaktır. Elektronik ortamda (UYAP) yapılan işlemlerde süreler, UYAP kayıtlarındaki elektronik imza tarihi esas alınarak hesaplanacaktır. Mahkeme UYAP ekranına düşen talepnamede bu tarihi esas alacaktır. Şüpheli mevcutlu değilse, mahkeme şüpheliyi müdafii huzurunda, SEGBİS veya istinabe yoluyla da dinleyebilir. Sonrasında SMU sonuçlandıracaktır.

---

[123] Ersoy, 2020, s. 860

[124] Çetin Aşçıoğlu, "Yargıda Gerekçe Sorunu", C. 15, S. 48, 2003, TBB Dergisi, ss. 109-116, s.111

Cumhuriyet savcısı, talepnameyi görevli olmayan mahkemeye göndermesi halinde, 7331 sayılı Kanunun 22. maddesi ile yapılan değişiklik sonrasında, talepname Cumhuriyet başsavcılığına iade edilecektir. Bu düzenlemede, yetki hususu açıkça belirtilmemiş olsa da, mahkemenin *"yetki ve görev"* konusunun bu kapsamda bulunduğu ve re'sen inceleme yapacağı kanaatindeyiz. Mahkemece hükmün verilme aşamasında kadar, şüpheli SMU'nun uygulanması talebinden vazgeçebilir. 01.01.2020 tarihi itibariyle, kovuşturma evresine geçilerek hükme bağlanan veya kesinleşen dosyalarda SMU uygulanamayacaktır (CMK geçici m. 5/1d, Yönetmelik geçici m.1).

1. Talepnamenin Mahkemece İncelemesi

7331 sayılı Kanunun 22. maddesiyle, CMK'nın 250. maddesine ekleme yapılmıştır. Bu düzenleme öncesinde, hâkimin sanığı sorgulaması, soruşturmayı genişletmesi, tanık dinleme yetkisi bulunmamaktaydı. Sadece suçun soruşturma kapsamında bulunup bulunmadığı ve teklifi özgür iradesi ile kabul etmesi bakımından sınırlı bir denetim yapmaktaydı. Düzenleme sonrasında mahkemenin denetim yetkisi genişletilmiştir.

Mahkemenin talepnameyi incelemesi, 250/3. fıkrasında şartlar ve talepnameye konu suçun katalog suçlardan olup olmadığı ile sınırlıdır. Mahkeme talepnamedeki şüphelinin, mağdurun, suçtan zarar görenlerin kimliği, müdafii, vekili, kanuni temsilci kimlik bilgilerini inceleyecektir. İsnat olunan suçla ilgili kanun maddelerine bakacaktır. *"İsnat olunan suçun işlendiği yer", "tarih ve zaman dilimi", "şüphelinin tutuklu olup olmadığı","tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların sürelerini"* kontrol edecektir. İsnat olunan suçu oluşturan olaylar ve bunların özetinin yapılıp yapılmadığına bakacaktır. Şüpheliye yapılan teklifin usulüne uygun olup olmadığı, teklifin şüpheli müdafii huzurunda yapılıp yapılmadığını denetleyecektir. Belirlenen yaptırımda, sonuç cezanın seçenek yaptırımlara (kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlar) ve hapis cezasının ertelenmesi, cezanın mahiyetine uygun güvenlik tedbirlerinin (uygulanmışsa) şartlarını inceleyecektir. CMK'nın 170/2. maddesinde olduğu gibi, mahkeme *"soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe"* sebebi olup olmadığına dair inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu hususta kanun ve yönetmelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki Kanunun 250/9. maddesine göre hüküm kurulabilmesi için *"dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaati"* aranmaktadır. Yani, seri muhakeme hükümlerinin uygulanabilmesinin temel şartlarından bir tanesi, şüphelinin suçun işlediğine dair yeterli suç şüphesi altında bulunmasıdır. Cumhuriyet savcısı, kamu davası açmaya yeter düzeyde *"soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe"* olmaksızın SMU teklifinde bulunamayacaktır. Ancak, talepnamede bu şüphenin ortaya konulmaması ve mahkemenin denetlememesi önemli bir eksikliktir. *"Soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi"* hali

soruşturmayı sonlandıran kovuşturmama sebebi sayılırken bu nitelikli bir dosyada, sanığın cezalandırılması gibi olumsuz bir sonuç doğabilecektir.

Mahkeme, talepname ve eklerini inceleyecektir. Kanunda mahkemenin yapacağı incelemeye dair bir süre belirtilmemiştir. Olayı ve hukuki vasıflandırmayı denetleyecektir. Talepname' de yapmış olduğu inceleme sonrasında, hata ve noksanlık tespit edemezse, talepnameyi kabul ederek "hüküm" aşamasına geçecektir. Eksiklik tespit ederse dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına "geri gönderilmesine" karar verecektir. İsnat, seri muhakeme kapsamında değil veya teklif usulüne uygun yapılmamış veya teklif müdafii huzurunda kabul edilmemişse talepnamenin "reddine" karar verecektir.

a. Talepnamenin Mahkemece Kabul Edilmesi

Şüpheli müdafisi huzurunda, mahkemede SMU hükümlerinin uygulanmasını talep etmelidir. Seri muhakemede teklif aşamasında, şüpheli ve müdafiinin dosyayı inceleme yetkisi kısıtlanmamalıdır. Mahkeme kanunda sayılan şekilde, SMU'nun şüpheliye teklif edilip edilmediği ve bu teklifin müdafi huzurunda kabul edilip edilmediğini inceleyecektir. Eylemin kapsam itibariyle SMU'ya tabi olup olmadığına bakacaktır. Mevcut deliller itibariyle mahkûmiyet kararı verilmesi kanaatine varırsa, talepnamedeki yaptırımdan ağır olmamak üzere hüküm kuracaktır. Bu hüküm CMK'nın 223/5. maddesi kapsamında *"mahkûmiyet"* hükmüdür. Kurulacak hükümde, TCK'nın 61/1. fıkrası dikkate alınacaktır. Suçun yasal tanımında düzenlenen cezayı alt ve üst sınırı arasında belirleyecektir. Belirlenecek bu cezada koşulları varsa zincirleme suça ilişkin hükümleri uygulayacaktır. Sonuç cezada yarı oranında indirim yapacaktır. Mahkeme yaptırımı belirlemenin dışında sanık hakkında güvenlik tedbiri hükümlerini uygulayacaktır. Hüküm mağdur, suçtan zarar gören ve katılanlara tebliğ edilecektir (Yönetmelik m. 14/2). Mahkemece verilen hüküm adli siciline kaydedilecektir (Yönetmelik m. 10/1 f). Mahkeme, yaptığı inceleme sonrasında belirlenen şartların bulunmadığını tespit ederse soruşturmanın genel hükümler kapsamına göre tamamlanması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir.

Mahkeme tarafından hüküm kurulmuş olsa bile kişinin statüsü sanık değil şüphelidir.[125] Mahkeme safahatında şüpheli sorununu anlatabilecek düzeyde Türkçe bilmiyor veya engelliyse CMK'nın 202. madde hükmü uygulanacaktır. Şüpheliye tercüman atanacaktır. Burada *"engelli"* tanımı açık değildir. Akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik engel tanımında yer almaktadır. Oysaki Yönetmeliğin 7/1. maddesine göre, bu hallerde SMU'nun uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple Yönetmelik hükmü değiştirilerek sadece Türkçe bilmeyenlere

[125] Ersoy, 2020, s. 860

özgülenmelidir.[126] Düzenleme şüphelinin korunması ve savunma hakkının kutsallığı için yapılmıştır. Tercümanın giderleri suçüstü ödeneğinden karşılanmalıdır. İl adlî yargı adalet komisyonları tarafından her yıl belirlenen listelerde yer alan kişiler arasından tercümanlar seçilmelidir.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde[127] SMU'da ödenmesi gereken müdafi ücretine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak *"tarifede yazılı olmayan hukuki yardımlar için, işin niteliği göz önünde tutularak, bu tarifedeki benzer işlere göre ücret belirlenmelidir"* (m. 20). Bu sebeple, Cumhuriyet başsavcılığı ve mahkemede hukuki yardımda bulunan müdafii lehine, avukatlık ücretinin tayin ve takdirinde tarifenin 2. kısım, 2. bölümde belirlenen miktarlar üzerinden avukatlık ücreti takdir edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

b. Talepnamenin Mahkemece Geri Gönderilmesi

Şüpheli müdafii huzurunda mahkeme tarafından dinlenecektir. Talepname hazırladıktan sonra şüphelinin mahkemeye çıkmaktan sarfınazar etmesi ve adliyeden ayrılması, mazeret bildirmemesi hallerinde SMU'nun uygulanmasından vazgeçtiği kabul edilmelidir (CMK m. 250/9). Bu halde soruşturmanın genel hükümlere göre tamamlanması için mahkeme dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına geri gönderecektir. Aynı durum, mahkemeye çıkan şüphelinin usulün uygulanmasını istememesi halinde de uygulanmalıdır.[128]

Talepnamenin mahkeme tarafından incelenmesi sonrasında, mahkeme eksik veya hatalı noktaları belirtecektir. Talepnamedeki eksik noktaların tamamlanması amacıyla, talepnamenin Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verebilecektir. Yaptırımda maddi hata yapılmışsa, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinde bu usulün uygulanması talep edilmişse mahkeme talepnamenin Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verecektir. Yine, belirlenen yaptırımda hükmün açıklamasının geri bırakılmasının, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların, hapis cezasının ertelenmesinin objektif şartları yoksa mahkeme talepnameyi geri gönderecektir. Teklif edilen cezanın kapsamına uygun olan bir güvenlik tedbirinin belirtilmemesi de talepnamenin geri gönderilmesi sebebidir. Geri gönderilen talepname sonrasında, Cumhuriyet savcısı eksiklik ve hatalı noktaları tamamlayacaktır. Bu karar sonrasında, usulü işlemlerin yeniden yapılıp yapılmayacağı uygulamada bir sorun olarak belirmektedir. Bizce, şüpheli aleyhinde bir geri gönderme kararı yoksa şüphelinin yeniden çağrılması ve usulü işlemlerin tekrarlanmasına gerek

[126] Atalay, 2020, s. 672

[127] RG. 20.11.2021, S. 31665

[128] Baytaz, 2020, s. 259

bulunmamaktadır. Geri gönderme sebeplerinin tamamlanması yeterlidir. Eksiklikler giderildikten sonra Cumhuriyet savcısı yeniden düzenleyeceği talepnameyi mahkemeye sunacaktır (Yönetmelik m. 13/3).

c. Talepnamenin Mahkemece Ret Edilmesi

Mahkeme isnat edilen eylemin SMU'nun kapsamında bulunmadığı veya teklifin usulüne uygun yapılmadığı, şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmediğine kanaat getirirse, talepnameyi ret edecektir. Bu hallerde, dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecektir. Mahkeme, Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Hükmünü iddianamede nitelikleri belirtilen *"fiil"* ve *"fail"* hakkında verecektir. Fiilin nitelendirilmesinde mahkeme *"iddia"* ve *"savunmalarla"* bağlı değildir (CMK m. 225). Yaptığı inceleme sonrasında, Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmaksızın, talepnamedeki vasıflandırmadan bir noktaya ulaşmışsa, talebi ret edecektir. Talepnamenin gönderilmesinden sonra Cumhuriyet başsavcılığı eksiklikleri gidermişse, yeniden talepname düzenleyecektir. Yeni talepname sonrasında mahkeme yeniden denetimini yapacaktır. Denetim sonucunda olumlu kanaat getirirse, talepname kapsamında karar verecektir. Aksi halde talebi ret ederek soruşturmanın genel hükümler uyarınca yürütülmesini isteyecektir. Bu halde şüphelinin usulün uygulanması talebine dair beyanları ile usulün uygulanmasına ilişkin belgeler, sonraki soruşturma ve kovuşturmalarda delil mahiyetinde kullanılamayacaktır. Bu düzenleme, ceza yargılamasına egemen olan *"usul ekonomisi, "gecikmezlik ve kısalık"* ilkelerine aykırıdır. Kullanılamayacak belgeler arasında istisnai bir düzenleme yapılmalıdır. SMU'nun uygulanması öncesinde, soruşturma dosyasında bulunan *"sair belgeler"* istisna tutulmalıdır. Delil değerlendirme yasağı kapsamında olmamalıdır.[129]

2. Talepnamenin Geri Gönderilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler

Talepname geri gönderildikten sonra, Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlanacaktır. Geri gönderme kararında belirtilen hatalı noktalar düzeltildikten sonra, talepname yeniden düzenlenecektir. Yeni talepname mahkemeye gönderilecektir. Yeni talepname sonrasında aynı incelemeler tekrar yapılacaktır. Mahkemece hüküm kurulurken, TCK'nın 61. maddesi kapsamında ceza belirlenecektir. Suçun kanuni tanımındaki cezasının alt ve üst sınırı gözetilecektir. Bu şekilde belirlenen temel cezada, şartları oluşmuşsa zincirleme suç (TCK m. 43) hükümleri uygulanabilecektir. Belirlenen sonuç cezada, yarı oranında indirim uygulanacaktır. Yaptırım

[129] Baytaz, 2020, s. 263; Erdem/Şentürk, 2019, s. 595

uygulanmasının yanı sıra güvenlik tedbirlerine (TCK m. 53) ilişkin hükümlerde uygulanabilecektir.

IV. SORUŞTURMANIN GENEL HÜKÜMLERE GÖRE SONUÇLANDIRILMASI

Mahkeme yapacağı denetim ve inceleme sonrasında, belirtilen hükümlere aykırılık, talepnamede maddi hata, yaptırım hakkında hükmün açıklamasının geri bırakılması, seçenek yaptırımlar, erteleme maddelerinin uygulanmasında nesnel şartların gerçekleşemediğini tespit ettiğinde, talep yazısını Cumhuriyet başsavcılığına iade edecektir. Eksikliklerin giderilmesini isteyecektir. Cumhuriyet başsavcılığı iade yazısındaki eksikleri ve hatalı hususları tamamladıktan sonra, yeniden düzenleyeceği talepname yazısını mahkemeye gönderecektir. Mahkemenin inceleme ve denetleme yaptığı bu hususlar, kurumun ilk halinde düzenlenmemişti. Öğreti de bu durum eleştirilere konu edilmiştir.[130] Düzenlemenin değişiklik öncesindeki ilk halinde bu yetkiler mahkemeye tanınmamıştı. Buna karşılık, *"Talepnamenin incelenmesi"* başlıklı Yönetmeliği'nin 13. maddesinde kanunda yer almayan bu yetkiler mahkemeye tanınmıştı. 7331 sayılı Kanunun 22. maddesiyle yapılan düzenleme sonrasında, bu durum düzeltilmiştir. *"Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, SMU uygulanmayacaktır"* (Yönetmelik m. 5/6).

V. MAHKEMENİN VERDİĞİ KARARA KARŞI KANUN YOLU

Mahkeme, Cumhuriyet savcısının talep yazısı kapsamında, talepnamede belirlenen yaptırımdan ağır olmamak kaydıyla bir hüküm kuracaktır. Mahkeme kavramından anlaşılması gereken nedir? Anayasa Mahkemesi' ne göre, *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme sözlerini, bir davaya bakmakta olan hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen mercidir"*[131] Kovuşturma aşamasında yargılama görevini üstlenen makama mahkeme denilmektedir. Bunun haricinde kararları veren makama da hâkimlik denilmektedir. Bu tanıma göre, her mahkeme aynı zamanda hâkimlik niteliğinde kabul edilirken her hâkimlik mahkeme niteliğinde değildir.[132]

---

[130] Baytaz, 2020, s. 260; Erdem/Şentürk, 2019, s. 596; Aygörmez Uğurlubay/Haydar/ Korkmaz, 2019, s. 273

[131] Kemal Başlar, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yayınları, Ankara, 2005, 1. baskı, s. 16; AYM, Anayasa Mahkemesi, E. 1967/15, K. 1967/15, R.G. 04 Kasım 1967: 12742, C. 5, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 119

[132] Evren Koç/Cengiz S. Konuralp, Yargı Örgütü ve Tebligat, İ.Ü. Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 10

1. İtiraz Kanun Yolu

Diğer kanun yollarından farklı olarak itiraz kanun yoluna *"ara kararlar"* bakımından gidilmektedir. Diğer kanun yollarına *"son karar"* veya *"hükümler"* bakımından gidilebilmektedir.[133] SMU uygulanmak suretiyle mahkemece kurulan hükme itiraz kanun yolu (CMK m. 267) açıktır. Taraflar, kararın öğrenilmesinden itibaren yedi gün içerisinde kararı veren mahkemeye itirazda bulunabilir. İtiraz, hâkim veya kanunun belirlediği hallerde mahkeme kararlarının, üst bir merci tarafından yeniden incelenmesidir. İtiraz kanun yolunun konusu, hâkim kararları, istisnai olarak mahkeme ara kararlarıdır. Oysaki SMU sonrasında hüküm kurulmaktadır. Verilen kararda, CMK'nın 230. maddesi kapsamında *"mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde"* bulunması gereken zorunlu tüm hususlar yer almalıdır. Bu sebeple "istinaf" kanun yolunun açık tutulması daha isabetli olurdu. Kanaatimizce itiraz kanun yolunun açık olması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinden ibarettir. Usulün hızlı, etkili ve sonuca elverişli olma unsurlarını tamamlamaktadır. Uygulamada, şüphelinin teklifi müdafi huzurunda kabul etmesine rağmen müdafilerin usulen karara itiraz ettikleri gözlemlenmektedir. Burada asilin teklifi kabul etmesi sebebiyle bu itiraz pratik bir fayda sağlamamaktadır. Yönetmeliğin 15. maddesine göre,*"hükme genel hükümler çerçevesinde itiraz edilebilir."* Öğretide, *"genel hükümler çerçevesinde itiraz"*dan kast edilenin CMK'nın 267 ilâ 271 arasında düzenlenen itiraz kanun yolu olduğu belirtilmektedir.[134] *"Cumhuriyet savcısı", "şüpheli", "sanık", "katılan", "katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar"* itiraz kanun yoluna başvurabilir (CMK m. 260/1). Yine, *"şüpheli müdafii"* (m. 261), *"şüphelinin yasal temsilcisi ve eşi"* (m. 262) itiraz kanun yoluna başvurabilir. Kanunun ilk düzenlenmesinde yapılacak itirazın kapsamına dair açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. 7331 sayılı Kanunun 22. maddesiyle CMK'nın 250/14. Fıkrasında, itiraz merciinin yapacağı denetim açıklığa kavuşturulmuştur.

2. İtiraz Kanun yolunda Verilebilecek Kararlar

İtiraz üzerine, Asliye ceza mahkemesi hâkimi itirazın yerinde olduğuna kanaat getirirse kararını düzeltecektir. İtirazı yerinde görmezse, en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan, yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesine gönderecektir. İtiraz merciinin inceleme yetkisi sınırlıdır. İtiraz mercii, teklifin usulüne uygun yapılıp yapılmadığına, şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul edip etmediğine bakacaktır. Yine itiraz mercii, eylemin SMU'nun kapsamında olup olmadığına, var olan delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesinin gerekip gerekmediğini inceleyecektir. Kurulan hükmün, talepte

[133] Özen, 2018, s. 846

[134] Ersoy, 2020, s. 861; Aygörmez Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, 2019, s. 273

belirtilenden ağır olup olmadığına, temel cezanın belirlenmesi usulüne, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığına, netice cezada yarı oranında indirim yapılıp yapılmadığına bakacaktır. İtiraz mercii güvenlik tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığı hususunu da denetleyecektir. Öğretide, itiraz merciinin mahkeme hükmünü sadece şekli bakımdan değil, esas incelemesine girerek maddi ve hukuki yönden denetlemesi gerektiği ileri sürülmektedir.[135]

İtiraz başvurusunun kabulü durumunda merci itiraza konu olan hukuka aykırı kararını kaldıracaktır. İtiraz hakkında kendisi bir karar verecektir (CMK m. 271/2). Öğretide, hukuki ve maddi şartların varlığı durumunda, itiraz merciinin kararı kaldırıp beraat kararı (CMK m. 223/2) verebileceği ileri sürülmektedir.[136] İtiraz kanun yolunda, üzerinde durulması gereken bir konu da hükümde *"aleyhe değiştirme yasağının"* uygulanıp uygulanamayacağıdır. İstinaf kanun yolu bakımından bu yasak CMK'nın 283. maddesinde düzenlenmiştir. İtiraz kanun yolunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. *"Aleyhe değiştirme yasağı"* kanun yolunda sanık lehine kabul edilmiş ceza yargılaması ilkesidir. Sanık lehine olacak şekilde kanun yoluna başvuru yapılmışsa, önceden verilmiş hüküm sanık aleyhine ağırlaştırılamayacaktır.[137] Öğretide çoğunlukla kabul gören görüş; itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağının uygulanamayacağıdır.[138] Bu yasağın uygulanabileceğinin kabulü *"hak arama hürriyeti"* ile*"adil yargılanma ilkesine"* aykırılık oluşturacaktır. SMU'da hüküm mahkeme tarafından kurulmaktadır. CMK'nın 272. maddesine göre *"ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir."* Ancak genel usul kuralından ayrı olarak, hükme karşı istinaf değil, itiraz kanun yolu düzenlenmiştir. Böylece CMK'da, mahkeme hükmüne karşı istinaf kanun yoluna başvurulacağına dair genel kuralın istisnai bir şekli düzenlenmiştir.[139] Ceza muhakemesinin genel kuralları kapsamında *"hüküm"* kavramından hareketle, hükme karşı istinaf kanun yolu düzenlenmelidir.[140]

SONUÇ

SMU mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla klasik ceza yargılaması dışında kurgulanmıştır. İddia, savunma ve hüküm yani

---

135 Ersoy, 2020, s. 862

136 Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 192; Ersoy, 2020, s. 862

137 Sesim S. Güleç, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatıoınpeıus) Yasağı", Prof. Dr. Durmuş Tezcan' a Armağan, S. 21 (özel sayı), 2019, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 701-750, s. 746

138 Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio İn Peius) Yasağı", Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 383; Ersoy, 2020, s. 865

139 Ersoy, 2020, s. 861

140 Aygörmez Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, 2019, s. 275

yargılama faaliyetinin olmadığı bir usuldür. Yargılama yapılmayarak hızlı hüküm verilmesini amaçlamaktadır. Bu usul ceza yargılamasında basit suçların muhakemesi için getirilmiştir. Basitleştirilmiş ve genel yargılamaya alternatif olma özelliği bulunan SMU, CMK'nın 250. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Bu düzenleme çok geneldir. Ayrıntılı düzenlemeler yönetmelikle yapılmıştır. Alt norm olan yönetmelikler, kanunun uygulanma şeklini gösterirler ve kanuna aykırı olamazlar. Kanunla düzenlenmesi gereken hususların, alt norm olan yönetmelikle düzenlenmesi kuruma yöneltilebilecek önemli eleştirilerden birisidir.

SMU'da "teklif" soruşturma işlemleri tamamlanmasından sonra yapılmaktadır. Teklif müdafii huzurunda şüpheli tarafından özgür iradesiyle kabul edilmektedir. Talepname hazırlanarak ceza belirlenmektedir. Bu aşamada şüphelinin kabul ettiği teklifin içeriğine dair bir fikri bulunmamaktadır. Çünkü henüz ceza belirlenmemiştir. Aslında şüphelinin kabul ettiği, kendisi hakkında SMU'nun uygulanmasına dair özgür irade beyanıdır. Bu sakıncalı durumun giderilmesi adına, cezanın Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmesi sonrasında, teklifin yapılması ve SMU'nun uygulanmasını isteyip istemediğin sorulması olmalıdır. Şüphelinin teklifi kabul etmesi halinde alacağı cezayı bilmesi, teklifin kabul veya reddi bakımından ayırt edici en önemli hususdur.

Talepname içeriğinde iddianame de olduğu gibi yüklenen suçu oluşturan olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilmelidir. Talep somut gerekçeleri içermelidir. Talepnamede olay ve suç delili olmayan bilgilere yer verilmemelidir. Mahkemece kurulacak hükmün gerekçeli olması yönünde ayrıntılı ve yeni bir düzenleme yapılması yerinde ve isabetli olacaktır.

Hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen kişiler, erteleme süresinde, kasıtlı ve yeni bir suç işlerse erteleme kapsamındaki kamu davası açılmalıdır. Ancak bu durumda, SMU'nun uygulanabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK'nın 171/4. maddesinde *"kamu davası açılır"* kesin nitelikli belirlemesi sebebiyle, SMU'nun uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak hukuksal çıkarım yerine yasal bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

SMU'ya yönetilebilecek önemli bir eleştiri de, suçla etkin mücadele hususundaki rolüdür. Bu sistemle birlikte, şüpheli hakkında kanun maddesinde belirlenen cezadan daha azına karar verilmektedir. Cumhuriyet savcısı, TCK'nın 61/1. maddesini göz önünde tutmak suretiyle temel cezayı ve bu cezada yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirleyecektir. Temel cezanın belirlemesinde *"suçun işleniş biçimi", "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar", "suçun işlendiği zaman ve yer", "suçun konusunun önem ve değeri", "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı", "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı", "failin güttüğü amaç ve saik"* göz önünde bulundurulacaktır. Ülkemizde, şüpheli lehine uygulama ve yüksek mahkeme içtihatları gözetilerek çoğunlukla, işlenen suçun kanuni tanımında düzenlenen cezanın alt ve üst sınırları

arasında temel ceza alt sınır esas alınmak suretiyle belirlenmektedir. Kanun metninde sayılan bazı suçlarda bu usulün uygulanması şüpheli aleyhinde sonuç doğurabilmektedir. Şöyle ki, CMK'nın 250/1, a9 bendinde düzenlenmiş olan *"Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (m. 268)"* suçu, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. SMU'ya tabidir. Şartları oluşmuşsa TCK'nın 269. maddesi kapsamında "etkin pişmanlık" hükümleri uygulanabilecektir. Ancak SMU'da etkin pişmanlığın uygulanabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Farklı zamanlarda yapılacak etkin pişmanlık hallerinde cezada 1/3 ilâ 4/5 arasında indirim yapılabilecektir. Oysaki SMU'da yapılabilecek en fazla indirim cezanın 1/2 oranında olabilecektir. Bu halde şüphelinin SMU'yu kabul etmeyerek soruşturmanın genel hükümler kapsamında yürütülmesini talep etmesi halinde lehine sonuç doğabilecektir.

CMK'nın 250/1-a maddesinde sayılan katoloğ suçların alt sınırları dikkate alındığında, hafif nitelikte suçlar olduğu ve belirlenecek sonuç cezaların çoğunun kısa süreli hapis cezaları olacağı görülmektedir. TCK'nın 49/2. maddesine göre, *"hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır."* Kanunun 50 ve 51. maddesine göre, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve ertelenmesi mümkündür. CMK'nın 231. maddesi kapsamında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri uygulanabilir. Sonuç cezada, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun kapsamında *"şartla salıverme"* ve *"denetimli serbestlik"* hükümleri uygulanabilecektir. Bu sebeple katoloğ suçlarda cezanın, ceza infaz kurumunda infazı söz konusu olmayacaktır. Bu gerçeklik adaletsizlik ve işlenen suçlarda cezasızlık düşüncesine yol açabilecektir. Bu durum suç işlemekten kaçınma yani cezai yaptırımın caydırıcılığı gerçeğine zarar verebilecektir.

Kanunda tekerrür halinde, SMU'nun uygulanmayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargılamanın hızlandırılması amaçlanırken, *"mükerrer"* ve *"itiyadi suçlular"* bakımından istisnai bir düzenleme yapılmamıştır. Bizce ceza adaletinin sağlanması bakımından yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Tekerrür halinde SMU'nun uygulanmaması, ilk kez suç işleyen şüpheliler açısından usulün uygulanması, şüphelinin bu süreçte gösterdiği pişmanlıktan dolayı tekrar suç işlemeyeceği konusunda oluşan kanaat ayrıca dikkate alınmalıdır.

Sonuçları itibarıyla uzlaştırma kurumu, SMU'ya nazaran şüpheli lehine sonuç doğurmaktadır. Uzlaştırma hükümleri öncelikle uygulanmalıdır. Bu gerçeklik yönetmelikte düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelik yerine üst norm olan kanunla yapılması daha uygun olurdu.

Anayasa Mahkemesi'nin, 21.04.2022 gün ve 2020/87 esas sayılı iptal kararı sonrasında, kapsam dahilindeki olup kovuşturma evresine geçilmiş veya hükme bağlanmış tüm dosyalar bakımından da seri muhakeme usulü uygulanacaktır. Kanaatimizce bu karar, ceza

muhakemesi hukukunun genel ilkelerinden olan *"derhal uygulama ilkesi"* ile uyumludur.

Tüm alternatif çözüm yollarında olduğu üzere SMU'nun getiriliş amacı, mahkemelerin üzerindeki bulunan yargılama iş yükünün azaltılmasıdır. Bu kurumun düzenlenişi genel ceza yargılaması dışında olduğundan sistem ile uyuşmazlıklar görülmektedir. Kurum soruşturma safhasında değil kovuşturma safhasında uygulanmaktadır. Kovuşturma aşamasına geçilmesi gerektiğine dair düzenleme yapılmalıdır. Bu şekilde, mahkûmiyet hükmü kovuşturma aşamasında verilecektir. Verilen karar hüküm niteliğini kazanmasının yanı sıra kanun yolları bakımından da uygun bir düzenleme olacaktır. Sistemin yeniden düzenlenmesi, soruşturma aşamasının genel hükümler kapsamında ele alınması, düzenlenecek iddianame ve iddianamenin kabulünden sonra SMU'nun uygulaması yerinde olabilir. Karar kovuşturma aşamasında verileceği için uygulanacak kanun yollarına dair sorunlar ortadan kalkacaktır. Bu noktada, SMU uygulanarak verilen kararın "hüküm" olduğuna dair yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Aldemir H, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usulleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Arıkan C, "Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi", yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Anayasa) Anabilim Dalı, Ankara, 2011.

Aşçıoğlu Ç, "Yargıda Gerekçe Sorunu", C. 15, S. 48, 2003, TBB Dergisi, ss. 109-116.

Atalay A Ö, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü Ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", C.2, 202,0 GSÜHFD, ss. 653-732.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi (Adil Yargılanma Hakkı), Ankara, 2014, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı Yayını

Aygörmez Uğurlubay A G/Haydar N/Korkmaz M, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", C. 1, S. 2, 2019, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 255-306.

Aygörmez A. G/Korkmaz M, Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

Başlar K, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yayınları, Ankara, 2005.

Baytaz A B, "Seri Muhakeme Usulü", C. 8, S. 2, 2020, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 227-273.

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

Çakmut Y Ö, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları", Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2010

Çulha R/Demirağ F/Oktar S/Taner G F/Tezcan D/Yenisey F, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020.

Değirmenci O, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)", Ocak-Haziran, 2020, Batı Adalet Dergisi, ss. 16-22, s. 21.

Demirtaş S, "Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi", C. 21, S. 2, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 491-515.

Doğan K, "Cezaların Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi", C. 2, S. 4, 2007, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 277-304.

Doğan Ç. D, "Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Öznel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu", Prof. Dr. Durmuş Tezcan' a Armağan, S.21 (özel sayı), 2019, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1029-1058.

Dönmezer S/Sahir E, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.2, 9. Baskı, İstanbul, 1986.

Dülger M V, "Yargı Reformu: Gerçekten Bir Reform Mu?", (https://www.hukukihaber.net/yargi-reformu-gercekten-bir-reform-mu-makale,7053.html., çevrimiçi, s.e.t. 10.12.2021).

Er E, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri Ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", C. 3, S. 1, 2021, Yaşar Hukuk Dergisi, ss. 55-111.

Erdem R M/Şentürk C, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)", 2019, C. 14, S. 41, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 573-601.

Eriş A U, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Ve Uzlaştırma Eğitimi", C. 31, S. 137, 2018, TBB Dergisi, ss. 241-270.

Ersoy U, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio İn Peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Ersoy U, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", C. 28, S. 2, 2020. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 857-885.

Eser A, "Theacceleration Of Criminalproceedingsandtherights Of Theaccused: Comparativeobservations As Tothe Reform Of Criminalprocedure İn Europe". C. 3, S. 4, 1996, Maastricht Journal of Europeanand Comparative Law, ss. 341-369

Feyzioğlu M, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", C. 48, S. 1-4, 1999, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 135-163.

Garoupa N/Stephen, H F, "Whyplea-bargainingfailstoachieveresults in somanycriminaljusticesystems", A newframeworkforassessment.Maastricht Journal of EuropeanandComparativeLaw, C. 15, S. 3, 2008, ss. 323-358.

(https://journals.sagepub.com/toc/maaa/15/3, s. 323. çevrimiçi, s.e.t. 02.04.2021).

Gödekli M, "Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1815-1924.

Göktürk N, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı", C. 2, S. 1-2, 2014, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss. 31-59 .

Güleç S S, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatıoınpeıus) Yasağı", Prof. Dr. Durmuş Tezcan' a Armağan, S. 21 (özel sayı), 2019, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 701-750.

Kaşka H, "Olan Ve Olması Gereken Açısından Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme", C. 153, 2021, TBB Dergisi, ss. 107-167.

Kızılarslan H, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme Ve Basit Muhakeme Usulleri", C. 14, S. 183-184, 2019, Bahçeşehir Üniversitesi H.F.D, ss. 1885-1960.

Kitapçıoğlu T, Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Koca M, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", C. 4, S. 1-2, 2000, AÜEHFD, ss. 105-146.

Koca M, "Fikri İçtima", C. 2, S. 4, 2007, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 197-221.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 3. baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Evren K/Konuralp S C, Yargı Örgütü Ve Tebligat, İ.Ü. Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2019

Kunter N ve Yenisey F, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Kurt S S, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi", C. 9, S. 17, 2021, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 383-428.

Maden M, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Özbek Ö V/Kanbur N M/Doğan K/Bacaksız P/Tepe İ, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Önok R M, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)", C. 121, 2015, TBB Dergisi, ss. 157-202.

Özbek M, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler Ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", C. 51, S. 2, 2002, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 121-162.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Özen M, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", C. 20, S. 71, 2007, TBB Dergisi, ss. 239-253.

Özen M, Öğreti Ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Öztürk B, "Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü", C. 15, S. 1-2, 2016, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi, ss. 413-428.

Öztürk B/Erdem R M, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Parlar A, Açıklamalı Atıflı Ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018.

Parlar A/Yüksel G E/Hatipoğlu M, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu Ve İspat, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008.

Pradel J, "Amerikan, İtalyan Ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak Kusurun Kabulü", Çev.: T. Zeynep Kangal, C. 73, 2007, TBB Dergisi, ss. 217-237.

Sancar Y T, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", C. 20, S. 70, 2007, TBB Dergisi, ss. 244-259.

Sezer Y/İpek İ A, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", C. 1, S. 3, 2010, TAAD, ss. 43-74.

Sözüer A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2020.

Şahin C, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 9. baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Şahin, E M, "Yargılamayı Hızlandıran Bir Model Olarak Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Hüküm Anlaşması", C. 11, S. 1, 2020, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 303-320.

Şık H, "Suçsuzluk Karinesi", S. 1, 2012, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 103-145.

Taner M T, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950.

Tanrıver S, "Tabii Hâkim İlkesi Ve Medeni Yargı", C. 104, 2013, TBB Dergisi, ss. 11-35.

Toroslu N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Tulay M E, "Seri Muhakeme Usulü", C. 85, S. 2, 2020, İzmir Barosu Dergisi, ss. 117-157, s.144.

Turan H, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' ndeki Yeri Ve Önemi", C. 84, 2009, TBB Dergisi, ss. 213-230.

Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Yaşar E, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", C. 2, S. 65, 2020, Adalet Dergisi, ss. 255-299.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Yenisey F, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", C. 19, S. 2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 453-470.

Yetimoğlu E M, "Türk Ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuklarında Seri Muhakeme Usulüne Karşılaştırmalı Bakış", C. 1, 2019, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 59-96.

Yılmaz Z/Apiş Ö, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", C. 26, S. 1, 2020, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 62-106.

Yurtcan E, Ceza Yaptırımı Ve Bireyselleştirme, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler, İstanbul, 1998.

Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2019.

AYM, Anayasa Mahkemesi, E. 1967/15, K. 1967/15, R.G. 04 Kasım 1967: 12742, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, C. 5, S. 119.

AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2021/16, (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210615.pdf.), çevrimiçi, e.t. 31.03.2021)

AYM, Anayasa Mahkemesi, E. 2020/87, T. 21.04.2022.

Yargıtay CGK, 2018/3-112 Esas, 2018/635, K.T. 13.12.2018, UYAP

Yargıtay 8. CD, K. 2019/6532, T. 08.05.2019, UYAP

Yargıtay 8. CD, K. 2021/15483, T. 07.06.2021, UYAP

Yargıtay 8. CD, K. 2021/16554, T. 23.06.2021, UYAP

Yargıtay 9. CD. K. 2009/4420, T. 16 Nisan 2009, UYAP

Yargıtay 12. CD, K. 2012/1754, T. 02 Şubat 2012, UYAP

Yargıtay 12. CD, K.2021/1580, T. 16 Şubat 2021, UYAP

TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA "ADİL YARGILANMA HAKKI"

The Right to a Fair Trial in the Context of the Example Decisions of the Turkish Constitutional Court

Esra BAHAR*

Öz: Bir devlet, bireylerin temel hak ve özgülüklerini koruma ve bireyleri devlete karşı koruyarak bu hakları güvence altına almak temel görevine sahiptir. Bu kapsamda bireylere tanınan hak ve özgürlükler arasında yer alan adil yargılanma hakkı, 1982 Anayasası'nda hak arama özgürlüğünün düzenlendiği md. 36'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise md. 6'da düzenlenmiştir. Hukuk sistemimiz içerisinde büyük bir öneme sahip olan adil yargılanma hakkı, Anayasa'da ve kanunlarda yapılan değişikliklerle sürekli revize edilerek, tam anlamıyla eksiksiz şekilde uygulanmaya çalışılmaktadır. Bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve hürriyetler arasında oldukça önemli bir yer taşıyan adil yargılanma hakkı, bir hukuk devletinde, uyuşmazlık öncesi kurulmuş olan mahkemelerde, doğal hakim tarafından yapılan ve bireyin savunma hakkını tam olarak kullanabildiği yargılama şeklinde tanımlanmıştır. Bu itibarla çalışmamızda, adil yargılanma hakkına ilişkin 1961 ve 1982 Anayasaları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bilgi verilmeye çalışılarak, ele alınan adil yargılanma hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında verdiği bir takım kararlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa.

Abstract: A state has the fundamental duty of protecting the fundamental rights and liberties of individuals and of securing these rights by protecting individuals against the state. In this context, the right to a fair trial, which is among the rights and freedoms granted to individuals, is regulated in Article 36 of the 1982 Constitution, which regulates the right to seek rights, and in Article 6 of the European Convention on Human Rights. The right to a fair trial, which has a great importance in our legal system, is constantly being revised with the amendments made in the constitution and laws, and it is tried to be fully implemented. The right to a fair trial, which has a very important place among the fundamental rights and freedoms that can be the subject of an individual application, has been defined as the judgment made by a natural judge in the courts established before the dispute in a state of law, in which the individual's right of defense can be fully exercised. In this respect, in our study, some decisions of the Constitutional Court regarding the right to a fair trial within the scope of individual application were examined by trying to give information on the right to a fair trial within the scope of the 1961 and 1982 Constitutions and the European Convention on Human Rights.

Keywords: Right to a fair trial, individual application, Constitutional Court, European Convention on Human Rights, Constitution.

* Hacettepe Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, safe35@outlook.com, ORCID: 0000-0001-5182-5262

Makale Geliş Tarihi: 03.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 18.05.2022

GİRİŞ

Devletin temel görevi bireylerin hak ve özgülüklerini korumak olup, Anayasa ile bireylere tanınan hak ve özgürlükler, bireyleri devlete karşı korumak için tek başına yeterli değildir. Anayasa'nın temel amacı, devletin ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) doğrudan koruması altında olan temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu kapsamda etkili ve ikincil nitelikli bir iç hukuk yolu olan bireysel başvuru müessesesi, devlet organlarının yaptığı temel hak ihlallerine karşı bireyi korumak suretiyle hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

Bireysel başvuru müessesesi, Anayasa ile kanunda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin, kamu gücüne dayanılarak yapılan işlem veya eylemler sebebiyle ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilerek, hak ihlali olduğunun tespit edilmesi halinde söz konusu durumun giderilmesi olarak ifade edilebilir. Bireysel başvuru AYM kararlarında da, herkesin Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurabileceği bir hak arama yolu olarak ifade edilmektedir.

Adil yargılanma hakkı ise, birçok ulusal ve uluslararası hukuki belgede güvence altına alınan ve çok sayıda alt unsuru bulunan bir temel hak ve hürriyettir. Bu hak, bir hukuk devletinde hukukun üstünlüğünün sağlanmasını amaçlayan ve bireylere güvence veren temel unsurdur. Bu hak kapsamında, AYM'ye çok sayıda bireysel başvuruda bulunulmakta ve Yüksek Mahkeme tarafından özgür ve bağımsız şekilde yapılan değerlendirmeler neticesi kararlar verilmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda, öncelikle adil yargılanma hakkı kavramı, ulusal ve uluslararası hukuk kapsamındaki düzenlemelere yer verilmek suretiyle ve AYM kararları bağlamında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. ADİL YARGILANMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Devletin maddi anlamdaki yargılama faaliyeti, hukuki uyuşmazlıklar ile hukuka aykırılık iddialarını karara bağlama şeklinde ifade edilir. Organik anlamda yargılama faaliyeti ise, kanuna dayanılarak kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usûlleri izlenerek kesin hükme bağlanması olarak ifade edilmektedir. Yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonunu birbirinden ayıran temel ölçüt, bağımsızlık ve tarafsızlıktır. Yargılama yapacak mercii, çözülmesi

istenen uyuşmazlığa doğrudan ya da dolaylı taraf olmayan, uyuşmazlığın taraflarından bağımsız kişi/kişilerden oluşmaktadır.[1]

Adil yargılanma hakkı, ulusal ve uluslararası mevzuatta birçok şekilde hüküm altına alınmıştır. AİHS md. 6'da; herkesin davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu, kararların aleni olarak verileceği, ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonunun tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabileceği, bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı düzenlenmiştir.

Maddenin devamında da, bir suç ile itham edilen şahısların sahip olduğu asgari hakların ise;

*Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,

*Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak,

*Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak, eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksunsa ve adaletin yerine getirilmesi için gerekli görüldüyse, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek,

*İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek,

*Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak,

şeklinde sıralandığı görülmektedir.[2]

AİHS md. 6 ile, hem kişisel (medeni) hak ve yükümlülükler hem de kişi hakkında bir suç isnadı bulunan uyuşmazlıklara ilişkin

[1] Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 23. baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.470.

[2] https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (s.e.t: 09.07.2021)

düzenleme getirilmiştir. Bu kapsamda AİHS, hem cezai hem de özel hukuk anlamında insan haklarını korumaktadır.[3]

1982 Anayasası'nda, 2001 yılında yapılan değişiklik çerçevesinde adil yargılanma hakkı Anayasa'ya işlenmiştir. Hak arama özgürlüğüne ilişkin md. 36'ya yapılan ilave ile AİHS md. 6'da bulunan adil yargılanma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, Anayasa'da adil yargılanma hakkıyla ne kastedildiği ayrıca bu hakkın temel gerekleri de belirtilmemiş olup, ancak bir davanın varlığı halinde bu hakkın sağladığı güvenceler somut hale gelebilecektir.[4]

Diğer taraftan, 2001 yılında yapılan değişiklik sonucunda Anayasa md. 36'ya dahil edilen adil yargılanma hakkının kapsamı ve unsurları usûl kanunlarımızda açıkça belirlenmediğinden, AİHS metni ile AİHM kararlarında ortaya konan alt ilke ve haklar Anayasa'nın anılan maddesinin bir parçası halini almış, diğer bir ifadeyle zımnen bu alt ilke ve haklar md. 36 kapsamına dahil kabul edilmiştir. [5]

B. KAVRAM OLARAK

Anayasa, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve AİHS ile güvence altına alınmış bir hak olan adil yargılama hakkının, tanımı yapılmamıştır. Temel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkının, tanımına ilişkin doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu kapsamda, uyuşmazlığın tarafları arasında, fiili ve hukuki bir fark gözetilmeden eşitliğin sağlandığı, iddia ve savunmaların denk ve karşılıklı olarak yapıldığı yargılama, adil bir yargılama olarak kabul edilmiştir.[6] Diğer taraftan, AİHS ile kurulan sistem, genel anlamda kamu yararı çerçevesinde insan haklarının korunmasına ilişkin standartları yükselterek, insan hakları alanında oluşan içtihatları Sözleşme Devletleri'nin oluşturduğu topluluğun tamamına yayma görevini

---

[3] Ergin Cinmen/Ahmet Dindar, AYM Bireysel Başvuru Kararları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.249.

[4] Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.272; Ömer Keskinsoy, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, 6. baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2021, s.58.

[5] Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013, s.214.

[6] Ezgi Çırak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı", Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, s.1002. (https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/EZGI-CIRAK.pdf "Çevrimiçi" "Erişim Tarihi: 23.04.2022")

üstlenmiştir. Bu kapsamda AİHS'de hakkın tanımı yapılmamış olup, sadece adil yargılanma hakkının unsurları belirtilmiştir. [7]

İngiltere'de ortaya çıkan, insan haklarının uygulanması açısından ilk anayasal belge olarak kabul edilen 1215 Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) ile haksız yere insanların tutuklanarak hapse atılamayacağı ve bu amaçla zor kullanılamayacağı şeklinde yer alan düzenlemeler, adil yargılanma kavramı kapsamındadır. Aynı şekilde İngiltere'deki akımdan etkilenen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde de, insanların yaşam hakkının en doğal hak olarak kabul edilmesinin yanı sıra, adil yargılanma hakkına da yer verilmiştir.[8]

Ayrıca, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ve ülkemizde de 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe giren AİHS md. 6'da "Adil yargılanma hakkı" (Right to fair trial) düzenlenmiştir.[9] Madde hükmü, önceleri, "sağlıklı adalet yönetimi" isteme hakkı genel deyimi ile adlandırılmış, sonrasında ise "adil yargılama" (hakkaniyete uygun yargılama) kavramıyla belirlenen bir hakkın güvence altına alındığı ifade edilmiştir.[10] 11 No.lu Protokol, Türkiye tarafından 11 Mayıs 1994 tarihinde imzalanmıştır. Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi, 20 Haziran 1997 tarihli ve 23025 sayılı Resmî Gazete'de (R.G.) yayımlanmış olup, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Bu resmi Türkçe çeviride, açık bir şekilde "Adil yargılanma hakkı" ibaresine yer verilmiştir.[11]

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKI

Bir diğer adı Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme olan AİHS ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde kabul edilen temel hak ve özgürlükler daha detaylı şekilde tanımlanarak, bu hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda cezalandırma yetkisine sahip olan bir yargı organı oluşturulmuştur. AİHS, getirdiği

---

7 "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine İlişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü)", 2019, s.4. (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf s.e.t: 23.04.2022).

8 Gülistan Başcı, "1808 Sened-i İttifak ve 1839 Tanzimat Fermanının 1215 Magna Carta ile Anayasacılık ve İnsan Hakları Açısından Karşılaştırılması", S.46, 2021, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss.230,231. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1320309 s.e.t: 23.04.2022).

9 https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi (s.e.t: 09.07.2021)

10 Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama", C.49, S.1, 1994, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s.200. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36522 s.e.t: 27.09.2021)

11 https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/60-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-11-numaral-protokol/ (s.e.t:23.04.2022)

zorunlu yargı sistemi ve kurulan yargı organı ile insan haklarının korunması bağlamında etkili olan uluslararası metinlerin en önemlisidir. Bu Sözleşme sayesinde, insan haklarına uluslararası alanda önemli bir kanuni belgede yer verilerek, insan haklarının korunmasını sağlayacak yargısal mekanizmalara başvuru imkanı sağlanmıştır.[12]

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme md. 6'da genel hatlarıyla düzenlenmiştir. Eksik kalan hususlar ise, AİHM tarafından yorum ve içtihat yoluyla tamamlanmaktadır. Ülkemizin taraf olduğu AİHS ve buna ek Protokoller, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birisinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile AYM'ye bireysel başvuru yapılabilmesinin dayanakları arasında yer almaktadır.

Adil yargılanma hakkı Sözleşme md. 6'da, demokratik toplumun gereği olan hukukun üstünlüğü ilkesi ile Sözleşme kapsamındaki devletlerde var olan adaletin yürütülmesini amaçlayan yargı bağlamında güvence altına alınmıştır. Söz konusu madde, hukuk davalarında, tarafların usûle ilişkin hakları, ceza yargılamasında ise, suç isnat edilen şüphelinin hakları güvence altına alınmaktadır. Ancak, haklarının ihlal edilmiş olduğunu iddia eden kişiler dışında, yargılamaya katılan tanıklar, mağdurlar gibi diğer kişiler, bu madde kapsamında şikayet hakkını kullanamasalar bile bunların hakları AİHM tarafından dikkate alınmaktadır. AİHM içtihatlarında, adil yargılanma hakkının, sadece medeni hak ve yükümlülükler ile ceza alanına yönelik uygulandığı görülmektedir. Her bireyin davasının, cezai alanda ya da medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlıkların esası hakkında karar verecek tarafsız ve bağımsız, kanun ile kurulmuş bir mahkeme tarafından, kamuya açık şekilde, makul süre içinde görülmesini talep etme hakkına sahip olduğu madde metninden anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, md. 6'nın AİHS'in en önemli maddesi olmasının sebepleri arasında, çok kapsamlı ve geniş bir uygulama alanına sahip olması, aynı zamanda demokrasi ve hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkili olması, AİHM önüne gelen davaların büyük bir kısmının da anılan maddenin ihlalinden kaynaklanması hususları yer almaktadır.[13]

---

[12] Ahmet Burak Bilgin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", C.22, S.1, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.82. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/274329 s.e.t. 23.04.2022)

[13] Hüseyin Turan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", S.84, 2009, TBB Dergisi, s.213, (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-84-548 s.e.t.23.04.2022)

III. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Türk Hukuk sisteminin temeli, uyuşmazlıkların kutsal kitap, Hz. Muhammed'in sünneti ve bunlarda hüküm bulunamaması halinde ise, içtihad ve kıyas yolu ile çözüleceği, İslam Hukuku sistemine dayanmaktadır: Kur'an, sünnet, içtihad ve kıyas. Osmanlı Devleti dönemine gelindiğinde, adil bir yargılamanın sağlanabilmesi amacıyla, "kadı" olarak adlandırılan ve uyuşmazlıkları çözen görevli, merkezi otoriteye bağlanarak, merkezden atanmıştır. Böylece her türlü etkiden uzak, bağımsız ve adil bir şekilde görevini yerine getirmesi amaçlanmıştır.[14]

Osmanlı hukuk sisteminde, en önemli yazılı metin olan Mecelle'den başlayarak, Tanzimat Fermanı, 1875 yılında ilan edilen Adalet Fermanı ve 1876 Kânûn-ı Esâsî'de de (KE) adil yargılamanın unsurlarını içeren düzenlemelerin yer aldığı bilinmektedir.

Osmanlı Devleti'nin ilk anayasal belgesi olarak bilinen, 1808 Sened-i İttifak'ta yer verilen, sadrazamın iktidarın kullanılmasına katılarak sorumlu olacağı, hukuka aykırı karar vermemesi, kanuna aykırı işler yapmaması gerektiği, ayrıca suç işlenmesi halinde soruşturma yapılmadan ceza verilmemesi gibi hususlar, anılan belgenin insan hakları açısından önemli bir belge olduğunun kanıtı niteliğindedir.[15]

İlk Anayasamız olan KE, Tanzimat Fermanı'nın akabinde 3 Aralık 1876 tarihinde kabul edilmiştir. Bireysel hakları daha kapsamlı şekilde düzenlemiş olan KE ile, hakimlerin özlük işlemlerinin kanuni güvenceye alınması, atanmalarının idarenin yetki alanından çıkartılarak kanunla düzenlenmesi, kimsenin kanunla belirlenen mahkemeden başka mahkeme önünde yargılanamaması şartıyla doğal hakim ilkesinin gerçekleştirilmesi, mahkemelerin bağımsızlıkları için her türlü dış müdahaleden korunması, mahkemeler dışında olağanüstü mahkemeler ya da yargı yetkisine sahip özel komisyonların kurulamaması, Türk Hukuku'nda ilk defa düzenlenen hususlar olarak kabul edilmiştir.[16] Ayrıca, hakimlere tanınan azledilememe, yer değiştirememe ve

---

[14] Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.349.

[15] Aybars Pamir, "Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak'ın Yeri", Ankara Üniversitesi C.53, S.2, 2004, Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.75-76. (https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/628622 s.e.t.23.04.2022)

[16] Abdülazim İbrahim, "Hak ve Hürriyetler Bakımından Osmanlı Anayasal Belgelerinin Irak 1925 Kanun-i Esasiyeye Tesiri", C.6, S.1, 2022, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, ss.5-6. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2290658 s.e.t.23.04.2022)

emeklilik gibi güvenceler, kanuni hakim güvencesinin Anayasa'da bir hüküm olarak ilk kez yer aldığının göstergesi olmuştur.[17]

1921 Teşkîlât-ı Esâsiye Kanunu'nda, adil yargılanma hakkı kapsamında anayasal güvence sağlayan düzenlemelere yer verilmemekle birlikte, 1876 Anayasası da yürürlükten kaldırılmadığından, KE ile getirilen güvenceler aynen devam etmiştir.

1924 Anayasası'nda ise, kuvvetler ayrılığının sağlanmasını amaçlayan düzenlemeler yer almıştır. 1924 Anayasası md. 8'de yargı bağımsızlığı kavramının, *"Yargı hakkı, millet adına usûl ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır."* şeklinde tanımlandığı görülmektedir. "Yargı Erki" başlıklı Dördüncü Bölümde ise, hakimler tarafından yapılan yargılama işlerine karışılamayacağı, yürütme ve yasamanın mahkeme kararlarını değiştiremeyeceği, yargılamaların mahkemenin alacağı bir karar ile kapalı olarak gerçekleştirilebileceği, hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davalara bakmaktan imtina edemeyeceği hususları düzenlenmiştir. Ayrıca, hakimlik teminatı, yargılamada alenilik, kanunilik, savunma hakkı gibi adil yargılanmanın temel unsurlarının da düzenlendiği görülmektedir.[18]

1961 Anayasası dönemine gelindiğinde, "İnsan Hakları" kavramına ilk kez yer verilmiş ve "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı md. 2'de yer alan, *"Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* şeklindeki düzenlemeyle insan hakları kavramı Anayasa'da yerini almıştır. Böylelikle insan hakları anayasal güvence altına alınmıştır. 1961 Anayasası'nda adil yargılanma hakkına ilişkin temel ilkeler arasında yer alan, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, kanuni hakim ve aleni yargılama ilkeleri güvence altına alınarak, herkesin meşru olan araç ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahip olduğu ve hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı, hüküm altına alınmıştır. 1961 Anayasası döneminde bir ilk olarak, temel hak ve özgürlüklerin etkili bir anayasal güvence altına alınabilmesi amacıyla AYM kurulmuş olup, bu kapsamda anayasanın üstünlüğü ilkesi güvence altına alınmıştır.[19]

---

17 Gökhan Çayan, Adil Yargılanma Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.16.

18 Çayan, 2016, s.17; Fatih Özkul, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", S.3., 2016, Ankara Barosu Dergisi, ss.217-219. (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398546 s.e.t.23.04.2022)

19 İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara, 2015, 2. baskı, s.544; https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/ (s.e.t. 23.04.2022)

1961 Anayasası'nın ilk halinde, "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölümde, "mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, duruşmanın açık ve kararların gerekçeli olması" şeklindeki adil yargılanma ilkesinin başlıca unsurlarına yer verilmiştir. Ancak 1971 yılında yapılan değişikliklerle, adil yargılanma ilkesinin unsurları arasında yer alan maddelerde de düzenlemeler yapılmıştır. 1971 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle, temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel sınırlama nedenleri hüküm altına alınmıştır. "Tabii Yargı Yolu" başlıklı md. 32 hükmü "Kanuni Yargı Yolu" şeklinde değiştirilmiştir. [20]

1982 Anayasası incelendiğinde, 1961 Anayasası'nda da mevcut olan, insan hakları kavramına yer verildiği görülmektedir. Anayasa'da "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı md. 2'de, Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğunun açıkça ifade edildiği görülmektedir. "Yargı yetkisi" kenar başlıklı md. 9'da, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. 1982 Anayasası "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı md. 10'da ise, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı, çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmenin zorunlu olduğu, hüküm altına alınmıştır. Ayrıca "Kişi hürriyeti ve güvenliği" kenar başlıklı md. 19'da, tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve

[20] 1961 Anayasası
c) Tabii Yargı Yolu
MADDE 32- Hiç kimse, tabii hakiminden başka bir mercii önüne çıkarılamaz.
Bir kimseyi tabi hakiminden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.
20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:
c) Kanuni yargı yolu
MADDE 32- Hiç kimse, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.
Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.
https://www.anayasa.gen.tr/1961ay.htm (s.e.t. 25.08.2021)

soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları olduğu düzenlenmiştir.

17 Ekim 2001 tarihli 24556 sayılı R.G.'de yayımlanan 4709 sayılı, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" ile Anayasa'nın bazı maddelerinde yapılan değişiklikler arasında, adil yargılanma hakkına ilişkin düzenleme de yer almaktadır. Bu itibarla uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan adil yargılanma hakkı, Anayasamızda da yerini almıştır.

Bu kapsamda 1982 Anayasası'nın; "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı md. 36, "Kanuni hakim güvencesi" kenar başlıklı md. 37, "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı md. 38, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı md. 40'daki düzenlemeleri, adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olan düzenlemelerdir.

Bunların dışında 1982 Anayasası'nın, "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölümünde; "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı md. 138, "Hakimlik ve savcılık teminatı" kenar başlıklı md. 139, "Hakimlik ve savcılık mesleği" kenar başlıklı md. 140, "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı md. 141, "Mahkemelerin kuruluşu" kenar başlıklı md. 142'de de, adil yargılanma hakkı ile ilgili hükümler bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nda da, 1961 Anayasası'nda düzenlendiği gibi, mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceği ifade edilerek, adil yargılanma hakkı ile bağlantılı diğer maddelere yer verilmiştir.[21] 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun md. 14 ile yapılan, Anayasa değişikliği ile "Hak Arama Hürriyeti" kenar başlıklı md. 36'ya "adil yargılanma" ibaresi eklenerek "Adil Yargılanma Hakkı" kavramı ilk kez doğrudan Anayasa'da yer almıştır. Adil yargılanma ilkesi hukuk sistemimizde, Anayasa dışında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (CMK) düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı, yapısı ve içeriği gereği, CMK'daki düzenlemeler ile doğrudan ilişkilidir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da, adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi için birçok düzenleme yapılmıştır.[22]

Ülkemizde, adil yargılanma hakkının hukuk sistemi içerisinde büyük bir öneme sahip olduğu, Anayasa'da ve kanunlarda yapılan değişikliklerle anlaşılmaktadır. Bu anlamda mevzuat sürekli olarak revize edilmekte ve adil yargılanma hakkının tam olarak uygulanmasına

[21] Bkz. md. 9: "Yargı yetkisi", md. 19: "Kişi hürriyeti ve güvenliği"; md. 138: "Mahkemelerin bağımsızlığı", md. 139: "Hakimlik ve savcılık teminatı", md. 141: "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması"; md. 142: "Mahkemelerin kuruluşu".

[22] Doğan, 2015, s.544.

azami derecede önem verilmektedir. Nitekim, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Nisan 2021 tarihli, "İnsan Hakları Eylem Planı"nda yer alan dokuz amaç arasında "yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkının güçlendirilmesi" ayrı bir başlık altında çalışılmıştır. Bu kapsamda, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, gerekçeli karar hakkı, masumiyet karinesinin uygulanmasına ilişki standartlar, makul sürede yargılanma hakkının güçlendirilmesi, iddia ve savunmanın eşitliği ilkesine ilişkin standartların geliştirilmesi, savunmanın güçlendirilmesi ve avukatlık hizmetlerinde kalitenin artırılması ile adalete erişimin güçlendirilmesi, şeklinde yedi hedef belirlenmiştir.[23]

IV. İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Bireylerin salt insan olmaları sebebiyle, başkaca bir özellik aranmaksızın, onurlu bir hayat sürmeleri için sahip oldukları hakların tamamı, insan hakkı olarak ifade edilir. Bu kapsamda, insan onuru, ırk, cinsiyet, sosyal statüye bakılmaksızın kanun önünde eşitlik, özgürlüklerden fiilen yararlanma, bireysel özgürlüklerin diğer insanların özgürlükleri ile bağdaşır şekilde anlaşılması, insan haklarının unsurları olarak ifade edilmektedir.[24]

Adil yargılanma hakkı kavramı, doktrinde net bir biçimde tanımlanmış olmamakla birlikte, temel bir insan hakkıdır. Ancak adil yargılanma hakkının, temel hakların sınıflandırılması hususunda, negatif statü hakkı olarak mı, yoksa pozitif statü hakkı olarak mı kabul edileceği net değildir. Doktrinde, bu konuda farklı görüşler yer almaktadır. Ancak, adil yargılanma hakkının, kapsamı içerisinde devlete pozitif yükümlülükler getirerek, bireylerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmasını isteme, ücretsiz müdafiden yararlanma gibi, devletin düzenleme yapmasını gerektirmesi sebebiyle, pozitif statü hakkı olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı, bireyler için devletten talep edilen bir hak, devlet açısından ise bir sorumluluk oluşturmaktadır.[25]

---

[23] Adalet Bakanlığı "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi", 2021, ss.28-42, (https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf s.e.t. 29.12.2021")

[24] Doğan, 2015, ss.70,71.

[25] Doğan, 2015, s.546; Cem Alper Akdoğan, Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, ss.51-53.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKININ ÖNEMİ

Adil yargılanma hakkı, temel bir hak olarak, AİHS md. 6'da kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Anılan hak, sözleşmeci devletlerin adli mekanizmasını ve yargılama usûlünü etkilemektedir. Adil yargılanma hakkının düzenlendiği madde, aynı zamanda hukuk devleti ilkesini de kapsamaktadır. AİHM sıklıkla incelediği ve ihlal tespit ettiği bu maddeyi geniş şekilde yorumlayarak, bireylerin adil yargılanmayı talep etme hakkını sadece medeni hak davaları ve ceza davaları ile sınırlı tutmayarak, "idari yargı" ile ilgili kararlar da vermiştir. AİHS md. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı, yargılama süresince ileri sürülen bütün hak ve özgürlükler için güvence sağladığından, md. 13'de yer alan etkili başvuru hakkını da kapsayıcı niteliktedir.[26]

Bu kapsamda AİHM tarafından 28 Ocak 2020 tarihinde yayınlanan, 31 Aralık 2020 tarihi itibarıyla ülkelerin derdest başvuru sayılarına ilişkin resmi istatistikler dikkat çekicidir. Buna göre, 2020 yılında Türkiye hakkında 6520 başvuru karara bağlanarak sonuçlandırılmış ve yalnızca 85 ihlal kararı verilmiştir. Verilen 85 ihlal kararından; 2 tanesi yaşam hakkı, 6 tanesi kötü muamele yasağı, 1 tanesi uzun yargılama süresi, 3 tanesi özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına ilişkindir. Ülkemiz hakkında verilen 85 ihlal kararının, 58 tanesi AİHM'in yerleşik içtihatlarına konu olması nedeniyle 3 hakimli "Komite" tarafından verilmiştir. 26 ihlal kararı 7 hakimli "Daire", 1 ihlal kararı ise "Büyük Daire" tarafından verilmiştir. Verilen ihlal kararlarına bakıldığında, ihlal kararlarının 11 tanesinde, başvuru konusu olayların 2002 yılı ve öncesinde, 67 başvuruya konu olan olayların, 2003-2011 yılları arasında gerçekleştiği göze çarpmaktadır. 2012 yılı ve sonrasında gerçekleşen olaylara ilişkin olarak ise, sadece 7 ihlal kararı bulunmaktadır. Türkiye'nin yıllara göre, AİHS md. 6'nın ihlaline ilişkin istatistiğine baktığımızda, yargılamanın uzunluğuna ilişkin ihlal kararı sayısı 2019 yılında 4 iken, 2020 yılında 1'e düşmüştür. 2019 yılında, adil yargılanma hakkına ilişkin 13 ihlal kararı verilmişken, 2020 yılında, 21 ihlal kararı verilmiştir.[27]

---

[26] Akdoğan, 2022, ss.53,54.

[27] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2020 Yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu, Türkiye'nin yıllara göre AİHS 6. madde ihlalleri. (https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10 s.e.t. 09.01.2022)

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE 1982 ANAYASASI AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

AİHM açısından büyük önem taşıyan adil yargılanma hakkı, mutlak bir hak olmayıp, Sözleşme'de tanınan diğer hak ve özgürlükler ile sınırları aynı olan bir haktır. AİHS, "Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma" başlıklı md. 15'de, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci tarafın, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabileceği, ancak meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında md. 2'ye (yaşam hakkı), md. 3'e (işkence yasağı), md. 4'e (Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı; Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz) ve md. 7'ye (Kanunsuz ceza olmaz) aykırı tedbirlere cevaz vermeyeceği düzenlenmiştir. Diğer taraftan, Sözleşme'nin "Hakları kötüye kullanma yasağı" kenar başlıklı md. 17'de, Sözleşme'deki hiçbir hükmün, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği şeklinde yorumlanamayacağı; "Haklara getirilecek kısıtlanmaların sınırlanması" kenar başlıklı md. 18'de ise, Sözleşme hükümleri ile anılan hak ve özgürlüklere izin verilen kısıtlamaların, öngörüldükleri amaç dışında uygulanamayacağı şeklindeki düzenlemelerin, yükümlülüklerin askıya alınması durumuyla doğrudan ilgili hususlar olduğu görülmektedir.[28]

Türk Hukuku açısından da, hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalar, AİHS ile benzer şekilde düzenlenmiştir. Anayasa'da, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"nın düzenlendiği md. 13'de, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, ifade edilmiştir. Ayrıca Anayasa'da "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" kenar başlıklı md. 15'de yer alan; *"Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda*

[28] https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (s.e.t. 09.07.2021)

da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." şeklindeki düzenleme ile, adil yargılanma hakkının olağanüstü dönemlerde dahi korunduğu açıkça anlaşılmaktadır.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE 1982 ANAYASASI AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

AİHS md. 6'nın, birinci fıkrasında ifade edildiği üzere, adil yargılanma hakkı; "Kanunla kurulmuş", "bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde", "makul bir süre içerisinde", "hakkaniyete uygun" ve "aleni" olarak yargılanmayı talep etme hakkı olup, anılan hak "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar" ve "cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalarla" sınırlanmıştır. Bu nedenle, idari davalarda ve disiplin hukukuna veya anayasa hukukuna ilişkin aykırılık iddialarında, adil yargılanmayı talep etme yetkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Komisyon ve Divan'ın "otonom kavramlar" doktrini uyarınca, maddedeki "medeni hak" ve "suç isnadı" deyimleri maddi kriter esas alınmak suretiyle geniş şekilde yorumlanarak, şeklen kamu hukuku düzeyinde yer alan çok sayıda ihtilaf, özü bakımından medeni haklara ilişkin niza olarak kabul edilmiş ve adil yargılanma hakkı kapsamına dahil edilmiştir. [29] AİHM, anılan maddede açıkça belirtilmemesine rağmen, mahkemeye başvurma hakkı, silahların eşitliği, gerekçeli karar, hukuki kesinlik ilkesi, delillere ilişkin ilkeler gibi bazı başka ilke ve hakları, md. 6'nın birinci fıkrası kapsamında, zımni unsurlar olarak kabul etmektedir.[30]

Adil yargılama hakkının koşullarından belki de en önemlisi, yargılamanın "makul bir süre içinde" tamamlanmasıdır. Böylece, yargılama sürecinin sürüncemede kalmadan, özellikle de ceza yargılamalarında, sanığın uzun süre bir belirsizlik içerisinde kalmasının önlenmesi, amaçlanmaktadır. AİHM, davanın "makul bir süre içinde" tamamlanıp tamamlanmadığını, dava konusunun ve uygulanacak hukuk kurallarının niteliği, tarafların ve yargılama makamlarının tutumu, tarafların makul sürede yargılamadan elde edecekleri özel yarar gibi kriterler ile birlikte değerlendirmektedir. Bu konuda, belirlenmiş

[29] Gölcüklü, 1994, s.200.

[30] Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, AYM'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, MRK Baskı, Ankara, 2018, s.3.

yeknesak bir süre tanımı bulunmamakla birlikte, her somut dava kendi özelliği bağlamında incelenmektedir.[31] 1982 Anayasası'nda ise, "makul sürede yargılanma" ibaresine açıkça yer verilmemekle birlikte, md. 36'nın birinci fıkrasında yer alan, "adil yargılanma hakkı" ile md. 141'in dördüncü fıkrasında yer alan, "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu" şeklindeki düzenlemeler mevcuttur.

AİHS md. 6'nın birinci fıkrasında, yargılamanın "aleni" şekilde yapılması ifadesiyle, davanın aleni duruşma ile görülmesi ve duruşma sonucu kararın aleni olarak açıklanması, kastedilmektedir. Ancak, aleni yargılanma hakkı sınırsız değildir. Sözleşme'nin md. 6 birinci fıkra son cümlesinde, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde ya da aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonunun tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabileceği ifade edilerek, bu hakkın hangi koşullarda sınırlanabileceği düzenlenmiştir.[32]

1982 Anayasası'na baktığımızda, "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı md. 141'de, mahkemelerde duruşmaların herkese açık olduğu, duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebileceği, küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulacağı hüküm altına alınarak, aleni yargılanma hakkı düzenlenmiştir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında bir diğer unsur, mahkemelerin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğüdür. Gerekçeli karar ilkesi, AİHS md. 6'da açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, AİHM tarafından tanınmaktadır. Gerekçeli karar, kanun yoluna başvurma hakkının kullanılabilmesi açısından davanın taraflarının menfaati ile ilgili olduğu kadar, mahkemelere olan güvenin sağlanması açısından kamunun menfaatiyle de doğrudan ilgilidir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin gerekçesini öğrenemeden temyiz başvurusu yapmak zorunda kalınması, md. 6'nın birinci fıkrası açısından ihlal nedenidir.[33]

Anayasa md. 141'de de, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı hüküm altına alınmıştır.

---

[31] Doğan, 2015, s.557.

[32] İnceoğlu, 2018, ss.241,245.

[33] İnceoğlu, 2018, s.192.

Adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan silahların eşitliği ilkesi, bir diğer unsur olup, yargılamadaki taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlamaktadır.[34] AİHM, silahların eşitliği ilkesinin, karşıt özel çıkarları içeren davalarla ilgili olarak, davanın her bir tarafına, kendisini önemli bir dezavantaja sokmayan koşullar altında, deliller de dahil olmak üzere, davasını sunmak için makul bir fırsat verilmesi gerektiği anlamına geldiğini ifade etmektedir.[35] Ceza yargılamaları başta olmak üzere, silahların eşitliği ilkesi, hukuk yargılamaları ile idari yargılama hukukunda olan bütün uyuşmazlıklar için geçerli olan bir ilke olup, AYM kararlarında da dikkatle değerlendirilmektedir.[36]

Adil yargılama hakkı unsurlarından bir diğeri ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin yargılamada kullanılmasıdır. Sözleşme md. 6'da, hukuka aykırı bir biçimde toplanan delillerin, davada kullanılamayacağına ilişkin özel bir kural bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hukuka aykırı bir delilin bir davada kullanılması, yargılamanın bütünü açısından o yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirebilecektir. Ancak, bunun istisnası da mevcuttur. AİHM, ajan provokatörlük[37] kapsamında, elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını, adil yargılanma hakkına aykırı bulmamaktadır.[38]

1982 Anayasası'nda ise, suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği md. 38'in altıncı fıkrası, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği hükmünü haizdir.

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkının ihlali, verilen kararın esasına etki edecek nitelikte usûlî açıdan eksikliklerle dolu olması şeklinde açıklanabilir. Diğer bir ifadeyle, adli soruşturma ve kovuşturma sürecinde veya idari bir soruşturmada, ilgili merciler nezdindeki nihai kararın esasını etkileyen her türlü usûl kuralının ihlali olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda AYM, adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan

[34] İnceoğlu, 2013, s.239.

[35] Dombo Beheer B.V.v. Netherlands, B.N. 14448/88, (https://hudoc.echr.coe.int/eng s.et. 23.04.2022)

[36] Bkz. AYM Örnek kararlar; K.T.02.02.2022, B.N.2019/17415; K.T. 18.01.2022, B.N.2019/36493; K.T.10.02.2021, B.N. 2017/18458, s.e.t.23.04.2022)

[37] Bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 139 uncu madde: Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi.

[38] İnceoğlu, 2018, ss.173-175.

başvurularda, verilen bir kararın yerindeliğini, adalet ve hakkaniyete uygun olup olmadığını denetlememektedir.[39]

AYM'nin bir çok kararında, adil yargılanma hakkının bireylere, dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usûlünün adil olup olmadığını denetletme imkanı verdiği ve bu noktaya vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikayetlerin incelenebilmesi için, başvurucunun, "yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu" gibi, mahkeme kararının oluşumunda etkisi bulunan unsurların değerlendirilmeyerek, eksiklik, ihmal ya da açık keyfilik oluştuğuna ilişkin bilgi ya da belge sunmuş olması gerekmektedir.[40]

AYM kararları incelendiğinde adil yargılanma hakkının temel gerekleri; "Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, aleni olarak yargılanma, hukuki güvenlik ilkesine uygun şekilde yargılanma, kararların gerekçeli olması, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin sağlanması, kararların açık takdir hatası ile sakatlanmaması, yargılamada masumiyet karinesinin korunması, önlemde ölçülülük ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, mahkemeye erişim hakkı, etkin katılım hakkı, savunma hakkı," olmak üzere on üç ilke kapsamında ifade edildiği görülmektedir. Yapılan bir yargılamada, anılan ilkelerden birisinin eksikliği, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. [41]

Oldukça kapsamlı olan bu ilkelerin bir kısmına AYM kararları ışığında kısaca değinmeye çalışacağız.

Bu kapsamda AYM'ye göre[42];

*Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma ilkesi;

"Kanunla kurulmuş bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir." "Bir

[39] Keskinsoy, 2021, s.57.

[40] Keskinsoy, 2021, ss. 57,58; Bkz. AYM Örnek kararlar; K.T. 18.05.2021, B.N. 2018/7543; K.T. 18.11.2020, B.N.2017/30526; K.T.06.12.2017, B.N. 2014/14261, "s.e.t: 13.01.2022")

[41] Cinmen/Dindar, 2015, ss.249,250.

[42] Keskinsoy, 2021, ss. 58-60.

mahkemenin tarafsız olup olmadığına karar verilirken ise, mevcut davanın koşullarında, objektif olarak hiçbir şüpheye mahal vermeksizin davanın hakimine yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerekmektedir." denilmek suretiyle mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı vurgulanmıştır.[43]

AYM'nin bir kararında, Anayasa'da hak arama hürriyetinin düzenlendiği md. 36'nın birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı veya davalı olarak başvurabileceği ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkının güvence altına alındığı, anılan maddeyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, kendisinin bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olduğu, bu bağlamda, Anayasa'nın yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunun ve mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceği ile uygulanmasının geciktirilemeyeceğini ifade eden Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı md. 138'in de, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır.[44]

*Yargılamada silahların eşitliği ilkesinin sağlanması ilkesi;

"*Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usûle ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin, iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir."*[45]

Adaletin herkese eşit olarak dağıtılarak, tarafların aynı haklara sahip olması ilkesi olarak da ifade edilen bu ilke kapsamında, yapılan bir bireysel başvuruda AYM tarafından, mahkemenin hatası nedeniyle duruşmaya katılamayan ve bu nedenle bilirkişiye itiraz edemeyen ve ilan edilen duruşma gününden iki gün önce karar verilmesi nedenleriyle, başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.[46]

---

[43] Teziç, 2019, s.470; AYM, K.T.19.12.2013, B.N.2012/989, par.35; , (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-5.pdf s.e.t. 09.07.2021"); Benzer nitelikli AYM Kararları: K.T. 17.07.2018, B.N. 2014/2894, par.22,; K.T. 08.06.2016, B.N. 2014/4954, par.45, (s.e.t. 09.01.2022)

[44] AYM, K.T. 16.11.2021, B.N. 2018/5490, par.38, (s.e.t. 09.01.2022)

[45] AYM, K.T. 08.09.2021, B.N.2019/12578, par.26; AYM, K.T. 08.09.2021, B.N.2018/6904, par.37; AYM, K.T. 08.01.2020, B.N.2015/6802, par.39, (s.e.t. 23.01.2022)

[46] Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Yargısı, 4. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.451.

*Hukuki güvenlik ilkesine uygun şekilde yargılanma ilkesi;

"*Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete (aynı zamanda mahkemelere) güven duyabilmesini, devletin (aynı zamanda mahkemelerin) de bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*"[47]

* Yargılamada masumiyet karinesinin korunması ilkesi;

Masumiyet karinesi, 1982 Anayasası md. 38'in dördüncü fıkrasında, "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme kararlarında masumiyet karinesi, kişinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilmemesi ve suçlu muamelesine tabi tutulmamasının güvence altına alınması olarak ifade edilmiştir.[48]

Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda, suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar, masum sayılması gerektiğini ifade ederek, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Anılan karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan, suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak, kişinin masumiyeti asıl olduğundan, suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup, kimseye suçsuzluğunu ispat yükümlülüğü yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.[49]

*Savunma hakkı ilkesi;

"*Savunma hakkının sağladığı güvenceler, esasen adil yargılanma hakkı içerisinde yer almaktadır. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle, Anayasa md. 36'da ayrıca ifade edilmiştir. Ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması, demokratik toplumun temel ilkelerindendir. İddiaya karşı savunma imkanı tanınmadığı sürece, adil bir yargılama yapılması mümkün değildir. Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil, gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altındaki kişi,*

[47] AYM, K.T.24.11.2021, B.N.2019/18931, par.36; AYM, K.T.24.11.2021, B.N.2019/20, par.40; AYM, K.T.27.10.2021, B.N.2018/10018, par.55; AYM, K.T. 16.01.2020, B.N. 2016/12626, par.46, (s.e.t. 23.01.2022)

[48] AYM, K.T. 02.06.2020, B.N.2016/56443, par.24; AYM, K.T.23.03.2016, B.N.2013/7038, par.20; (s.e.t. 23.01.2022)

[49] AYM, K.T.17.11.2021, B.N.2019/38857, par.36; AYM, K.T.27.10.2021, B.N.2018/7477, par.31; (s.e.t. 23.01.2022)

savunma için yeterli imkana, yani gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmalıdır. Bu itibarla anılan güvence, adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dahil ve bu hakkın doğal sonucudur."[50]

*Mahkemeye erişim hakkı ilkesi;

"*Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Mahkemeye erişim hakkı, mahkemeye başvuru konusunda, etkili bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve yeterli fırsatlara sahip olmasını gerektirir. Özellikle hukuki ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bu nedenle, mahkemelerin usûl kurallarını uygularken, yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek ölçüde katı şekilcilikten kaçınmaları gerektiği gibi kanunla öngörülmüş usûl şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak ölçüde aşırı esneklikten de kaçınmaları gerekir."*[51]

Anayasa md. 36'da, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan, mutlak bir hak olduğu da söylenemeyecektir. Bu nedenle AYM kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Bu itibarla, mutlak olmayan ve sınırlandırılabilen mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlandırmaların, kanuna dayanması, hakkın özünü zedeleyecek şekilde hakkı kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesinin ve ölçülü olmasının gerektiği de ifade edilmektedir.[52]

*Kararların gerekçeli olması ilkesi;

AYM'ye göre, mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme

---

[50] AYM, K.T. 28.01.2021, B.N.2018/33546, par.20, (s.e.t. 23.01.2022)

[51] AYM, K.T.19.10.2021, B.N.2018/3885, par.29,30; AYM, K.T. 08.09.2021, B.N.2018/11937, par.31, (s.e.t. 23.01.2022)

[52] AYM, K.T.23.10.2019, B.N.2016/40621, par.44; Bkz. Benzer AYM kararları; K.T.28.05.2019, B.N. 2015/7942, par.56; K.T.05.10.2017, B.N.2014/11854, par.33; K.T.09.03.2017, B.N. 2014/6042, par.62; K.T.22.06.2017, B.N.2014/11657, par.84, (s.e.t. 28.01.2022)

zorunluluğunun kapsamı, kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte, başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, usûl veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması, bir hak ihlaline neden olacaktır. Kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması, ilk derece mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin, onama kararlarında kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmakla beraber, başvurucuların dile getirmesine rağmen ilk derece mahkemesinin de tartışmadığı esaslı hususlara ilişkin temyiz başvurularıyla, başvurucuların usûlî haklarının ihlal edildiğine yönelik somut şikayetlerinin temyiz incelemesinde tartışılmaması, gerekçeli karar hakkının ihlali olarak görülebilir.[53]

A. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN KARAR ÖRNEKLERİ

1961 Anayasası döneminde, adil yargılanma hakkına (hak arama özgürlüğü) ilişkin incelenen bazı kararlara da çalışmamızda yer verilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, hak arama özgürlüğünün korunması için, kamu davalarında davanın düşürülmesinde, davalının muvafakatinin de aranması gerektiğine ilişkin olarak AYM'nin, "sanıkların muvafakatleri alınmadan şikayetçinin vazgeçmesi ile kamu davasının düşürülmesini düzenleyen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 99'un Anayasa'ya aykırılığı" ile ilgili olarak verdiği, 25 Haziran 1970 tarihli ve E. 1970/17, K. 1970/37 sayılı kararında; "*TCK md. 99'u hak arama özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir. Kanun koyucunun, ancak kanunda açıklanan bazı hallerde, suçların nitelikleri sebebiyle sanığın kabulünü araştırmakta olduğu, kabule bağlı tutmaksızın şikayetçinin vazgeçmesinin, fiili suç olmaktan çıkaran bir sebep olarak, kamu davasının düşmesi için yeterli bulunduğu ve böylece kamu davasının ortadan kalkmasının, sanığın hakkını özel hukuk yolundan veya TCK md. 283 ve md. 285'e göre savunmasını önlemeyeceği ve sanığa hukukça uygun bulunması şartıyla bütün vasıta ve yollardan faydalanması yetkisini veren, Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen maddesini zedelemeyeceği"* ifade edilmiştir.[54]

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru olan, "meşru vasıta ve yollardan yararlanma" hususuna ilişkin olarak AYM; *"meşru vasıta ve yolları, hukuk devletinde saygıyla karşılanan yurttaşların en doğal hakları içinde yer alan, hukuksal nitelikleri tartışmasız, yasal yollar ve yöntemler"* şeklinde ifade etmiştir. AYM, 29 Ocak 1980 tarihli ve E. 1979/38, K.

[53] Fendoğlu, 2020, s.451; AYM, K.T.08.05.2014, B.N.2012/1269, par.53, (s.e.t. 29.01.2022)

[54] Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", C.61, S.3, 2006, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss.13,14, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38092 s.e.t. 17.01.2022)

1980/11 sayılı kararında; *"İddia ve savunma hakkının kullanılmasının, ancak 'meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle' olacağını, 'meşru' sözcüğünün, yasada gösterilen yöntemler deyiminden daha geniş bir anlamı ifade etmek amacıyla metne konulduğunu"* belirterek, meşru sözcüğünün, en geniş anlamıyla ele alınması gerektiğinin altını çizmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca, *"İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak kullanılmasının asıl olduğunu, bu ilke gereği ceza davalarında da tarafların, yargı yerlerinde, iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan serbestçe yapmaları gerektiğini, serbestliğin, davanın aydınlığa kavuşmasına, başka bir deyişle hakkın ve adaletin gerçekleşmesine yol açma amacına yönelik bir serbestliği içerdiğini, yargı yerlerinde iddia ve savunmada bulunan kişileri kaygılandıran, duraksamaya düşüren ve bu yüzden de onları açıklama yapmaktan alıkoyan bir durumu iddia ve savunma dokunulmazlığı ile bağdaştırmaya olanak olmadığını"* ifade ederek *"iddia ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanılmasını engelleyecek yasa hükümlerinin Anayasa'nın 'hak arama özgürlüğünü' düzenleyen hükmüne açıkça aykırı olduğunu"* belirtmiştir.[55]

B. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN KARAR ÖRNEKLERİ

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılan bireysel başvurularda, AYM tarafından verilen kararların tamamı incelenmiş olmakla birlikte, dikkat çekici görülen bazı kararlara aşağıda yer verilmiştir.

Yüksek Mahkeme, yurt dışındaki üniversitenin denkliğinin kaldırılmasına ilişkin işleme karşı açılan davada hukuka aykırı karar verilmesi nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvuruda; bir hakkın kişiye tanınıp tanınmaması hususunda, yetkili otoritelere mutlak takdir yetkisi tanınması halinde, Anayasa md. 36 bağlamında, adil yargılanma hakkının kapsamına giren bir hakkın varlığından söz edilemeyeceği, somut uyuşmazlıkta, devletin bir bireye, salt egemenlik yetkisini kullanarak tanıdığı hak ya da yüklediği yükümlülüklerin, medeni hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilemeyeceği, Anayasa'nın hiçbir maddesinin, devletin başka bir ülkede kurulan eğitim ve öğretim kurumlarını tanımasını ve düzenlediği diplomaların denkliğini kabul etmesini zorunlu kılmayacağı, yabancı bir devletin kanunlarına tabi olan bir üniversitenin, tanınıp tanınmamasının devletin egemenlik yetkisinin tezahürü olan ve müdahaleye kapalı bulunan çekirdek alanını oluşturduğu, bu nedenle uyuşmazlık konusunun, medeni hak ve yükümlülük kapsamında

[55] Aydın, 2006, ss.14,15, 25.

olmadığı ve söz konusu duruma ilişkin yargılama süreçleriyle ilgili adil yargılanma şikayetlerinin, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında olduğu, somut olayda, bireysel başvuruya dayanak davanın açılmasına sebep olan olgunun, Travnik Üniversitesinin tanınmasının kaldırılması olduğu, ancak devletin mutlak egemenlik yetkisiyle doğrudan bağlantılı görülen yabancı bir üniversitenin tanınmamasıyla ilgili uyuşmazlığın, medeni hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayetin, "konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğu" yönündeki kararını, 19 Kasım 2020 tarihinde vermiştir.[56]

AYM, hukuk davasının uzun sürmesi nedeniyle yargılamanın makul sürede yapılmaması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir başvuruya ilişkin olarak; medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda, yargılama süresinin tespitinde, sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarihin, sürenin sona erdiği tarih olarak ise -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği tarihin, yargılaması devam eden davalar yönünden ise, AYM'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayetle ilgili kararını verdiği tarihin esas alınacağı, bu sebeple, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususların dikkate alındığı, somut olayda ise, anılan ilkeler ve AYM'nin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında, yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varıldığından, Anayasa md. 36'da güvence altına alınan "makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği" yönünde, 28 Aralık 2021 tarihli kararını vermiştir.[57]

İdari eylemden doğan zararın tazmini istemiyle açılan tam yargı davasının süre aşımından reddedilmesi nedeniyle, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılmış olan bir başka başvuruya ilişkin; mahkemeye erişim hakkının, Anayasa md. 36'da güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsuru olduğu, AYM'nin bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde, mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiği, somut olayda, idari eyleme dayalı tam yargı davasının süre aşımından reddedilerek, esasının incelenmemesi nedeniyle başvurucunun

[56] AYM, K.T.19.11.2020, B.N.2017/33627, par.30,32,34,35, (s.e.t. 29.01.2022)

[57] AYM, K.T.28.12.2021, B.N.2019/10250, par.14,15,23, (s.e.t. 29.01.2022)

mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğunun görüldüğü, Anayasa md. 36'da, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olmadığı, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da, hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak, bu hakların sınırlandırılmasının da mümkün olabileceği, ancak bu sınırlamaların, Anayasa md. 13'de yer alan güvencelere aykırı olamayacağı, somut olayda, başvurucunun düşme olayından sonra toplam beş ay hava değişimi aldığı, bu sürenin bitiminden sonra yaklaşık dokuz ay normal askerliğine devam ettiği ve askerlik süresini tamamlayarak terhis olduğu, ayrıca düşme olayından on dokuz yıl, terhisten ise on sekiz yıl sonra başvurduğu hastaneden askere elverişli olmadığına dair bir rapor aldığı, ancak başvuru formunda ve alınan söz konusu raporda yeni oluşan veya gelişen bir olguya yer verilmediği, başvurucunun on sekiz yıllık süre içinde sürekli veya kesintili şekilde tedavi gördüğüne dair bir raporun veya tespitin de ekli olmadığının görüldüğü, olayda, anılan raporla yeni öğrenilen veya yeni ortaya çıkan bir zararın bulunduğunun ortaya konulamadığı, söz konusu raporda, sadece askere elverişli olunmadığının tespit edildiği ve başvurucunun terhisten on sekiz yıl sonra -olaydan kaynaklı rahatsızlığının devam ettiğini gösteren rapor da eklemeden- sadece bu tespit üzerine açtığı davaya yönelik olarak, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin dava açma süresini ve bu sürenin başlatılacağı tarihi belirlemesiyle ilgili yorumunun, başvurucunun dava açmasını aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkansız kılacak nitelikte katı bir yorum olmadığının değerlendirildiği, dolayısıyla başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılarak, Anayasa md. 36'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki "mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine" yönelik olarak, 18 Temmuz 2019 tarihli AYM kararı verilmiştir.[58]

Ancak söz konusu karara ilişkin AYM üyeleri, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA'nın karşı oy gerekçesinde; tam yargı davalarında zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir ve beş yıllık dava açma süresi bulunduğu, gerek idari yargı gerek Askeri İdari Yargı uygulamasında, idari eylemlerde dava açmaya esas alınacak ıttıla tarihinin, eylemin kesinliğinin ortaya çıktığı tarih olarak kabul edildiği, zararın zaman içinde gelişerek ortaya çıkması durumunda, bu halin kesin olarak

[58] AYM, K.T.18.07.2019, B.N.2016/2357, (s.e.t. 29.01.2022)

saptandığı tarihin, eyleme ıttıla tarihi olarak kabul edilerek 2577 ve 1602 Sayılı Kanunlarda öngörülen bir ve beş yıllık sürelerin hesaplanmasının buna göre yapıldığı, somut olayda, başvurucunun askerlik hizmetinin ifasında askeri hizmetin sebep ve tesiriyle maruz kaldığı idari eylem sonucu kalçasını kırdığı, askeri hastanelerde gördüğü tedavi ve verilen hava değişimleri sonunda iyileştiği ve kalan askerlik hizmetini yaparak 22 Temmuz 1997 tarihinde terhis olduğu, diğer bir ifadeyle, idari eylem nedeniyle maruz kaldığı rahatsızlığın, terhis tarihi itibarıyla kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmediği, ancak, GATA Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen 15 Temmuz 2015 tarihli rapor incelendiğinde, bu rahatsızlığın (idari eyleme bağlı kalça kırığının) zaman içerisinde başvurucunun vücut bütünlüğü üzerinde olumsuz gelişim gösterdiği ve onu askerliğe elverişsiz hale getirdiği, terhis tarihi itibarıyla başvurucuyu askerliğe elverişsiz hale koymayan idari eyleme bağlı zararın, zaman içerisinde gelişerek 15 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla onu askerliğe elverişsiz duruma koyduğu, bu durumda on dokuz yıl önceki idari eylemle, son olarak saptanan zarar (vücut bütünlüğünde menfi yönde gelişen arıza) arasında uygun bir illiyet bağının bulunduğunun açıkça görüldüğü, GATA Sağlık Kurulu raporundaki tıbbi saptamalar ile önceki sivil ve askeri hastanelerce düzenlenen raporlardaki tıbbi saptamaların birbiriyle tamamen uyumlu olup, "Şifası zaman ister" şeklinde önceden belirtilen kanaat de dikkate alındığında, aradan geçen on dokuz yıl içerisinde bu şifanın gerçekleşmediği, bilakis mevcut rahatsızlığın başvurucuyu askerliğe elverişsiz hale getirecek şekilde ilerleyip, aksi yönde kesinleştiği anlaşıldığından, saptanan bu olgu ve durum karşısında derece mahkemesince, GATA Sağlık Kurulu'nun 15 Temmuz 2015 tarihli raporunun esas alınarak bir ve beş yıllık sürelerin bu tarihten başlatılması ve buna göre de davada herhangi bir süre aşımı olmadığı anlaşıldığından, işin esasına girilerek bir hüküm verilmesi gerekirken, bireysel başvuruya konu yapılan kararda aksi yönde bir gerekçenin benimsenmesi, başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurduğundan, Anayasa md. 36'nın koruduğu adil yargılanma hakkının ihlaline karar verilmesi gerektiği kanaatiyle, çoğunluğun aksi yönündeki karara katılmadıkları" ifade edilmiştir.[59]Anılan başvuruda karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, zararın zaman içinde gelişerek ortaya çıktığı dikkate alındığında, bu durumun kesin olarak saptandığı tarih olarak GATA Sağlık Kurulu tarafından verilen raporun tarihi olan 15 Temmuz 2015 tarihinin kabul edilmesi, bir ve beş yıllık dava açma süresinin bu tarihten itibaren

[59] AYM, K.T.18.07.2019, B.N.2016/2357, (s.e.t. 29.01.2022)

başlatılması gerektiği kanaatiyle, karşı oy gerekçesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

SONUÇ

Doktrinde açık bir tanımı bulunmayan adil yargılanma ilkesi, temel bir insan hakkıdır. 1982 Anayasası md. 36 ve AİHS md. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı, herkesin meşru olan tüm yollardan yararlanmak suretiyle, bağımsız bir yargı mercii önünde hak arama özgürlüğünü kullanması ve yapılan yargılamanın usûl ve esaslarına uygun şekilde başlatılması, yürütülmesi, sonuçlanması ve istisnaları saklı kalmak kaydıyla yargılama sürecinin açık olması ile yargı süreci içindeki her kararın gerekçeli olması, şeklinde ifade edilebilir.

Türkiye'nin AİHS'e taraf olması ve AİHM'in yargılama yetkisini kabul etmesi sebebiyle, adil yargılanma hakkı konusunda başvurulacak en önemli uluslararası belge olarak, AİHS kabul edilmektedir. Bu itibarla, AİHS ve buna ek Protokoller kapsamında, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerden olan adil yargılanma hakkının, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile AYM'ye bireysel başvuru yapılabilmektedir.

Her devlet, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruma yükümlüğü altındadır. Bu itibarla, temel hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi amacıyla getirilen bireysel başvuru müessesesi kapsamında AYM, her bir başvuruyu somut koşullar çerçevesinde değerlendirmektedir. AYM tarafından, adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin iddiaları içeren bireysel başvurular incelenirken, makul sürede yargılanma, savunma hakkı, yargılama yapan mahkemenin bağımsız ve tarafsız olması, silahların eşitliği, yargılamanın açık olması, mahkemeye erişim, gerekçeli karar gibi, adil yargılanma hakkının alt unsurlarına riayet edilip edilmediği yönünden, detaylı değerlendirmeler yapılmaktadır. Yüksek Mahkemenin pek çok kararında da, bu hususlar ayrıntılı olarak ifade edilmektedir.

Adil yargılanma hakkı, Anayasamızda tüm yargı yollarına uygulanırken, AİHS m. 6'da sadece medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda ya da cezai alanda yöneltilen suçlamalarda uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, AİHM yargılamalarında, adil yargılanma talep etme hakkı geniş şekilde yorumlanarak, disiplin hukukuna veya anayasa hukukuna ilişkin aykırılık iddialarında da dikkate alınmaktadır. Aksi durumda, adil yargılanma hakkı, sınırlı şekilde talep edilebilen ve böylece hak kaybına yol açabilecek, işlevsiz bir niteliğe bürünme riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımızda, adil yargılanma hakkının alt unsur ve ilkeleri değerlendirilmiştir. Bu ilkelerden en önemlisi olarak ifade

edilebilecek olan, makul sürede yargılama ilkesidir. Bu ilke, adaletin gecikmemesi, hukuki kesinliğin en kısa sürede sağlanması, yargılamanın sürüncemede bırakılmaması olarak ifade edilebilir. Anılan ilke değerlendirilirken; yargılamanın karmaşıklığı, kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu, başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaati gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Aksi takdirde, uzun süren yargılamalar, hak kayıpları yanında adalete olan güvenin sarsılmasına ve insanların hukuk dışı yollara yönelmesine neden olabilecektir. Bunun önlenebilmesi amacıyla, ülkemizde yargı reformları yoluyla, yargılama süreleri mümkün olduğunca kısaltılmaya çalışılmaktadır. Konuya ilişkin süreç incelendiğinde, azımsanamayacak bir yol kat edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, mahkeme ve bu alanda görev yapacak nitelikli personel sayılarının artırılmasının da fayda sağlayabileceğini düşünmekteyiz.

Adil yargılanma hakkının diğer bir alt ilkesi olan bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma ilkesi, hiçbir şüpheye mahal bırakmadan adaletin sağlandığına olan inancın gereğidir.

Davanın taraflarının, iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması, silahların eşitliği ilkesini ifade etmektedir. Bu kapsamda, başvurucunun hakkında ileri sürülen iddialara karşılık verme imkanına sahip olması ve duruşmaya katılmasının sağlanması ya da mahkeme kararının ilan edilen duruşma gününde verilmesi gibi hususlara aykırılık, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.

Savunma hakkı ise, özellikle ceza yargılamasında, güvence altına alınması gereken bir alt unsurdur. Suç isnadı altındaki kişiye, savunma için yeterli imkan, zaman ve kolaylıklar sağlanarak iddiaya karşı kendisini savunma imkanı tanınmadığı sürece adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir.

Kanun yollarına başvuru süreleri, hakkın bir diğer alt unsuru olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, kanun yollarına başvuru süreleri değerlendirilirken, hakkın özünü zedelememesi ve kişilerin yargı yoluna başvuru olanağını ortadan kaldırmaması gerekmektedir. Her somut başvurunun özelinde değerlendirme yapılarak, ihlale yol açtığı iddia edilen eylem ile uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağının olup olmadığı, göz önünde bulundurulmalıdır.

Kararların gerekçeli olması ilkesi ise, üst mahkemeler de dahil olmak üzere tüm mahkemelerin kararlarını yeterli açıklıkta gerekçelendirerek vermesi zorunluluğudur. Başvurucunun, ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usûl veya esasa dair iddialarının

gerekçeli kararda cevapsız bırakılması, ciddi hak ihlallerini doğurabilecektir. Diğer taraftan, kararın gerekçesi bilinmeden yapılan temyiz başvurusunda da savunma hakkının zedelenmesi, her zaman ihtimal dahilindedir.

Bu kapsamda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak AYM tarafından, AİHM içtihatları da göz önünde bulundurularak yapılacak titiz değerlendirmelerin, ülkemiz aleyhine AİHM'e yapılacak başvuru sayısını azaltacağı gibi, ihlal ve tazminat kararlarının verilmesinin de önüne geçeceğini değerlendirmekteyiz.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı "İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi", 2021, https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf (s.e.t.29.12.2021).

Akdoğan C A, Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2020 Yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu, Türkiye'nin yıllara göre AİHS 6'ncı madde ihlalleri, https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/10 (s.e.t.09.01.2022).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine İlişkin Rehber Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (s.e.t.23.04.2022).

Aydın M, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", C.61, S.3, 2006, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38092 s.e.t.17.01.2022)

Başcı G, "1808 Sened-i İttifak ve 1839 Tanzimat Fermanının 1215 Magna Carta ile Anayasacılık ve İnsan Hakları Açısından Karşılaştırılması", Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.46, 2021, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1320309 s.e.t. 23.04.2022).

Bilgin A B, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukuktaki Yeri", C.22, S.1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/274329 s.e.t.23.04.2022).

Cinmen E/Dindar A, AYM Bireysel Başvuru Kararları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Çayan G, Adil Yargılanma Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Çırak E, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı", Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, (https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/EZGI-CIRAK.pdf s.e.t.23.04.2022)

Doğan, İ, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Fendoğlu H T, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Fendoğlu H T, Anayasa Yargısı, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Gölcüklü F, “Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi'nde ‘Adil Yargılama’”, C.49, S.1, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1994, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36522 s.e.t.27.09.2021).

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (s.e.t.09.07.2021”).

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/60-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-11-numaral-protokol/ (s.e.t.23.04.2022).

İbrahim A, “Hak ve Hürriyetler Bakımından Osmanlı Anayasal Belgelerinin Irak 1925 Kanun-i Esasiyeye Tesiri”, C.6, S.1, 2022 Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2290658 s.e.t. 23.04.2022).

İnceoğlu S, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013.

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, AYM’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, MRK Baskı, Ankara, 2018.

Keskinsoy Ö, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2021.

Özkul F, “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, S.3., 2016, Ankara Barosu Dergisi, (https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398546 s.e.t.23.04.2022).

Pamir A, “Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak’ın Yeri”, C.53, S.2, 2004, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

(https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/628622 s.e.t.23.04.2022).

Teziç E, Anayasa Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Turan H, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi”, TBB Dergisi, S.84, 2009, (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-84-548 s.e.t.23.04.2022).

Çalışmada Yer Verilen Kararlar

Dombo Beheer B.V.v. Netherlands , Başvuru No: 14448/88

AYM kararı E. 1970/17, K. 1970/37, KT. 25.06.1970.

Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19.12.2013.

Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 08.05.2014.

Yıldız Oto Ağca (2), B. No: 2013/7038, 23.03.2016.

Şehmus Yıldız ve Muhyedin Sevinç, B. No: 2014/4954, 08.06.2016.

Murat Kara ve diğerleri, B. No: 2014/6042, 09.03.2017.

Mustafa Karaca, B. No: 2014/11657, 22.06.2017.

İrfan Çinkaya, B. No: 2014/11854, 05.10.2017.

İbrahim Tokurcal, B. No: 2014/14261, 06.12.2017.

Abdullah Altun, B. No: 2014/2894, 17.07.2018.

Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem, B. No: 2015/7942, 28.05.2019.

Abdullah Erol, B. No: 2016/2357, 18.07.2019.

Şinasi Umaz, B. No: 2016/40621, 23.10.2019.

Murat Yasan, B. No: 2015/6802, 08.01.2020.

Muzaffer Uzun, B. No: 2016/12626, 16.01.2020.

Coşkun Taştan, B. No: 2016/56443, 02.06.2020.

Trakya Kalıp ve Plastik Kapak İmalatı Sanayi ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2017/30526, 18.11.2020.

Travnik Üniversitesi B. No:2017/33627, 19.11.2020.

Metin Duran, B. No: 2018/33546, 28.01.2021.

Ali Tulumcu, B. No: 2017/18458, 10.02.2021.

Hilmi Kahya, B. No: 2018/7543, 18.05.2021.

Ülkem İnşaat Madencilik ve Elektronik Sanayi Ticaret A.Ş., B. No: 2019/12578, 08.09.2021.

Çağlar Yeşildağ, B. No: 2018/6904, 08.09.2021.

Bergin Işılak ve diğerleri, B. No: 2018/11937, 08.09.2021.

MhdHaıthamAlmıdanı, B. No: 2018/3885, 19.10.2021.

Gülsüm Kestaneci [GK], B. No: 2018/7477, 27.10.2021.

Mustafa Altın [GK], B. No: 2018/10018, 27.10.2021.

E.B. Başvurusu, B.No: 2018/5490, 16.11.2021.

Gurbet Çoban, B. No: 2019/38857, 17.11.2021.

Şerah Petrol Ürünleri İnşaat Turizm Otomotiv Mobilya Sanayi ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2019/18931, 24.11.2021.

Medet Becerek ve diğerleri, B. No: 2019/20, 24.11.2021.

Ahmet Demir ve diğerleri, B. No: 2019/10250, 28.12.2021.

Mehmet Kaya, B. No: 2019/36493, 18.01.2022.

Gökhan Büyükkahraman, B. No: 2019/17415, 02.02.2022.

KONYA HUKUK MEKTEBİ'NDE ANAYASA HUKUKU DERSLERİ

Constitutional Law Lessons at Konya Law School

Arş. Gör. Yasin YILMAZ*
Arş. Gör. Mehmet KİREMİTCİ**

Öz: Konya Hukuk Mektebi (1908-1919), Tanzimat döneminde Osmanlı'da hukuk eğitiminin modernleşmesi sonucunda kurulan mekteplerden biridir. İstanbul Darulfünun Hukuk Fakültesi müfredatının esas alındığı mektepte, anayasa hukuku dersleri İbrahim Şinasi Bey (Bilik, 1875-1975) tarafından verilmiştir. Şinasi Bey, Fransız anayasa hukukçusu Félix Moreau'nun (1859-1934) kitabının ilk kısmını yaklaşık bir tercüme ile talebelere anlatmıştır. Bu makalede öncelikle Konya Hukuk Mektebi'nin açılışı, mekanı, öğretim kadrosu, müfredatı, mezunları, faaliyetleri ve kapanması hakkında bilgiler verilmiştir. Daha sonra mektepte anayasa hukuku dersinde okutulan kitabın yazarı Félix Moreau ve dersin hocası İbrahim Şinasi'nin hayat hikayeleri anlatılmıştır. Sonrasında ise "Medhal-i Hukuk-ı Esasiye (Anayasa Hukukuna Giriş)" metni değerlendirilmiştir. Metin üç bölüme ayrılmış olup birinci bölüm anayasa hukukunun konusu ve kaynakları, ikinci bölüm devlet, egemenlik ve kuvvetlerin sınıflandırılması, üçüncü bölüm ise devlet şekilleri hakkındadır. Şinasi Bey'in tercümede yer yer kendi notlarını da ekleyerek değerlendirmelerini yazdığı görülmektedir. Bu notların dönemin anayasa hukuku anlayışı açısından önemli sayılabileceği ifade edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Konya Hukuk Mektebi, Anayasa Hukuku, İbrahim Şinasi, Félix Moreau, II. Meşrutiyet.

Abstract: Konya Law School (1908-1919) was one of the schools established as a result of the modernization of legal education in the Ottoman Empire during the Tanzimat period. In this school, which is based on the Istanbul Darulfünun Law Faculty curriculum. The constitutional law lessons were given by İbrahim Şinasi. Şinasi lectured the first part of the French constitutional jurist Félix Moreau's book to the students with an approximate translation. In this article, first of all, information about the opening, venue, teaching staff, curriculum, graduates, their activities and closure of Konya Law School is given. Afterwards, the life stories of Félix Moreau, the author of the book taught in the constitutional law class at this school, and İbrahim Şinasi, the teacher of the lesson, were told. Then the text of "Medhal-i Hukuk-ı Esasiye (Introduction to Constitutional Law)" was evaluated. The text is divided into three parts, the first part is about the subject and sources of constitutional law, the second part is about the state, sovereignty and classification of powers, and the third part is about the forms of state. It is seen that Şinasi wrote his evaluations by adding his own notes from time to time in the translation. It should be stated that these notes can be considered important in terms of the constitutional law understanding of the period.

Keywords: Konya Law School, Constitutional Law, İbrahim Şinasi, Félix Moreau, Second Constitutional Period.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, yasinyilmazz@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-3742-8743.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, mkiremitci@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4112-7986.

Makale Geliş Tarihi: 03.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 24.03.2022

GİRİŞ[***]

Konya'da hukuk eğitiminin geçmişi oldukça eski tarihlere dayanır. İslamiyetin bu şehirde yayılmasından sonra Selçuklu, Karamanoğlu ve Osmanlı dönemlerinde İslam hukuku (fıkıh) merkezli eğitim veren medreseler, uzun yüzyıllar boyunca müslüman coğrafyalara önemli hizmetlerde bulunan hukukçular yetiştirmişlerdir.[1] Tanzimat döneminden sonra hukuk doktrini ve pratiğinde modern bir anlayış yerleşmeye başlamış ve hukuk eğitiminin de modernleştirilmesi sözkonusu olmuştur. Bu bağlamda makalenin ilk bölümünde Osmanlı'da hukuk eğitiminin modernleşmesiyle önce İstanbul'da 1878 yılında kurulan, daha sonra Darulfünun'a bağlanan Mekteb-i Hukuk'un[2] devamı ve şubesi sayılabilecek olan hukuk mekteplerinden Konya Hukuk Mektebi tanıtılacaktır.

Konya Hukuk Mektebi'nde anayasa hukuku derslerini veren İbrahim Şinasi Bey, Fransız anayasa hukukçusu Félix Moreau'nun kitabının bir kısmını, yaklaşık bir tercümeyle ders olarak okutmuş ve Konya'da bulunan Meşrık-ı İrfan Matbaası'ndan da bu metni bastırmıştır. Bu itibarla ikinci bölümde Moreau ve Şinasi'nin hayat hikayeleri anlatılacaktır. "Medhal-i Hukuk-ı Esasiye" başlıklı eser, hem Konya'daki ilk anayasa hukuku derslerine dair fikir vermesi hem de tespit edebildiğimiz kadarıyla bu alanda yabancı bir dilden çevrilen ilk kitap olması bakımından önemlidir. Metnin tanıtımı ve değerlendirmesi de üçüncü bölümün konusunu oluşturur. Bu çalışma ile Konya'da modern anayasa hukuku öğretiminin başlangıcı aydınlatılmış olacaktır.

I. KONYA HUKUK MEKTEBİ (1908-1919)

Merkezin yanında taşrada da hukuk mektebi ihtiyacını dikkate alan hukukçulardan o dönem Maliye Nezareti'nde hukuk müşaviri olan Seydişehirli Mahmut Esat ve Temyiz Mahkemesi Üyesi Kostaki Efendiler bir layiha/tasarı hazırlayarak Babiali'ye takdim etmişlerdir. Layihanın hükümet tarafından kabulü üzerine İstanbul'dan sonra, 1907 yılında Konya, Selanik ve Bağdat vilayetlerinde birer Mekteb-i Hukuk

*** Makale ekinde yer alan metni yayımlama izni verdikleri için İbrahim Şinasi'nin tek varisi olan Hidayet Oktay Bilik'in mirasçıları Esin Bilik ile Selin Bilik'e ve bu izni almamıza vesile olan Enes Cömert ve Rukiye Yılmaz'a teşekkür ediyoruz. Yine Félix Moreau'nun biyografisini yazarken Fransızca kavramları danıştığımız Arş. Gör. Kübra İmran Diler'e, İbrahim Şinasi'nin İstanbul Barosu'ndaki dosyasını bizim için tarayan Av. Tuğba Yerebasmaz'a, Moreau'nun eserinin 2 baskısını bizim için tarayan Arş. Gör. İbrahim Enes Onat'a ve makalenin geliştirilmesinde önemli katkıları olan Dr. Ali Adem Yörük hocamıza şükranlarımızı sunuyoruz.

1 Bkz. Caner Arabacı, Osmanlı Dönemi Konya Medreseleri (1900-1924), Konya Ticaret Odası, Konya, 1998, s. 141 vd.

2 Bkz. Ali Adem Yörük, "Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008; Nuran Koyuncu, "Hukuk Mektebinin Doğuşu", C.XVI, S.3, 2012, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 163-186.

daha açılması kararlaştırılmıştır.[3] 5 Ocak 1908 tarihli kayıttaki ifadelere göre "*vilayât-ı şahaneden üçünde küşadı mukteza-yı irade-i seniyye-i cenab-ı hilafetpenahi olan hukuk mekteplerinden birinin Konya'da tesisine...*"[4] karar verilmiştir. Bu kararın üzerine bir ay kadar sonra Konya'da da bir hukuk mektebi açılmıştır. Mezun defterlerindeki bilgilere[5] ve Refik Kırış'ın verdiği tarihe göre[6] mektep, Rumi olarak 12 Şubat 1323, miladi 25 Şubat 1908 tarihinde açılmış ve yine bu tarihte öğretime başlamıştır. Resmi açılış töreni ise, 1 Mart 1908 Cumartesi günü yapılmıştır.[7]

Mektebe, Konya'da Mevlana dergahı yakınındaki Sedirler mahallesinde, bugün Koyunoğlu müzesinin civarına düşen ve Çelebi Konağı diye bilinen büyük bir konak tahsis edilmiştir. Bu binaya halen Konya müzesinde muhafaza edilen bir de levha yazdırıldığı rivayet edilmektedir. Daha sonra Konya Mekteb-i Hukuku, 12 Ekim 1909 tarihinde -bir dönem Özel İdare Binası- bugün de Zabıta Müdürlüğü olarak kullanılan Sanayi Mektebi'ne taşınmıştır.[8] Mektebe hususi bir bina inşası planlanmışsa da bütçe yetersizliği dolayısıyla buna imkan bulunamamıştır.[9]

Mektebin ilk müdürlüğüne Osmanlı dönemi eğitim hayatının önemli şahsiyetlerinden Emrullah Efendi atanmıştır.[10] Emrullah Efendi, 1882 yılında Mekteb-i Mülkiye'den mezun olup çeşitli vilayetlerde maarif müdürlüğü yapmış,[11] 1900 yılında tayin edildiği Meclis-i Maarif üyeliği uhdesinde kalmak üzere 9 Şubat 1908'de Konya Hukuk Mektebi

---

3 M. Ali Uz, "Osmanlı Döneminde Hukuk Mekteplerinin Açılması ve Konya Mekteb-i Hukuku", Aralık 2007, Konya Ticaret Odası İpekyolu Dergisi. http://mehmetaliuz.com/?pg=makale_icerik&makale_id=24 (S.E.T: 01.03.2022)

4 BOA., BEO, 3223/241692, 01.12.1325; BEO, 3152/236348, 15.08.1325.

5 Ali Adem Yörük, "Konya Hukuk Mektebi Mezunları", Müteferrika – Kitabiyat Dergisi, sayı: 32, 2007, ss. 319-328; Seyit Taşer, Taşra Hukuk Mektepleri (Ortadoğu ve Balkanlardan Çekilme Sürecinin Eğitim Kurumlarındaki İzleri), Çizgi Yay., Konya, 2014, s. 21.

6 Fuad Arun, Muallim Refik Kırış -Hayatı ve Eserleri- (1868-1945), Ankara, 1968, s. 173.

7 Mehmet Önder, Sivaslı Ali Kemalî (Hayatı, Şahsiyeti, Eserleri), Yenikitap Basımevi, Konya, 1954, s. 64; Kerim Sarıçelik, "Osmanlı Devri Konyası'nda Modern Eğitim-Öğretim (1869-1919)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2009, s. 260.

8 Sanayi Mektebi'ne nakil durumu hakkında bkz. BOA, MF.MKT., 1141/45, 29.09.1327. Sarıçelik, 2009, s. 260.

9 Taşer, 2014, s. 131.

10 İ..MF.., 14/8, 06.01.1326; Arun, s. 178; kendisinin bu göreve talip olduğu da kaydedilmiştir, bkz. Y..PRK.ZB.., 38/15, 25.12.1325.

11 Hayatı için bkz. Ziya Kazıcı, "Emrullah Efendi" md., TDVİA, https://islamansiklopedisi.org.tr/emrullah-efendi, (S.E.T: 13.03.2022) Bu maddede Emrullah Efendi'nin Konya Hukuk Mektebi müdürlüğü yaptığı yıl sehven 1906 olarak yazılmıştır.

Müdürlüğü'ne getirilmiştir.[12] 26 Mart 1908 tarihinde Hilmi Bey müdür olmuştur.[13] 19 Ekim 1908 tarihinde ise Alaaddin Bey bu makama getirilmiştir.[14] Alaaddin Bey o dönemin gazetelerinden Meşrık-ı İrfan'a gönderdiği 29 Mart 1909 tarihli bir teşekkür yazısında unvanını, "*Konya Daru'l-Fünun-ı Osmani Hukuk Fakültesi Müdürü*" olarak kullanmıştır.[15] Müdür muavi olan[16] Fethi Efendi'nin de bir süre müdür vekilliği yaptığı anlaşılmaktadır.[17] Refik (Kırış) Bey ilk olarak 27 Mayıs 1912 tarihinde müdür olmuş,[18] 30 Eylül 1913 tarihinde Darülfünun Hukuk Şubesi müdürü olarak tayin edilmiş, bu arada Mustafa Şeref Bey müdür olmuş,[19] 31 Ocak 1914 tarihinde ise Refik Bey tekrar müdürlüğe getirilmiş[20] ve mektebin lağvına kadar (kendi hesabına göre 5 sene 1 ay 23 gün) bu göreve devam etmiştir.[21]

Mektebin son müdürü Refik Bey'in ifadesiyle "*bir kısmı müderris sıfatını haiz ve çoğu şark ve garp dillerinden bir kaçını bilen, yüksek ahlak seciyeli, devirlerinin alim ve fazıl şahsiyetleri*" olan muallim kadrosuna bakıldığında; Şinasi Bey'in hukuk-ı esasiye, hukuk-ı düvel ve hukuk-ı idare, Yalvaçlı Ömer Vehbi Efendi'nin ve Ahmed Ziya Efendi'nin Mecelle ve usul-i fıkıh, Sivaslı Ali Kemali Efendi'nin fıkıh ve ahkam-ı evkaf, Numan Sabit'in iktisat ve maliye, Selim Sabit'in Mecelle ve ticaret-i berriye; Hilmi Bey'in ticaret-i bahriyye, sakk-ı hukuk ve sakk-ı ceza, Hesabi Bey'in usul-ı cezaiye, kanun-ı ceza ve hukuk-ı ceza, Tahir Efendi'nin Mecelle ve feraiz, Refik Bey'in ise maliye ve iktisat dersleri

---

12 Emre Dölen, Türkiye Üniversite Tarihi 1 -Osmanlı Döneminde Darülfünun (1863-1922), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009, s. 314.

13 Y..A..RES., 154/72, 22.02.1326; Arun, s. 178.

14 MF.MKT., 1077/54, 14.09.1326; BEO, 3417/256210, 23.09.1326.

15 Uz, 2007.

16 MF.MKT., 1093/47, 24.12.1326.

17 Fethi Bey, hastalığı sebebiyle uzun süre İstanbul'da bulunmuş, bu sırada Şinasi Bey müdür vekili olarak görev yapmıştır. Anadolu, 20 Kanunuevvel 1324.

18 21 Haziran 1913 tarihli bir belgede müdür olarak anılmaktadır: BOA, MF.İBT., 435/72, 16.07.1331.

19 Mustafa Şeref, 1912 yılında Paris Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra 1913 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi, Hukuk-ı Esasiye ve İdare Kürsüsü'ne müderris muavini olarak atanmıştır, aynı yılın sonlarına doğru Konya Hukuk Mektebi'ne müdür tayin edilmiş, 1914 yılında Konya mebusu olarak meclise girmiştir. Bu sırada İstanbul Hukuk Mektebi'nde eğitim ve öğretimde yeniden yapılanmaya kapsamında İdare Hukuku Kürsüsü'nün başına getirilmiş ve amme hukuku alanında profesörlük unvanı almıştır. Bkz. Metin Kopar, "Mustafa Şeref Özkan (1885-1938)", https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/mustafa-seref-ozkan-1885-1908/ (S.E.T: 21.04.2022) Bu kısa zaman aralığında Fahrettin Bey ile Memduh Beyin de müdürlüğe tayin edildiği ifade edilmiştir. Bkz. Taşer, s. 109.

20 MF.ALY., 55/97, 20.02.1332.

21 Arun, 1968, s. 174.

verdiği görülmektedir.[22] Mektep kapandıktan sonra bu muallimlerden Refik Bey, Konya Daru'l-Hilafeti'l-Aliyye Medresesi'nde müderrisliğe devam etmiş, sonrasında Konya İmam ve Hatip Mektebi riyaziye muallimliğine tayin edilmiştir. Bir dönem müdürlük yapan Mustafa Şeref Bey, önce İstanbul Hukuk Mektebinde anayasa ve idare hukuku profesörlüğü, Burdur mebusluğu ve iktisat vekilliği yapmıştır. Ömer Vehbi Efendi, Konya İrfaniye Medresesi'nde müderrisliğe devam etmiş, Daru'l-Hilafeti'l-Aliyye Medresesi'nde müderrislik, Konya mebusluğu ve müftülüğü yapmıştır. Sivaslı Ali Kemalî Efendi, muhtelif müesseselerde hocalık yapmış, Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti reisi iken 1920 senesinde Konya'da vuku bulan Delibaş isyanında şehit edilmiştir.[23] Şinasi Bey, Konya Vilayeti Umur-ı Hukukiye müdürü olmuş, mübadele komisyonunda vazife görmüş, sonra İstanbul'da avukatlık yapmıştır. Selim Sabit, Konya'da avukatlık yapmıştır. İbrahim Hesabi Bey, Temyiz Mahkemesi azalığı, Bafra'da avukatlık ve İzmir'de Maliye Vergiler Muvazzaf İtiraz Komisyonu başkanlığı yapmıştır. Mehmed Tahir Efendi, Temyiz Mahkemesi azası olmuştur. Numan Sabit Bey, Gölpazarı gibi ilçelerde kaymakamlık yapmıştır. Hilmi (Akyol) Bey de, Konya'da avukatlık, baro başkanlığı, Ankara'da Maliye Vekaleti ile diğer müesseselerde hukuk müşavirliği yapmıştır.[24]

1908 yılı Mayıs ayında hukuk mekteplerinin eğitim süresinin 3 yıldan 4 yıla çıkarılmasına dair karar neticesinde Konya Hukuk Mektebi de buna yönelik bir programlamaya gitmiştir.[25] Mektepte medrese kökenli müderrislerin fıkıh kitapları ve Mecelle metnini, modern eğitim alan hocaların ise Fransız hukuk literatüründen kitaplar ile kanun metinlerini ders olarak okuttukları tahmininde bulunmak zor değildir.

---

[22] Refik Kırış, "15 Mart 1914 tarihinde Konya Mekteb-i Hukuk Heyet-i İdare ve Talimiyesi" notuyla bir fotoğraf paylaşmış (Arun, s. 96) ve muallimlerin hangi derslere girdiklerini yazmıştır. Bu fotoğrafı daha sonra da Yusuf Boysal bir makalesinde neşretmiştir: "Selçuk Üniversitesi Kurulurken", Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, I/73-79, 1981.

[23] Bkz. Önder, 1954, s. 64.

[24] Arun, 1968, s. 177-178. Mektepte başka isimler de muallimlik yapmıştır: Haki Bey ve Ata Bey'in ceza hukuku muallimliği yaptığı ve Mehmed Said Efendi ile Burhaneddin Efendi'nin de kadroda yer aldığı kayıtlarda bulunmaktadır. BOA, MF.MKT., 1060/17, 17.05.1326; MF.MKT., 1164/41, 20.11.1328. DH.MKT., 1288/23, 04.08.1326. Mekteb'de ayrıca ilmiye mensupları da dersler vermişlerdir. Bunlar; Sivaslı Ali Kemali, Hadimli Ömer Vehbi, Şeyhzade Ahmed Ziya Efendi'dir. Diğer taraftan medreseden icazet alıp bu okula devam edenler de bulunmaktaydı. Musa Kazım Onar Efendi, Mustafa Fevzi Karaağaç Efendi, Eyüp Sabri Hayırlıoğlu Efendi, Ali Sami Efendi, Ali Kudsi Efendi bunlardan bir kaçı idi. Bkz. Arabacı, s. 532, 535. Konya ulemasının Hukuk Mektebi'ne karşı hasmane bir tutum içinde olmadıkları rahatlıkla söylenebilir. Bkz. Serhat Aslaner, "İlmiye Sınıfının II. Meşrutiyeti Algılayışı (Konya Örneği)", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2006, s. 29.

[25] Ekrem Buğra Ekinci/Osman Kaşıkçı, "Konya Hukuk Mektebi", S.100, Konya 1996, Konya Ticaret Odası Yeni İpek Yolu Dergisi.

Nitekim İstanbul'da uygulanan tedrisat programının Konya Hukuk Mektebi'nde de uygulanmasına yönelik bir karar alınmıştır.[26]

Özgün olarak zikredilebilecek ders kitaplarından biri makale konumuz olan Félix Moreau'dan anayasa hukuku ders kitabı çevirisidir. Sonraki bölümde bu metinle ilgili detaylı bilgi verilecektir. Diğer ders kitapları ise mektepte 1909-1913 yılları arasında Mecelle ve Feraiz dersleri veren Ahmed Ziya Efendi'ye ait *Emâli'l-Ferâiz, Ucâletü'l-Ferâiz, Sülâfetü'l-Ferâiz* ve *Emâli'l-Vesâyâ* isimli matbu eserler ile Mecelle'nin ilk yüz maddesinin şerhi olan *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Şerhi* isimli el yazmasıdır.[27] *Emâli'l Vesâyâ* isimli eserde "*Konya Mekteb-i Hukuk talebesine imla ve tedris olunduktan sonra tab' olunmuştur*" ibaresi bulunmaktadır.[28]

Mezun defterindeki bilgilere göre Konya Hukuk Mektebi, 1915 yılının Kasım ayı sonuna kadar düzenli olarak öğretime devam etmiş, bu tarihten sonra bütün öğrenciler askere sevkedildiği için öğretime fiilen ara verilmiş, 1918 ve 1919 yıllarında ikmal imtihanları ile son mezunlarını vermiştir. Mektep, faaliyette bulunduğu süre içerisinde toplam 134 mezun vermiştir. Mektebin ilk 109 mezununa ait bilgiler içeren bir defterden hareketle kız öğrencisi olmadığını, mezunlarının tamamı erkek olduğunu, büyük çoğunluğun müslüman olduğunu, toplam 15 gayrımüslim mezun bulunduğunu, mezunların 44'ü aliyyülala, 44'ü ala, 19'u karîb-i ala ve ikisi vasat derece ile mezun olduğunu, başarı yüzdesinin %40 gibi yüksek bir seviyeye vardığı mezkur yazıda ifade edilmektedir.[29]

Konya Hukuk Mektebi talebeleri bir cemiyet, cemiyete ait bir de hukuk kütüphanesi kurmuşlardır. 1910 yılına ait bir haberde bu cemiyetin taşrada kurulan ilk ilmî cemiyet olduğu ifade edilmiş ve erbab-ı mürüvvetten kütüphanenin geliştirilmesi için yardım talebinde bulunulmuştur:

"*Milel-i mütemeddinede her şube-i ilm u fen erbabı biraraya gelerek mensup olduğu ilim ve fen ve mesleğin terakkisini düşünmek, lazım gelen*

---

26 MF.MKT., 1017/27, 11.08.1325.

27 Ziya Efendi'nin Mecelle şerhi de 1909 yılında verdiği ders notlarından oluşmaktadır. Bu şerh, A. Osman Koçkuzu tarafından yayınlanmıştır. Ahmed Ziya Efendi, İslâm Hukukunun Genel İlkeleri -Kavaid-i Küllîye Şerhi-, İstanbul, 1996.

28 Ahmed Ziya Efendi'nin hayatı ve ismini zikrettiğimiz kitapların tespiti ve tanıtımı ile "Emali'l-Vesaya" metninin çeviriyazısı için bkz. İsmail Bilgili, "Şeyhzâde Ahmed Ziyâ Efendi'nin Hayatı ve 'Emâli'l-Vasâyâ' Adlı Eseri", S.12, Konya 2008, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 301-344.

29 Yörük, "Konya Hukuk Mektebi Mezunları", s. 319-328. Mezun sayıları yıllara göre şu şekildedir: 1911'de 37, 1912'de 23, 1913'de 18, 1914'de 15, 1915'de 13 ve 1919'da 3 kişi mezun olmuştur. Mezunlar arasında öne çıkan isimler şunlardır: Musa Kazım Onar (1, 2, 3. dönem Konya milletvekili), Şaban Sırrı Höcek (4. dönem milletvekili), Eyüp Sabri Hayırlıoğlu (2. dönem milletvekili, 1951'de Diyanet İşleri Başkanı), Mustafa Şevki Ergun (4. dönem milletvekili), Mustafa Feyzi Karaağaç (2. dönem milletvekili), Musa Kazım Gürel (3, 4. dönem milletvekili). Taşer, 2014, s. 170-174.

tedabire tevessül eylemek için cemiyetler teşkil edilmiş ve cemiyât-ı mezkure maksad-ı teşkile pekçok hidemât-ı ber-güzide ifa eylemişlerdir. Bizde Meşrutiyet'ten evvel cemiyet lafzı ağza bile alınmazdı. İnkılab-ı Meşrutiyetle beraber payitahtımızda süver-i muhtelifede cemiyetler teşkil edilmiş ve bu cemiyetlerin fevaidi de görülmüştür. Maamafih taşralarda ilmî bir cemiyet teşkili, zannediyorum, ilk defa Konya Hukuk Talebesine nasip olmuştur. Memleketimizde, kâffe-i şuabât-ı ilmiye ile beraber, pek geride kalmış olan ilm-i celil-i hukukun terakki ve tefeyyüzüne hadim olacağı tabiidir. Cemiyet tevsi' ve intişar-ı ilm-i hukuku temin etmek için en mükemmel vasıta olan bir kütüphane teşkilini de unutmamıştır. Memleketimizde bir kütüphane-i hukuk teşkilinin ne kadar müşkil ve ne kadar fedakarlığa mütevakkıf olduğu erbabının malumudur. Maamafih bu kadar mukaddes bir maksadla vaki olan bu teşebbüs-i mühimme erbab-ı mürüvvet dest-i muavenetini uzatacak olursa bütün bu müşkilatın önü alınarak birkaç sene zarfında âsâr-ı ber-güzide-i hukukiyeyi câmi bir kütüphanenin vücudpezir olacağı emr-i tabiidir. Genç meslektaşlarımızı bu babdaki himmet-i terakkiperveranelerinden dolayı tebrik ve muvaffakiyetlerini temenni eyleriz."[30]

Talebe-i Hukuk Cemiyeti için üyeler tarafından bir nizamname hazırlanmıştı, buna göre cemiyetin amacı her inançtan hukuk talebeleri arasında kardeşlik ve yardımlaşmayı temin etmekti.[31] Cemiyetin toplantılar düzenleyerek güncel konular üzerinde müzakerelerde bulundukları görülmektedir.[32]

II. Meşrutiyet dönemi Konya gazetelerinden[33] mektebin sosyal ve düşünsel faaliyetleri hakkında fikir vermesi için birkaç yazı ve haber nakletmek yerinde olacaktır. Mektebin açıldıktan birkaç sene sonra Konya'dan kaldırılarak İzmir'e nakledileceğini haber almıştır. Konyalılar tabiatıyla böyle bir nakle karşıdır; tarşrada ilmin yayılması için bu tür okulların gerekliliği vurgulanmış, istibdat devrinde bile mektep kapatılmadığı söylenmiş, eğer ekonomik sebeplerle böyle bir karar verilmişse mektepteki hocaların elli dakikalık derse karşı aldıkları 75 kuruşluk ücretten -bu miktar çok görülmemesine rağmen- vatanın içinde bulunduğu durum içinde biraz daha fedakar olunabileceği ifade

---

30 "Şuûn-ı Hukûkiye: Konya Talebe-i Hukuk Cemiyeti", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, sy. 12, 28 Şubat 1325/13 Mart 1910, s. 431; Bu çağrı karşılık bulmuş olsa gerek ki Gümülcine milletvekillerinden Mehmet Arif Bey, cemiyet kütüphanesine çok değerli kitaplar hediye etmiştir. Bkz. Hakem, 6 Cemaziyelahir 1328/15 Haziran 1910, sy. 88, s. 2.

31 Meşrık-ı İrfan, 21 Kanunusani 1325; Hakem, 30 Recep 1328/7 Ağustos 1910, sy. 102, s. 2.

32 Bkz. Hakem, 9 Safer 1328/20 Şubat 1910, S.69, s. 2.

33 Bu gazetelerdeki malumatlara şu tezlerden istifade ile ulaştık: Taner Özcan, "Meşrutiyet Dönemi Konya Basınına Bir Örnek Meşrık-ı İrfan Gazetesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008; Saime Gündüz, "Hakem Gazetesine Göre II. Meşrutiyet Başlarında Konya", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008; S. Sinem Sevindir Dinç, "Anadolu Gazetesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi", Konya, 2006.

edilmiştir.[34] Arşiv kayıtlarında da kapatılma yönündeki fikirlerin uygun bulunmadığı ve mektebin ilga olunmayacağı ifade edilmiştir.[35]

Meşrık-ı İrfan'da yer alan bir habere göre Beyşehirli Ahmet Kemal, 1910 yılının Şubatında bir Cuma akşamı mektep talebelerine bir konferans vermiştir. Konferansta Konya Hukuk Mektebi'nin önemi üzerinde durulmuş, Anadolu'da böyle bir mektep bulunmasının büyük bir sanş olduğu belirtilmiştir. Konya'nın ilerlemesi için neler yapılması gerektiginden de bahseden Ahmet Kemal'i, Hukuk Mektebi Müdürü Fethi Bey tebrik etmiş, talebeler ise "şiddetle alkışlamışlardır."[36]

Talebelerin de gazete sütunlarında ciddi fikir tartışmalarına giriştikleri görülmektedir. Mekteb-i Hukuk talebelerinden Manisalı Mehmet Nuri ile Seydişehirli Zeki'nin yaşadığı kalem kavgası buna örnek olarak verilebilir. Mehmet Nuri'nin, kısas ve suçluya işkenceyi olanca kuvvetiyle savunan 85. sayıdaki yazısıyla başlayan bu tartışma yaklaşık 20 sayı boyunca devam etmiştir. Seydişehirli Zeki, bu görüşe karşı çıkmakta kısas ve suçluya işkencenin savunulmasını ayıp bulmaktadır. İki taraf da görüşlerinin meşruluğunu ispat etmek için İslamî referanslara başvurmuşlardır. Gazetede iki yazar arasında olan bu tartışma 104. sayıda başyazar Ahmet Kemal'in artık bu tartışmanın bitmesini isteyen başyazısı sonrasında nihayete ermiştir.[37]

Güncel gelişmeler karşısında da mektep mensupları toplumsal eylemler içerisinde yer almışlardır. Örneğin Girit adasının Yunanistan tarafından ilhak edilme teşebbüsü, Meşrık-ı İrfan'da ve Konya halkında büyük tepkiye sebep olmuştur. Bir miting tertip edilmiş, Konya Hukuk Mektebi muallimlerinden -kendisi de Girit doğumlu olan- İbrahim Şinasi burada bir konuşma yapmıştır. Şinasi'nin konuşması sırasında meydanda ağlayan birçok kişi olmuştur. Bu sırada miting meydanında yükselen ses, "*Ya Girit, Ya Ölüm*" sloganıdır. Şinasi konuşmasını tamamladıktan sonra, Müftü Hacı Ahmed Efendi tarafından Girit için dua edilerek miting son bulmuştur.[38] Bir sayı sonra Hukuk Mektebi talebesi Manisalı Mehmet Nuri'nin "Girit Osmanlıların, Osmanlıların Kalacak ve Hubbu'l-Vatan Mine'l-İman" başlıklı makalesi yayımlanır. Makale Girit için yazılmış bir nutuk tarzındadır.[39]

---

[34] Meşrık-ı İrfan, 18 Haziran 1325/1 Temmuz 1909, sy. 30; Anadolu, 29 Kanunuevvel 1324/11 Ocak 1909; Hakem, 22 Cemaziyelahir 1327/11 Temmuz 1909, sy. 29.

[35] DH.MKT., 2865/36, 15.06.1327; DH.MUİ., 146/36, 14.07.1329.

[36] Meşrık-ı İrfan, 8 Şubat 1325/21 Şubat 1910, sy. 93.

[37] Meşrık-ı İrfan, 18 Mart 1326/31 Mart 1910, sy. 104

[38] Meşrık-ı İrfan, 6 Mayıs 1326/19 Mayıs 1910, sy. 117; Hakem, 10 Cemaziyelevvel 1328/20 Mayıs 1910; Girit ile ilgili mitinglerin devam ettiği görülmektedir, bkz. Hakem, 21 Recep 1327/8 Ağustos 1909, sy. 35.

[39] Meşrık-ı İrfan, 10 Mayıs 1326/ 23 Mayıs 1910, sy. 118.

Gazetenin 105. sayısının büyük bir bölümü donanma yardımı haberleriyle doludur. Donanmanın vatan için gerekliliğini tekrar tekrar anlatan yazıda, Konyalılardan daha büyük yardımlar istenmektedir. Hukuk Mektebi Talebesi Kayserili Ahmet Zeki'nin, "Donanma Sayesinde Devletimiz Şanlanacak, Milletimiz Canlanacaktır" başlıklı makalesi de donanma yardımı üzerinedir.[40]

Görüldüğü üzere hukuk mektebi talebeleri, devletin ve toplumun içinde bulunduğu sorunlara karşı son derece duyarlıdırlar ve mitingler, toplantılar, gazete yazıları gibi araçlarla siyasal ve toplumsal görevlerinin bilincinde olduklarını göstermişlerdir.

20. yüzyılın başlarından itibaren "Vilayet Hukuk Mektepleri" olarak anılan Selanik, Konya ve Bağdad'da hukuk mektepleri açılmıştır. Ancak bu mektepler bağımsız olmayıp önceleri İstanbul'daki Mekteb-i Hukuk'a ve daha sonra da Darülfünun Ulum-ı Hukukiye Şubesi'ne bağlı birer şube sayılmışlar ve diplomaları da İstanbul'dan düzenlenmiştir.[41] Konya Hukuk Mektebi, I. Dünya Savaşı'ndan dolayı yaşanan sıkıntılar üzerine 15 Mart 1919 tarihinde kapanmıştır.[42] Mektep hakkında bu şekilde bir tanıtım yapıldıktan sonra[43] mektepte okutulan anayasa hukuku ders kitabının kaynak ismi Moreau ve dersin hocası İbrahim Şinasi'yi tanıyabiliriz.

II. FÉLİX MOREAU VE İBRAHİM ŞİNASİ'NİN HAYAT HİKAYELERİ

Félix (Pierre-Louis) Moreau, 2 Kasım 1859 tarihinde Bordeaux'da doğmuştur. Hukuk lisans eğitimini 1879 yılında Bordeaux Üniversitesi'nde tamamlamıştır. Bordeaux Hukuk Fakültesinde 1883 yılında uluslararası özel hukukta yabancı mahkemelerin verdiği kararların Fransa'daki etkileri konulu doktora tezini savunmuş[44] ve doktor ünvanını almıştır. Kariyerinin ilk zamanlarında avukatlık yaptığı görülmektedir. Ders verme yetkisini aldıktan sonra 1885 yılından 1920'ye kadar Aix-Marsilya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Fransız Kamu ve Özel Hukuk Tarihi, Fransız Hukuk (Genel) Tarihi, Fransız Kamu Hukuku Tarihi, Fransız Özel Hukuk Tarihi, Anayasa Hukukuna Giriş, Anayasa Hukuku, İdare Hukukuna Giriş ve İdare Hukuku isimli

40 Meşrık-ı İrfan, 22 Mart 1326/4 Nisan 1910, sy. 105.

41 Taşer, 2014, s. 27. Dölen, s. 306. Bulabildiğimiz bir örnekte Konyalı Mehmet Receb Efendi'nin de 30 Ağustos 1914 tarihli diplomasında "Daru'l-Fünun-ı Osmani -fî Konya- hukuk şubesinde tahsilini ikmal eden..." ifadesinin bulunduğunu gördük.

42 Arun, 1968, s. 173; Taşer, 2014, s. 206.

43 Arşivde karşılaştığımız belgeler ve diğer kaynakları dikkate aldığımızda bu konuda ayrıca bir çalışma yapılmasının gerekli olduğunu belirtmek isteriz.

44 Doktora tezi için bkz. http://www.babordnum.fr/items/show/524; Ayrıca PDF halini görmek için bkz. http://www.babordnum.fr/files/original/49dde5bc09afb35b86eee5400336207f.pdf.

dersleri vermiştir. Bunların yanı sıra zaman zaman Marsilya Fen Fakültesinde de çeşitli isimler altında dersler okutmuştur. Kariyerinin bu sürecinde (1885 sonrası) Profesör ünvanını da almıştır. Moreau, 1919-1930 yılları arasında Aix-Marseille hukuk fakültesinin dekanı olarak görev yapmıştır. Moreau, 1930 yılında emekli olmuş ve dört yıl sonra da 17 Mayıs 1934 tarihinde vefat etmiştir.[45]

Félix Moreau'nun birçok kitabı ve makalesi bulunmaktadır.[46] Çalışma konumuzun merkezinde yer alan "Anayasa Hukukunun Temeline Giriş (Devlet Organlarının Teşkilatlanması)" şeklinde çevrilebilecek olan "*Précis Élémentaire De Droit Constitutionnel (Organisation Des Pouvoirs Publics)*" isimli eserinin ilk baskısı 1892 yılında yapılmış olup ulaşılabilen son baskısı (10. Baskı) 1928 yılına aittir. Bu eser 1908 tarihli 6'ncı baskısından itibaren içeriğine kamu hürriyetlerini (libertés publiques)[47] de alacak şekilde genişletilmiştir.

İbrahim Şinasi Bey (1875-1975), Girit'in Kandiye kasabasında Hüseyin ve Azize'nin oğulları olarak doğmuş, ilk öğreniminin ardından İstanbul Darülfünun Hukuk Şubesi'nden aliyyü'l-âla dereceyle mezun olmuş, 1909 yılının başında İstanbul'da Konya'daki mektep muallimliği için açılan sınavda birinci olarak Konya Hukuk Mektebi'nde 3000 kuruş maaşla göreve başlamıştır.[48] Şinasi Bey'in birinci sınıflara usul-i muhakemat-ı cezaiye ve hukuk-ı esasiye, ikinci sınıflara hukuk-ı düvel ve hukuk-ı idare, üçüncü sınıflara da ticaret-i berriye derslerini okutmasına karar verilmişti. Yine aynı yıl açılan Konya Polis Mektebi'nde hukuk-ı düvel ile idadi seviyesinde eğitim vermek üzere 1913 yılında açılan Ümit Mektebi'nde ilm-i iktisad derslerini Şinasi Bey okutmuştur.[49] 1915 yılının sonunda Konya Hukuk Mektebi savaş nedeniyle fiilen kapalı olduğu için Şinasi Bey, 2500 kuruş maaşla Konya Vilayeti Umur-ı Hukukiye Müdürü olmuş,[50] mübadele komisyonunda vazife görmüş, sonrasında İstanbul'da avukatlık yapmıştır.[51] İstanbul Barosuna 568 numarayla kayıtlı İbrahim Şinasi, Cumhuriyet döneminde "Bilik" soyismini almıştır. Bilik'in 1938 ve 1941 yıllarındaki haberlere bakarak İstanbul Maliye Muhakemat Müdürlüğü avukatlığını yaptığını

---

45 Félix (Pierre-Louis) Moreau hakkında daha fazla bilgi için bkz. https://www.idref.fr/074137441; http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/56896.

46 Kitap ve makaleleri için bkz. http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/56896.

47 Bu kavram hakkında bkz. Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ekin Yay., Bursa, 2017, s. 62 vd.

48 Anadolu, 18 Kanunusani 1324/31 Ocak 1909; Sarıçelik, 2009, s. 264; Taşer, 2014, s. 89, 97.

49 Sarıçelik, 2009, s. 231, 280-281; Gündüz, 2008, s. 488-489.

50 Taşer, 2014, s. 184.

51 Arun, 1968, s. 178

söyleyebiliriz.[52] Barodaki dosyasına göre kendisi avukatlıktan 1 Aralık 1965 tarihinde emekli olmuş ve 9 Aralık 1975 tarihinde İstanbul'da vefat etmiştir. İbrahim Şinasi'nin bilinen tek eseri makale konumuzu oluşturan anayasa hukukuna giriş metnidir, bu metnin özelliklerini ve değerlendirmesini ayrıca ele alabiliriz.

III. "MEDHAL-İ HUKUK-I ESASİYE" (ANAYASA HUKUKUNA GİRİŞ) METNİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Osmanlı döneminde anayasa hukuku (hukuk-ı esasiye) derslerinin mekteplerde verilmeye başlaması II. Meşrutiyetin ilanıyla mümkün olmuştur. Daha önce anayasa hukuku dersleri gizli gizli verilebilmekteydi.[53] Konya Hukuk Mektebi muallimlerinden İbrahim Şinasi de Félix Moreau'nun kitabının giriş kısmının yaklaşık bir çevirisini yapmış ve hukuk talebelerine bu metin üzerinden anayasa hukuku dersini anlatmıştır. Bu metin aynı zamanda tespitimize göre anayasa hukuku alanında yabancı bir dilden Türkçeye çevrilen ilk kitap olma özelliğini taşımaktadır. Moreau'nun Osmanlı anayasa hukuku düşüncesinde etkili bir isim olduğu ifade edilebilir. Örneğin Osman Sermed, Selanik Hukuk Mektebi'nde okuttuğu anayasa hukuku kitabının yazımında Duguit ve Esmein'in yanında Félix Moreau'dan da istifade ettiğini söylemiştir.[54] Yine Babanzade İsmail Hakkı da anayasa hukuku kitabında Moreau'ya atıf yapmıştır.[55]

Konya'da bulunan Meşrık-ı İrfan Matbaası'nda basılan eser 64 sayfadır. 1910 yılının son aylarına tekabül eden Hicrî 1328/Rumî 1326 tarihinde basılmıştır. İbrahim Şinasi'nin önsözü "İfade" başlığıyla ilk sayfada yer alır. Burada kitabın iki cilt olarak tasarlandığı, ilk cildinde teorik esasların işlendiği bir giriş yapılacağı ve ikinci cildinde ise Osmanlı anayasa hukuku üzerinde durulacağı söylenmiştir. Fakat ikinci

---

52 Yeni Sabah, no. 207, 30 Son Teşrin 1938, s. 7; Tasvir-i Efkar, no. 4898, 8 Birincikanun 1941, s. 3.

53 Bkz. "(…) Bu efendilere kemal-i hulûs ve memnuniyetle kendi ikametgahımda gizlice ve fahrî olarak ders verir idim." Rıza Tevfik, "Hukuk-ı Esasiyeye Medhal", Ulum-ı İktisadiyye ve İctimaiyye Mecmuası, 1 Nisan 1326 [14 Nisan 1910], c. I, sy. 4 (16), s. 532-576; 1 Mayıs 1326 [14 Mayıs 1910], c. I, sy. 5 (17), s. 613-629; "Hukuk-ı esasiyeyi, Sultan Abdülhamid-i Sâni ahdinde mektepte okutmuyorlardı. Muallimlerimiz, ez-cümle sadr-ı esbak merhum Hakkı Paşa, derslerinde gümrükten mal kaçırırcasına biraz hukuk-ı esasiyeden bahsederdi." Celal Nuri, "Fenn-i Hukuktaki İnkılab Hakkında Musahabe", haz. Yasin Yılmaz, sy. 28, 2019 Güz, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 115-120; "(…) bizde inkılab-ı mesuda değin bu ilmin tedvini muhal olmuştu." Osman Sermed, Hukuk-ı Esasiye, Asır Matbaası, İstanbul, 1911, s. 3.

54 Osman Sermed, 1911, s. 4.

55 Babanzade, Félix Moreau'nun devlet tanımını nakletmiştir: "devlet, beşeriyetin ahaliye, araziye ve hükümete malik bir cemiyet-i tamme ve müstakillesine ıtlak olunur." Babanzade İsmail Hakkı, Hukuk-ı Esasiye, haz. Fernaz Balcıoğlu/Ayça Büşra Balcıoğlu, Erguvani Yay., Ankara, 2014, s. 43.

cildin anayasa hukuku derslerinde işlenmiş olsa da yayımlanmadığı görülmektedir. Önsözde daha sonra anayasa hukukunun Osmanlı'da ancak II. Meşrutiyet döneminde gelişmeye başladığı zikredilmiş ve eksikliklerin ve hataların bu sebeple affedilmesi talep edilmiştir.[56]

Çeviri kitap üç bölüme ayrılmış olup birinci bölüm anayasa hukukunun konusu ve kaynakları, ikinci bölüm devlet egemenlik ve kuvvetler ayrılığı üçüncü bölüm ise devlet şekilleri hakkındadır. Kapak sayfasında "Konya Hukuk Mektebi Muallimlerinden İbrahim Şinasi" ibaresi yer almakta ve eserde Moreau'nun "*Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*" ismindeki eserinin esas alındığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte çeviri eserde, eserin hangi baskısının esas alındığına yönelik bir bilgi verilmemiştir. Ayrıca her ne kadar aslının aynen tercümesi olduğu söylense de esere bazı yerlerde İbrahim Şinasi'nin bireysel katkıları görülmektedir. Bu itibarla Moreau'nun eserinin hangi baskısının esas alındığı tarafımızdan tam olarak tespit edilememiştir. Ancak yaptığımız araştırmada eserin dört farklı baskısına ulaşabildik. Bunlar 1892 yılında basılmış olan birinci baskı, 1897 yılında basılmış olan üçüncü baskı, 1908 yılında basılmış olan altıncı baskı ve 1921 yılında basılmış olan dokuzuncu baskıdır. Birinci ve dokuzuncu baskıya internet vasıtasıyla ulaşılabilmektedir. Diğer üçüncü ve altıncı baskıları ise İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesinden temin edebilmektedir. Kanaatimizce İbrahim Şinasi, eserin 1910'dan önceki baskılarından (1892, 1894, 1897, 1900, 1905, 1908)[57], birini esas almış olmalıdır. Zira yukarıda belirtildiği üzere çeviri eserin basım yılı miladi 1910 yılının son aylarına tekabül ettiği görülmektedir. Nitekim bu çalışmada da ulaşılabildiğimiz baskılar mukayese edilerek değerlendirme yapılmış olup özellikle 1908 yılında basılmış olan altıncı baskısı dikkate alınmıştır. Birinci baskı dikkate alınamazdı çünkü giriş (introduction) kısmının ilk bölümü "Sosyal Bilimler ve Hukuk" (La science sociale et le droit) başlığı ile başlamakta olup çeviri eserin başlıklandırması ile uyuşmamaktadır. Üçüncü baskı da dikkate alınamazdı çünkü giriş kısmı altında bölüm başlıkları yer almakla birlikte alt başlıklar paragraf içi başlık olarak verildiği görülmektedir. Oysa altıncı baskının giriş kısmında yer alan bölüm başlıkları ve alt başlıklar çeviri eser başlıkları ile birebir uyuşmaktadır. Bununla birlikte altıncı baskı ile de uyuşmayan yerler mevcuttur. Moreau, eserinde paragraf numaralandırması tercih etmiştir. Çeviri metinde de benzer numaralandırmalar görülmektedir. Ancak altıncı baskıda yer alan *5*'inci paragraf ile çeviri metinde yer alan *5*'inci paragraf birbirini tutmamaktadır. Moreau, bu paragrafı sonradan eklemiş olsa gerektir. Bu

[56] İbrahim Şinasi, s. 3. Aşağıda çeviri metne yapılması gereken atıflar Moreau'ya atıf yapılmıştır. Bununla birlikte kimi yerlerde İbrahim Şinasi'nin kendi görüşlerinin yer aldığı tespit edilmiştir. Bu nedenle İbrahim Şinasi'ye ait olduğunu düşündüğümüz yerlerde atıf Şinasi'ye yapılmıştır.

[57] Türkiye kütüphanelerinde 1897, 1908 ve 1911 baskıları bulunmaktadır.

paragraftan sonra ise çeviri metinde yer alan numaralandırma altıncı baskı ile yer yer değişmektedir. O halde denilebilir ki İbrahim Şinasi, eserin -bizim ulaşamadığımız- dördüncü veya beşinci baskınını çevirmiştir. Burada eserin aslına müracat etmek zorunda kaldığımız yerlerde de bu hususlar göz önünde bulundurularak altıncı baskı esas alınmıştır.[58]

Birinci bölüm anayasa hukukunun konusu ve kaynakları (objet et sources du droit constitutionnel) hakkındadır. Hukuk, insanlar arasındaki iyi ilişkilerin korunması ve devam ettirilmesi için konulmuş temel ilkelerin toplamı olarak tanımlanmıştır. Hukuk bilimi, kamu hukuku (droit public) ve özel hukuk (droit privé) olmak üzere ikiye ayrılmakta, kamu hukuku, milli (droit public national) ve devletler (droit international public) kamu hukuku olarak kendi içinde iki kısımda değerlendirilmekte, milli kamu hukuku da anayasa (droit constitutionnel) ve idare hukuku (droit administratif) olmak üzere iki sınıfta incelenmektedir.[59] Anayasa hukuku ile idare hukuku arasında yakınlık bulunsa da birbirinden farklı alanlardır, çünkü anayasa hukuku devlet yapısı ve işleyişi ile devlet kurumlarının genel anlamda faaliyet alanlarını incelerken idare hukuku, iller ve ilçelerle yani yerel idari birimlerle ilgilenir ve devlet kurumlarının görev alanlarını da daha detaylı olarak tetkik eder.[60]

Anayasa hukukunun biri devletin yapısına yönelik, diğeri devlet egemenliğinin sınırları ile bireylerin hak ve özgürlüklerini kapsayan iki konusu bulunmaktadır. Anayasa hukukunun kaynakları anayasa, ferman gibi yazılı hukuk kuralları ile adetlerdir. Anayasa (constitution), "bir milletin siyasi haklarını, devlet şeklini ve bu devletin temel organlarını belirleyen bir sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır.[61] Anayasa hukukunun ikinci kaynağı olan örf ve adetler esasında her toplumdaki anayasal teamülleri ifade eder. Yazılı anayasası olmayan toplumlarda her zaman için anayasal örf ve adetler belirleyici olmuştur. Hatta İngiltere'nin halen yazılı bir anayasası bulunmadığı örnek olarak zikredilmiştir. Milletlerin karakterlerine bakılarak yazılı veya yazısız anayasanın hangisinin o millet için uygun olduğu tespit edilebilir. Bununla beraber kısa ve özlü bir yazılı anayasanın bulunması ve diğer meselelerin örf ve adete bırakılması daha münasip görülmüştür.[62] Bununla beraber maddi ve şekli anlamda anayasa ayrımı kavramsal

---

58 Félix Moreau, Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel (Organisation des Pouvoirs publics et Libertés publiques), L. Larose et L. Tenin, 6 ed., 1908; Çeviri metin ile karışmaması için orijinal metne atıf yapılırken basım yılı da ayrıca verilmiştir.

59 Moreau, s. 4-5.

60 Moreau, s. 5-6.

61 Moreau, s. 7-8.

62 Moreau, s. 9-15.

olarak yapılmamış olsa da böyle bir ayrımı hissettiren bir tasnif görülmektedir.[63]

İkinci bölümde devlet (l'État), egemenlik (la souveraineté) ve kuvvetler ayrılığı (classification des pouvoirs) konuları işlenmiştir. Devletin ortaya çıkışı hakkında toplumsal sözleşme (contrat social) teorisi bilimsel temellere dayanmadığı için eleştirilmiş ve bir varsayımdan ibaret olduğu vurgulanmıştır.[64] Devletin sadece halk, ülke ve egemenlik unsurlarından ibaret olmadığı, halkı bir millet haline getiren ırk, dil, din, medeniyet gibi bağların da bulunması gerektiği ifade edilmiştir.[65] Devlet, kişilerden daha fazla varlığını devam ettirmesi ve tek tek bireylerin hayatıyla kaim olmayıp bizzat var olması itibariyle bir araç değil amaç olarak görülmelidir. Devletin bizatihi amaç olarak görülmesi baskıcı yönetimlere sebep olmaz, zira devlet bireylerden sadece toplumun düzenini korumak için fedakarlık talep edebilir.[66]

Devletlerin egemenliğinin iç (interne) ve dış (externe) olmak üzere iki boyutu olduğu ifade edilmiş, dışsal boyutun devletin diğer devletler nezdindeki egemenliğini ve içsel boyutun devletin bireyler üzerindeki egemenliği olduğu söylenmiştir.[67] Devleti oluşturan millet olduğu için egemenlik de doğal olarak bütün millete ait sayılır. Devletin oluşumu doğal bir süreç olarak kabul edildiği için egemenliğin kaynağının ilahi olması[68] veya sosyal sözleşmeye dayanması gibi görüşleri incelemeye gerek yoktur. Devletin egemenlik hakkı kayıt ve şartlarla sınırlıdır, devlet sadece kendi bekası için zorunlu olan fedakarlıkları halkından talep edebilir. Bu kısımda Şinasi Bey, "zaruretler, kendi mikdarlarınca takdir olunur." külli kaidesine atıf yaparak devlet egemenliğinin sınırlı oluşuna dikkat çekmiştir.[69]

Kuvvetler ayrılığı konusunda öncelikle kuvvet tabirinin hem organ (organ) ve hem de organların işlevlerini (fonction) ifade ettiği söylenmiş ve Şinasi Bey tarafından "Osmanlı Devleti'nde yasama kuvveti Meclis-i Mebusan ile Heyet-i A'yan'dan oluşan Meclis-i Umumi'ye aittir" cümlesinde kuvvetin işleve delalet ettiği, "bir meselede yasama ve yargı kuvvetleri arasında ihtilaf vardır" denildiği zaman da kuvvetin organ manasında kullanıldığı örnekleri verilmiştir.[70] İşlevler bakımından devlet yasama ve yürütme olmak üzere iki görev icra eder.

---

63 Moreau, s. 9-10.

64 Moreau, s. 16-17.

65 Moreau, s. 17.

66 Moreau, s. 17-18.

67 Moreau, s. 20.

68 Şinasi'nin egemenliğin doğrudan Tanrı'dan kaynaklanması anlayışını "hâşâ" tarzı bir ünlem ile ifade etmesine dikkat çekmek gerekir. s. 26.

69 Moreau, s. 22-23.

70 Şinasi, s. 29.

Montesquieu'nun bu iki işleve yargıyı da eklediği, ancak *Kanunların Ruhu* isimli eserindeki ilgili bölümün bu hususta açık ve net olmadığı savunulmuştur.[71] Yargı, aslında yürütme organına ait bir işlev sayılmalıdır, hakimlerin azledilemezlik teminatı gibi ayrıcalıkları yargı işlevini ayrı bir organ olarak görmeyi gerektirmez.[72]

Yasama işlevinin; kurucu iktidar (kuvve-i müessise/pouvoir constituant), yasama organı (kuvve-i teşriiye/pouvoir législatif) ve nizamname (tüzük, yönetmelik) çıkarabilme yetkisi olan düzenleme organı (kuvve-i tanzimiye/pouvoir réglementaire) olmak üzere üç şekli bulunduğu zikredilmiş ve bunlar arasındaki sınırlar ve ilişkiler farklılaşması tabii görülmüştür. Burada anayasaların özet veya ayrıntılı olarak düzenlenmesi belirleyicidir. Şinasi Bey, 1791 Fransız Anayasası'nın ayrıntılı, 1875 Fransız Anayasası'nın özet olduğunu Osmanlı Kanun-ı Esasisi'nin ise ne çok ayrıntılı ne de özet mahiyetinde olduğunu ifade etmiştir.[73]

Kanunların yürütme organı tarafından uygulanması hususunda; bir uyuşmazlık ortaya çıktığında sözkonusu olan yargı işlevi ile vatandaşlara hizmet noktasında beklenen siyasi ve idari işlevi olmak üzere iki boyuttan bahsedilmiştir. Sert bir kuvvetler ayrılığının pek mümkün olmayıp çoğu zaman bir organın diğer organın işlevine ait görevler yaptığı görülmektedir. Organların ve işlevlerin teoride ayrılsa da devlet ve toplum hayatında birbirlerine sıkıca bağlı oldukları da ifade edilmiştir.[74]

Üçüncü bölüm, devlet şekillerine (des diverses formes de l'État) ayrılmıştır. Devletler öncelikle kuvvetlerin kimde toplandığına göre hükümet-i vahid, hükümet-i havass ve hükümet-i avam olarak üçe ayrılmıştır. Bu tasnif ilk olarak Aristo tarafından monarşi (monarchie), aristokrasi (aristocratie) ve demokrasi (démocratie) şeklinde yapılmıştır. İbrahim Şinasi, "demokrasi"nin karşılığı olarak Osmanlı Türkçesinde kullanılan "hükümet-i avam" tabirini uygun bulmayıp bu kavramın "hükümet-i umum" veya "hükümet-i ahali" şeklinde tercüme edilmesinin daha münasip olduğunu söylemiştir.[75]

İkinci olarak devletler doğrudan veya dolaylı olup olmamalarına göre sınıflandırılmıştır. İlk tasnifteki devlet şekilleri, doğrudan veya dolaylı olarak kendi içlerinde ikiye ayrılmıştır. Yani örneğin hükümet-i avam olarak çevrilen demokrasi, kendi içinde doğrudan demokrasi ve dolaylı/temsilî demokrasi olarak iki sınıfta incelenmiştir.[76] Şinasi,

71 Moreau, s. 31-32.

72 Moreau, s. 33-34.

73 Şinasi, s. 36-37.

74 Moreau, s. 39-41.

75 Şinasi, s. 42.

76 Moreau, s. 60-62.

doğrudan ve aracısız demokrasi uygulamasında İsviçre örneği verildiğini, ancak burada da sadece bazı alanlarda halkın doğrudan yönetime katılması sözkonusu olup yine halk kendilerini temsil edecek vekilleri seçmekte olduklarını ifade etmiştir.[77]

Üçüncü olarak devlet başkanının belirlenme şekline göre hükümet-i istihlafiye (forme royale) ve hükümet-i cumhuriye (forme républicaine) olarak ikiye ayrılmıştır. İstihlaf usulünden kastedilen saltanattır, yani devlet başkanlarının veraset usulüyle babadan-oğula geçmesi şeklidir. Cumhuriyet ise devlet başkanı soydan başka bir ölçüt -çoğunlukla seçimle- ile belirleniyorsa sözkonusu olur. Bu bağlamda monarşi (hükümet-i vahid) ile saltanatın (hükümet-i istihlafiye) birbirine karıştırılmaması gerektiği hatırlatılmıştır.[78]

Dördüncü ve son tasnife göre devletler müstakil (indépendant) ve parlamenter (parlementaire) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Burada kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanma şekillerine göre bir sınıflandırma yapılmış, kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık sistemine müstakil devlet/hükümet şekli, kuvvetlerin yumuşak ayrılığına yani yasama ile yürütmenin birbirine bağlı olduğu devlet/hükümet şekline de parlamenter ismi verilmiştir.[79]

Kitabın çeviri yapılan kısmının bölüm tasnifi ve içeriği yukarıda verildiği şekildedir. Görülmektedir ki İbrahim Şinasi birebir çevirisi olmasa da eserin aslına genel itibariyle sadık kalmıştır. Çeviri metnin başlıkları ve sistematiği, Moreau'nun eserine bağlı kalınarak aynı şekilde korunmuştur. Ancak içeriği noktasında İbrahim Şinasi, dönemine uzak kalmaksızın eklemeler yapmaktan çekinmemiştir. Bunun pedagojik nedenler ile yapıldığı gayet tabi anlaşılabilir. Bu yönüyle çeviri, dönemine de ışık tutan yanlar barındırmaktadır. Örneğin Moreau'nun anayasa hukuku kaynaklarına değindiği yerde anayasal niteliği olan yazılı metinler olarak Tanzimat ve Islahat Fermanı'nı zikretmesi önemlidir.[80] Bugün Osmanlı-Türk Anayasal gelişmeleri genel kabul gören bir şekilde 1808 yılında imzalanan Sened-i İttifak ile başladığı kabul edilmektedir. Her ne kadar İbrahim Şinasi'nin, "tanzimat, ferman-ı ıslahat gibi" diyerek örneklemi geniş tuttuğu söylenebilirse de bu fermanların hukuki niteliği itibariyle birer yazılı anayasal metin olarak kabulünün dönemine göre önem arz ettiği söylenebilir.

Gözler, Fransız anayasa hukukunun gelişmesinde üç dönem gözlemlendiğini belirterek bir tasnif yapmaktadır. Bu tasnifte bizi

---

77 Şinasi, s. 52.

78 Moreau, s. 62-63.

79 Moreau, s. 63-64.

80 Moreau bunları "statut, charte, loi fondamentale" olarak ifade etmektedir. Moreau, 1908, s. 3.

alakadar eden kısım esasında birinci dönemdir.[81] Bu ayrım dikkate alındığında Félix Moreau, anayasa hukukunun klasik teorisi olarak kabul edilen birinci dönem temsilcilerinden biri sayılabilir.[82] Anayasa hukukunun temel kavram, kurum ve ayrımlarının bu dönemin ürünü olduğu ifade edilmektedir.[83] Gerçekten de kitabın çevirilen kısmında devlet, egemenlik, milli egemenlik, kuvvetler ayrılığı, devlet şekilleri, üniter devlet, federal devlet, kurucu iktidar, doğrudan demokrasi, temsili demokrasi, referandum, başkanlık sistemi, parlamenter sistem gibi kavram, kurum ve ayrımlar görülmektedir.[84] Bununla birlikte Gözler, yönetilenlerin temel hak ve hürriyetleri gibi konuların bu dönemde nadiren işlendiğini belirtmektedir.[85] Moreau, kanaatimizce bu nadirâttan sayılabilir. Zira anayasa hukukunun konusu hususunda anayasa devlet teşkilatına yönelik düzenlemelerinin yanısıra fertlere karşı devletin sınırlarının da tayin edildiğini belirtmektedir. Bu itibarla anayasa hukukunun konusu iki kısma ayrılmaktadır. İlk olarak devlet organlarının (kuva-yı umumiye) teşkilatına ilişkin hususları içerir. İkinci olarak, siyasi iktidarın sınırını, fertlerin devlete karşı ortadan kaldırılması mümkün olmayan haklarını, kişisel hakları ve genel (umumi) hürriyetleri bütün ayrıntıları ile açıklar ve izah eder.[86] Nitekim Moreau'nun altıncı baskısına kamu hürriyetlerini eklediğinden yukarıda bahsedilmişti.

Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri bağlamında Konya Hukuk Mektebi'nde bu eserin içeriği itibariyle okutulmuş olması önemli görülmelidir. Nitekim çeviri eserin çıktığı dönemde II. Meşrutiyet yeni ilan edilmiş ve Kanun-ı Esasi'de 1909 değişikleri yapılalı takriben bir yıl olmuştu. Modern bir anayasal devlete geçişin teorik temellerinin dünya geneli bağlamında henüz yeni yeni şekillenmeye başladığı, Osmanlı bakımından padişahın yetkilerinin sembolik bir yetkiye dönüştürüldüğü ve egemenlik anlayışının evrildiği[87] bu zamanlarda temel anayasa

---

81 Bu üç dönem Kemal Gözler tarafından "Birinci Dönem: Anayasa Hukukunun Klasik Teorisi", "İkinci Dönem: Anayasa Hukukunda Siyasal Bilim Yaklaşımı" ve "Üçüncü Dönem: Yeni Anayasa Hukuku" şeklinde tasnif edilmiştir. Bkz. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Ekin, Bursa, 2020, s. 88 vd.

82 Kemal Gözler, bu dönemin en ünlü temsilcileri olarak "A. Esmein, R. Carré de Malberg, L. Duguit, M. Hauriou, J. Barthélemy, P. Duez, J. Laferrière ve son temsilcisi G. Vedel"i saymaktadır. Bkz. Gözler, s. 89.

83 Gözler, s. 89.

84 Moreau, 1908, s. 3, 9, 10, 15, 19, 23, 31, 37.

85 Gözler, s. 89.

86 Moreau, s. 6-7.

87 "Milli egemenlik" ilkesi, Ağustos 1909 tarihli bir Heyet-i Ayan Kararnamesinde "hakimiyet-i milliyenin" desteklenmesi için gerekli düzenlemelerin yapılacağı belirtilerek anayasa tarihimize girmiştir. Bkz. Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devletinde Egemenlik Kavramının Gelişimi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 7, sy.

hukuku konularının ders olarak okutulması dikkate şayandır. Keza çeviri eser ile görmekteyiz ki kısa denilebilecek zaman aralığında Fransız hukuk eserlerinin hem takip edilmesi hem de çeviri ile literatüre kazandırılması ayrıca zikredilmelidir.

Sonuç

Konya Hukuk Mektebi'nde anayasa hukuku dersinin hocası olan İbrahim Şinasi Bey, o dönem Duguit ve Esmein'in yanında Osmanlı hukuk muhitinde tanınan ve muteber kabul edilen Félix Moreau'nun eserini okutmayı tercih etmiştir. Bu eserin ilk kısmını özet olarak ve yaklaşık bir tercüme ile hukuk talebelerine okutmuş ve Konya'da bu eseri bastırmıştır. Makalemizde hakkında ciddi akademik çalışmaların yeterince yapılmadığı Konya Hukuk Mektebi'ni kısaca da olsa tanıtmış olduk. Ayrıca Konya'da ilk defa "anayasa hukuku kürsüsü"nün temellerinin bu müellif ve eser ile atıldığını söylemek mümkündür. Bu mektepte verilen anayasa hukuku derslerinin kaynak kişisi olan Félix Moreau'nun ve dersin hocası İbrahim Şinasi'nin hayatlarını da Türkçe'de ilk defa olmak üzere kaynaklarıyla yazdık. Nihayet anayasa hukukuna giriş başlığıyla neşredilen metnin kısa bir tahlilini yaparak önemli gördüğümüz hususların altını çizdik.

"Medhal-i Hukuk-ı Esasiye" metninde kullanılan çeviri tekniği itibariyle hangi kısımların doğrudan hangilerinin yaklaşık ve uyarlama bir tercüme olduğunu tespit etmek kolay değildi. Bununla beraber İbrahim Şinasi'nin kavramları ve konuları açıklarken Osmanlı anayasal tecrübesinden örnekler verdiği açıkça görülmektedir. Mesela kuvvet kavramını izah ederken Osmanlı'da Meclis-i Umumi'nin yasama organı olduğunu zikretmiş, devlet egemenliğinin sınırlı oluşuna dikkat çekerken Mecelle'de de geçen "zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur" kaidesine atıf yapmış, anayasa çeşitlerinden bahsederken 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'nin çok ayrıntılı düzenlenmediği gibi özet mahiyetinde de olmadığını söylemiştir. Yine Şinasi, demokrasi kavramının Osmanlı Türkçesinde "hükümet-i avam" şeklinde karşılanmasını uygun bulmayıp "hükümet-i umumi" veya "hükümet-i ahali" karşılıklarını önermiştir.

Osmanlı dönemi anayasa hukuku doktrini bağlamında Meşrutiyet'in yeniden ilanından ve Kanun-ı Esasi'deki 1909 değişikliklerinden kısa bir süre sonra İbrahim Şinasi tarafından Konya Hukuk Mektebi'nde ders olarak anlatılarak tercüme edilmiş Félix Morea'ya ait anayasa hukukuna giriş metni, modern bir anayasal devlete geçişin teorik temellerini anlamak bakımından önemlidir.

1-2, 1999, s. 129-159; Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2021, s. 202.

KAYNAKÇA

Arşivler

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA.)

Bab-ı Ali Evrak Odası (BEO), 3152/236348; 3223/241692; 3417/256210.

Dahiliye (DH.), MKT., 1288/23; MKT., 2865/36; MUİ., 146/36.

İrade (İ..), MF.., 14/8.

Maarif Nezareti (MF.), ALY., 55/97; İBT., 435/72; MKT., 1141/45; MKT., 1077/54; MKT., 1093/47; MKT., 1017/27; MKT., 1060/17; MKT., 1164/41.

Yıldız (Y..), PRK.ZB.., 38/15; A...RES., 154/72.

Kitap ve Makaleler

"Şuûn-ı Hukûkiye: Konya Talebe-i Hukuk Cemiyeti", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, sy. 12, 28 Şubat 1325/13 Mart 1910, s. 431.

Ahmed Ziya Efendi, İslâm Hukukunun Genel İlkeleri -Kavaid-i Küllîye Şerhi-, haz. Ali Osman Koçkuzu, İstanbul, 1996.

Akyılmaz G, "Osmanlı Devletinde Egemenlik Kavramının Gelişimi", C.7, S. 1-2, 1999, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 129-159.

Arabacı C, Osmanlı Dönemi Konya Medreseleri (1900-1924), Konya Ticaret Odası, Konya, 1998.

Arun F, Muallim Refik Kırış -Hayatı ve Eserleri- (1868-1945), Ankara, 1968.

Aslaner S, "İlmiye Sınıfının II. Meşrutiyeti Algılayışı (Konya Örneği)", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2006.

Babanzade İ H, Hukuk-ı Esasiye, haz. Fernaz Balcıoğlu / Ayça Büşra Balcıoğlu, Erguvani Yay., Ankara, 2014.

Bilgili İ, "Şeyhzâde Ahmed Ziyâ Efendi'nin Hayatı ve 'Emâli'l-Vasâyâ' Adlı Eseri", Konya 2008, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 12.

Dinç S. Sinem Sevindir, "Anadolu Gazetesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006.

Dölen E, Türkiye Üniversite Tarihi 1 -Osmanlı Döneminde Darülfünun (1863-1922)-, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009.

Ekinci E B/Osman K, "Konya Hukuk Mektebi", sy. 100, Konya 1996, Konya Ticaret Odası Yeni İpek Yolu Dergisi, s. 37-40.

Eren A, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2021.

Gözler K, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ekin Yay., Bursa, 2017.

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Ekin Yay., Bursa, 2020.

Gündüz S, "Hakem Gazetesine Göre II. Meşrutiyet Başlarında Konya", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

Koyuncu N, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, c. XVI, 2012, sy. 3, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 163-186.

Moreau F, Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel (Organisation des Pouvoirs publics et Libertés publiques), L. Larose et L. Tenin, 6 ed., 1908.

Moreau F, Medhal-i Hukuk-ı Esasiye, çev. İbrahim Şinasi, Meşrık-ı İrfan Matbaası, Konya, 1326/1910.

Osman S, Hukuk-ı Esasiye, Asır Matbaası, İstanbul, 1911.

Önder M, Sivaslı Ali Kemalî (Hayatı, Şahsiyeti, Eserleri), Yenikitap Basımevi, Konya, 1954.

Özcan T, “Meşrutiyet Dönemi Konya Basınına Bir Örnek Meşrık-ı İrfan Gazetesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

Rıza T, “Hukuk-ı Esasiyeye Medhal”, 1910, S. 16, Ulum-ı İktisadiye ve İctimaiye Mecmuası, ss. 532-576.

Sarıçelik K, “Osmanlı Devri Konyası’nda Modern Eğitim-Öğretim (1869-1919)”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2009.

Taşer S, Taşra Hukuk Mektepleri (Ortadoğu ve Balkanlardan Çekilme Sürecinin Eğitim Kurumlarındaki İzleri), Çizgi Yay., Konya, 2014.

Yörük A A, “Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Yörük A A, “Konya Hukuk Mektebi Mezunları”, S.32, 2007, Müteferrika–Kitabiyat Dergisi.

İnternet Kaynakları

Babord Num (http://www.babordnum.fr/) (S.E.T: 17.03.2022)

Identifiants et Référentiels pour l'ESR (https://www.idref.fr/) (s.e.t: 17.03.2022)

Kazıcı, Ziya, “Emrullah Efendi” md. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (TDVİA), https://islamansiklopedisi.org.tr/emrullah-efendi, (s.e.t.: 13.03.2022).

Kopar, Metin, “Mustafa Şeref Özkan (1885-1938)”, https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/mustafa-seref-ozkan-1885-1908/ (s.e.t: 21.04.2022).

Marsilya Üniversitesi (https://www.univ-amu.fr/fr) (s.e.t: 17.03.2022)

Système D’information des Professeurs de Droit (http://siprojuris.symogih.org/) (s.e.t: 17.03.2022)

Uz, M. Ali, "Osmanlı Döneminde Hukuk Mekteplerinin Açılması ve Konya Mekteb-i Hukuku", Konya Ticaret Odası İpekyolu Dergisi, Aralık 2007. http://mehmetaliuz.com/?pg=makale_icerik&makale_id=24 (s.e.t: 01.03.2022)

EK: MEDHAL-İ HUKUK-I ESASİYE[1]

İfade

Şu eserin tahririnde Fransa ulema-yı hukukundan ve Aix Dârülfünunu muallimlerinden Mösyö Félix Moreau'nun "*Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*" namındaki telif-i güzini esas ittihaz olunmuştur. Eserin cüz-i evveli olan ve hukuk-ı esasiyenin bazı nazariyât-ı âliyesinden bahseden medhal, aslının aynen tercümesidir. An-karib[2] neşri mukarrer olup bilhassa hukuk-ı esasiye-i Osmaniye'den bâhis olacak olan ecza-yı mütebâkiye de Mösyö Moreau'nun eserinden külli iktibas sayesinde vücuda getirilmiştir. Bizde hukuk-ı esasiyeye müteallik tetkikât ve tetebbuâtın ancak ferdâ-yı inkılâbda revaç bulması, tahrir ve neşrine mücâseret kılınan şu eser-i hakirde[3] tesâdüf olunacak nekâyıs ve hatâyânın afva mazhariyeti için sebeb-i kâfi olacağını kaviyyen me'mul[4] eylerim.

Ve minallahi't-tevfik.

İ[brahim] Ş[inasi] [3]

Hukuk-ı Esasiye

Medhal

Birinci Fasıl: Hukuk-ı Esasiyenin Mevzû'u ve Menâbi'i

[1.] Hukuk-ı Esasiyenin Mevzû'u

1- Mana-yı umumîsi itibarıyla hukuk kelimesi beyne'l-beşer hüsn-i münâsebâtın te'min-i muhafaza ve devamı için mevzu' usul ve kavaidin heyet-i mecmuasını ihtiva eder.

Bu kavâid iki kısma ayrılabilir. Birinci beyne'l-eşhâs cereyân eden münâsebâta, heyet-i içtimaiye ile olan alakalarından kat'-ı nazar birer şahs-ı münferid olmaları itibarıyla insanlara taalluk eder. Bu kaidelerin heyet-i mecmuası hukuk-ı hususiyeyi teşkil eder.

---

1 Eserin kapağında şu ifadeler yer almaktadır: "İbrahim Şinasi, Konya Hukuk Mektebi Muallimlerinden, Medhal-i Hukuk-ı Esasiye, Fransa ulema-yı hukukundan ve Aix Dârülfününu muallimlerinden Mösyö Félix Moreau'nun "Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel" namındaki eseri esas ittihaz olunarak tahrir olunmuştur. Konya'da "Meşrık-ı İrfan" Matbaasında tab' olunmuştur. 1326/1910."

2 An-karîb: Yakınlarda.

3 Hakir: Ehemmiyetsiz, kıymetsiz.

4 Me'mul: Umulan, ümit edilen, beklenilen.

İkinci kısmı heyet-i içtimaiyeye ve ale'l-husus devlet suretinde müteşekkil olan akvama, kuva-yı umumiyenin teşkilat ve tarz-ı ifa-yı vezâif[in]e, efradın devlet ve kuva-yı umumiye ile olan revâbıt ve münasebatına ve bir heyet-i içtimaiyenin azasından olmaları [4] itibarıyla insanlara müteallik olur. Bunlara da hukuk-ı umumiye namı verilir.

Hukuk-ı umumiye, hukuk-ı umumiye-i düvel ve hukuk-ı umumiye-i milliye namlarıyla başlıca iki şubeye münkasımdır.[5]

Hukuk-ı umumiye-i düvel, devletler arasındaki münasebât-ı hukukiyeden bahseder.

Hukuk-ı umumiye-i milliyeye gelince bu mine'l-kadim hukuk-ı esasiye ve hukuk-ı idare namlarıyla iki şubeye tefrik edilegelmiştir.

Bu şubelerin daire-i ihtivaları suret-i katʿiyyede[6] muayyen olmadığından ve mesela nâzırlar gibi hukuk-ı esasiyede mevzubahis olunan anâsırın birçoğuna hukuk-ı idarede dahi tesadüf olunduğundan bahisle bazı müellifler hukuk-ı umumiye-i milliyenin ikiye taksimi kavaid-i mantıkiyeye muvafık olmadığı iddiasında bulunmuşlardır. Bu, doğru bir itiraz değildir. Vâkıa hukuk-ı esasiye ile hukuk-ı idare arasında birçok temas noktaları var ise de bunlar mahiyetçe bir olmayıp aralarında esaslı farklar mevcuttur. Bu hakikati iki vechile ispat etmek mümkündür:

Evvelâ ferd; aynı zamanda nahiye, vilayet, devlet misüllü yekdiğerine [5] müteselsilen merbut[7] birçok merâkize[8] mensuptur. Bunlardan biri yani devlet, külliyet ve umumiyetçe diğerlerinin fevkinde bulunup bir kavmin gerek bi'l-cümle efradını gerek mütemekkin[9] olduğu arazinin kâffesini[10] ihâta eder. İmdi hukuk-ı esasiye ancak devletten, devletin teşkilatından bahseder. Nahiye ve vilayet ilh.[11] merâkiz ve müessesâtı ise hukuk-ı idarenin daire-i iştigaline dahildir.

Sâniyen devâir ve müessesât-ı devletten bazılarının saha-yı faaliyetleri menâfi-i milliyeye müteallik bi'l-cümle umûr ve hususâtı şamil olup devâir-i mezkure bu umûru yüksekten ve umumi bir surette tanzim ve idare ederler. Diğer bir takımı ise bu umûr ve hususâttan birine hasr-ı iştigal edip onu 'alâ vechi'l-ihtisâs yakından sevk ve idare

---

5 Münkasim: Kısımlara ayrılmış, bölünmüş, taksim edilmiş.

6 Suret-i katʿiyyede: (Mutlakada) Kesinlikle, asla

7 Merbut: Bağlı, bağlanmış, raptedilmiş; Bitişik, bitişmiş, muttasıl; eklenmiş, ilişik, iliştirilmiş

8 Merâkiz: Merkezler.

9 Mütemekkin: (Bir yere) Yerleşmiş, yerleşik, mukim

10 Kâffesini: Hepsini birden, bütününü

11 İlâ-âhirihi: Diğerleri de böyledir, sonuna kadar böyledir, vb., vs. [Kısaltılmış şekilleri ilâhiri, ilâh. ve ilh.dir].

ederler. Bu sonrakiler hukuk-ı idarenin, evvelkiler hukuk-ı esasiyenin saha-yı tetkikine dahildir.

Şu tafsilattan müstebân olduğu üzere devâir ve müessesât-ı umumiye-i devlet, hukuk-ı esasiyenin mevzu'unu teşkil eder. Fakat hukuk-ı esasiye sadece bu devâirin teşkilatını tarif ve izah ile iktifa etmeyip efrada karşı hudud-ı icraiyelerini de tayin eder. 1789'dan[12] beri [6] cereyan eden teâmül iktizâsınca bunu doğrudan doğruya değil devletin iptal ve ilga edemeyeceği hukuk-ı şahsiyeyi irae suretiyle bi'l-vasıta yapar. İmdi hukuk-ı esasiyenin mebâhisi başlıca iki kısma münkasımdır: Birinci kısmı kuvâ-yı umumiyenin teşkilatına müteallik izahatı ihtiva eder. İkinci kısmı iktidar-ı siyasiye-i devletin hududunu; devlete karşı efradın haiz olduğu nâ-kabil-i zeval[13] hukuku; hukuk-ı şahsiye, umumi hürriyetler nazariyesini tafsil ve izah eyler. [7]

[2.] Hukuk-ı Esasiyenin Menâbi'i

2- Bu menâbi'[14] başlıca iki nev'e ircâ' olunabilir: (1) Mütûn-ı muharrere[15] ve tabir-i âharla kavanin-i mektube, (2) âdât. Bunlar arasındaki en mühim fark şudur ki; mütûn-ı muharrere ne gibi usule tevfikan vaz' olunursa aynı usule riayet edilerek ihdas edilen yeni bir kanun ile sarahaten fesh ve ilga olunmadıkça hükümden sakıt olmazlar.[16] Âdâtın ma'mulun-bih olmaktan sükûtu ise başka suretledir.

İşbu mütûn-ı muharrere kanun-ı esasi, tanzimat, ferman-ı ıslahat gibi namlar ile yâd olunur.

Kanun-ı esasi "bir milletin hukuk-ı siyasiyesini, şekl-i hükümetini ve bu hükümetin mürekkeb olduğu kuvâ-yı umumiyenin teşkilatını tayin ve irae eden bir ahitnamedir" diye tarif olunur. Bir metin, kanun-ı esasi mefhumuna tam mâ-sadak[17] olmak için teşkilatını tayin ettiği devletin ısdar ettiği kavanin-i saireden suret-i vaz'ca az çok farklı bulunmak icap eder. Mesela kanun-ı esasi [8] mücerred böyle bir kanun vaz' etmek için teşekkül etmiş bir meclis-i mahsustan sâdır olmalı. Şayet umumiyet üzere her nev' kanunları vaz' eden mecâlisden sâdır olmuş ise hiç olmazsa tâ'dili daha mutantan[18], daha suûbetli[19] birtakım usûl ve merasim-i mahsusaya tâbi bulunmalıdır.

---

12 Fransa'da ilk Kanun-ı Esasi'nin tarih-i ilanı. [müellif notu].

13 Nâ-kâbil-i zeval: Ortadan kalkması mümkün olmayan.

14 Menâbi': Kaynaklar, membalar; menşe, kaynak

15 Mütûn-ı muharrere: Yazılı metin.

16 Maahaza bir ihtilal ve inkilab neticesi olarak vaz' olunan her yeni kanun-ı esasi usul-i idare-i cedide ile kâbil-i telif olan mevâdd-ı nadireden maada kanun-ı esasi-yi sabıkı zımnen ilga edeceği umumiyetle kabul olunmaktadır. [m.n.]

17 Mâ-sadak: Uygun, muvafık, mutabık.

18 Mutantan : Gösterişli, görkemli, şatafatlı, tantanalı:

Müdevven[20] ve muharrer kavanin-i esasiyeye ancak Cemâhir-i Müttehide-i Amerika kanun-ı esasisinin neşr ve ilanıyla Fransa İnkılab-ı Kebirinden sonra kesretle tesadüf olunmaktadır.

Kavanin-i esasiyenin bir kısmı nevzuhur olan bir devletin bünyanını[21] müceddeden tesis eder. Almanya ile Cemahir-i Müttehide-i Amerika'nın kanun-ı esasileri bu kabîldendir. Ekseriyeti teşkil eden diğer kısmı ise bir hükümet-i kadîmeye kavaid-i cedide bahşeder.

Kanun-ı esasi ya cism-i vahidden ibaret ve hakimiyet-i vâhideyi haiz olan devletin şekl-i hükümetini tayin eder, yahut heyet-i müttehide[22] halinde bulunan bir devletin hakimiyet-i müşterekesiyle o heyete dahil olan hükümetlerden her birinin hakimiyet-i hususiyesi beynindeki revâbıt[23] ve münasebâtı tayin eder.

Hukuk-ı esasiyenin ikinci menba'ı olan âdât, en eski cemiyât-ı beşeriye kadar kadimdir. Bu halde her cemiyet-i beşeriyenin hiç olmazsa örf [9] ve âdete müstenid bir hukuk-ı esasiyesi vardır denebilir; zira her cemiyetin bir hükümeti ve o hükümetin teşkilatına müteallik âdât ve teâmülatı olmak zaruridir. Kadîm Fransa'nın bütün hukuk-ı esasiyesi kavanin-i muharrereden hiç de farkı olmayan birtakım âdâta ve evâmir-i kraliyeye müstenid idi. İngiltere'nin hâlâ müdevven bir kanun-ı esasisi olmayıp hukuk-ı esasiyesi ahkâmının ekseriyet-i külliyesi örf ve adet şeklindedir. Vakıa İngiltere hukuk-ı esasiyesinin tarihinde müdevven[ât]-ı muharrere eksik değil ise de umûmiyet üzere bunlar, vaktiyle kral ile ahâli beyninde hukuk ve vezaif-i mütekâbilelerine dair teâti olunan birtakım mukavelâttan ibarettir.

3- Bir millet için muharrer ve müdevven bir kanun-ı esasîye mi yahut örf ve âdâta müstenid kavâid-i esasiyeye mi mâlik olmak iyidir? Bu, müellifler beyninde hayli münakaşâtı dâî[24] olmuş bir meseledir. Bazılarının fikrince ilm-i hukukun şuabât-ı sairesinde olduğu gibi hukuk-ı esasiyede dahi örf ve adet en mühim mevkiyi işgal etmelidir. Zira ahval-i içtimaiyede ale'd-devam ârız olan tebeddülât-ı tedriciyesinin[25] ahkam-ı esasiyece icap ettirdiği daimî ve fakat gayr-ı mahsus tadilata ancak örfi ve teâmüli olan hukuk-ı esasiye müsaittir. Bu sayede ihtiyâcât-ı milliye ile kavâid-i esasiye beyninde daimî bir ahenk

---

19 Suûbet: Zorluk, güçlük, zahmet

20 Müdevven: Kitap veya dîvan hâline getirilmiş, tedvin edilmiş

21 Bünyan: Yapı, Bina

22 Müttehide: Birleşmiş, birlik olmuş, birleşik; Müttehit kelimesinin tamlamalarda ortaya çıkan aynı mânâdaki müennes şekli: "Düvel-i müttehide: Birleşik devletler."

23 Revâbıt: Bağlar, rabıtalar

24 Dâî: Çağıran, çağrıştıran.

25 Tebeddülât: Değişmeler, değişiklikler; tebeddülât-ı tedrice:Aşamalı değişim, yavaş yavaş değişim

ve vifâk[26] mevcut olur ve inkılâbât[27] ve ihtilâlât-ı[28] [10] şedîdenin önü alınır. İngiltere'nin bu babta irâe[29] ettiği misal pek ibret-âmizdir.[30] İngiltere'nin şekl-i hükümet-i hâzırası onsekizinci, onbeşinci, onikinci asırlarda tatbik ve icra edilmiş olan tarz-ı hükümetten pek farklıdır. Maazalik devlet-i müşârün-ileyhânın[31] teşkilat-ı siyasiyesi debdebe ile neşr ve ilan olunmuş hiçbir kanun ile düçâr-ı tadil olmamıştır. Kralın iktidarını tahdid, Lordlar Kamarasının hüküm ve nüfuzunu taklil eden, iktidar-ı hakikiyi Avam Kamarası ile heyet-i vükelanın elinde cem ettiren, münâvebeten[32] mevki'-i iktidara gelmeleriyle memleketin muhafazakar ve terakkiperver kuvvetleri beyninde tesis-i muvazene eden iki fırka-i siyasiyenin (yani muhafazakarlar ile ahrârın) teşkilatındaki hayretfermâ intizamı tedrici bir surette bahşeden hep örf ve adettir. İngilizlere hürriyeti, ma'muriyet ve refahı temin eyleyen hep bu âdât ve teamülât-ı siyasiye ile idare olunmaları usûlüdür.

Kavanin-i esasiye-yi mektûbe ve sarîhanın da taraftarları vardır. Bunlar diyor ki hukuk-ı esasiyenin suretinde mektub ve müdevven olması, teşkilat-ı esasiyeye müteallik en mühim mevadd[33] ve hususâta ekseriya müfid bir sarahat ve kat'iyet bahşeder. Bu sayede kuvâ-yı umûmiyeden her birinin miktar-ı nüfuz ve salahiyeti kemâl-i vuzuh ile tayin edip meşkûk[34] bir adetten kesretle tevellüt eden ihtilafâta mahal kalmaz. İhtilalât-ı siyasiyeden sonra vaz' [11] olunan sarih bir kanun-ı esasî bu ihtilalâttan hasıl olan netâyici tebeyyün[35] ve tecessüm[36] ettirmek, galip gelen fırkanın muzafferiyetini kisve-yi intizama sokmak mağlupların itaatini, galiplerin itidalini temin etmek gibi fevâîd ve muhassenâtı câmidir. Alelhusus müceddeden bir hükûmet-i mutlakanın bahşettiği imtiyazât ve müsaadâtı ve ahalinin iktisap ettiği hukuku her türlü şüpheden vâreste kılmak için böyle muharrer bir kanun-ı esasiye luzüm-ı kat'î vardır.

4- İzâhât-ı ânifeden anlaşıldığı üzere her iki tarafın reyi bazı hakâyıkı muhtevi olmaktan hâli değildir. Esasen bu mesele sırf

---

26 Vifâk: Aynı düşüncede, aynı fikirde olma, muvâfakat, mutâbakat:

27 İnkılâbat: Değişimler, inkılâplar

28 İhtilâlat: Devrimler

29 İrâe: Gösterme, bildirme.

30 İbret-âmiz: İbret taşıyan, ibret veren.

31 Müşârün-ileyh: Kendisine işaret edilen, adı geçen kimse.

32 Münâvebe: Nöbetleşe iş yapma, nöbetleşme; Münâvebeten: münâvebe ile, nöbetleşerek

33 Mevâdd: maddeler, meseleler, işler, konular:

34 Meşkûk: Şüphe edilen, hakkında şüpheye düşülen, şüphe uyandıran, şüpheli;

35 Tebeyyün: Belli olma, meydana çıkma, görülüp anlaşılma, ayan olma

36 Tecessüm: Cisim ve vücut peydâ etme, hacimli ve vücutlu olarak aslı gibi görünme; Canlanma, göz önüne gelme, görünme.

muhakemât-ı nazariye ile hallolunamayıp bu babda bir fikr-i kat'î beyan edebilmek için nazariyattan ziyade her kavmin emzicesi[37] ve tabâyi'ini ahval ve şerâit-i içtimâiye ve icâbat-ı tarihiyesini nazar-ı itibara almak lazımdır. İngiliz kavmi öteden beri bir dereceye kadar müphem ve lastikli âdât ve teamülât-ı siyasiyeye ülfet peyda etmiştir. Öyle âdâtını - mahzâ bu müphemiyetlerinden nâşi- tadil ve hüsn-i muhafazaları sehl olduğu gibi kanunlardan ziyade daimî ve basîretkarâne bir tekâmüle de kabiliyetmâdır. Bunlardaki müphemiyetten ve sühûletle şekilden şekile girmekteki kabiliyetten İngilizler asla düçâr-ı müşkilât olmazlar. [12]

Kadim Roma ulemâ-yı hukuku mektebinde perverişyâb[38] olan Fransızlar ise bilakis vuzuh ve kat'iyyeti, kıyâsât-ı mantıkiyyeyi ve binaenaleyh mütun-ı kanuniyeyi severler. Bu sebepten çoktan beri âdâtı, kavanin-i müdevvene şekline ifrağ etmek mesleğini tutmuşlar ve bunu - pek de haksız olmayarak- büyük bir eser-i terakkî addeylemişlerdir.

Fransa'da fırak-ı siyasiyenin İngiltere'ye nazaran daha ziyade müteşettit[39] olduğunu da itiraf etmelidir. Fransa'da siyasî fırkalar şekl-i hükümet gibi en esaslı meseleler hakkında müzekarât ve münakaşâtta bulunup bunları kemal-i vuzuh ve kat'iyetle halletmek istiyorlar: Halbuki İngiltere'de fırkaları derin uçurumlar ile ayıracak böyle ağır ve müşkil meseleler yoktur.

Maahaza bu son zamanlarda memleket-i mezkurede dahi teşkilât-ı esasiyeye müteallik ihtilaflar tehaddüs ettiği gibi fırkalara da bazı mertebe teşettüt ve tefrik ârız olduğundan muharrer ve müdevven bir kanun-ı esasinin lüzumu hissolunmaya başlamıştır.

1789 senesinden beri Fransa'da serzede-i zuhur olan[40] ihtilâlat ve inkilâbat-ı müteaddideye bu devirde birbirini müteakip ısdar edilmiş olan kanun-ı esasilerin sebebiyet verdiğini iddia etmek dahi doğru olamaz. [13] Bilakis her ihtilal bir kanun-ı esasi tahririni istilzam[41] eylemiş ve bu kanun ile ihtilal-i vâki'in netayici tayin olunmuştur. Cemahir-i Müttehide-i Amerikayı tesis eden Amerikalı İngilizlerin vatanlarına muharrer bir kanun-ı esasi bahşettikleri halde bu kanun yüzünden memleket-i mezkurede hiçbir ihtilal zuhur etmemesi de ânifü'z-zikr[42] iddianın butlanını ispat eden ahvaldendir.

Maamâfih bir kanun-ı esasinin bilcümle hadisât ve mesâili ihtiva edebilmesi iddiası da doğru değildir. Bir milletin hayatı lâ-yeteğayyer birtakım cümel ve terâkibin zincir-i elfazıyla kayd u bend edilemez. Ahval ve muamelât-ı beşeriyenin suret-i cereyanı tayinde âdâtın dahi

---

37 Metinde "a'zice" şeklinde yazılmıştır. Kelimenin anlamı: Mizaçlar, huylar.

38 Perverişyab: Terbiye edilen, eğitim gören.

39 Müteşettit: Dağınık, karışık, perîşan.

40 Serzede-i zuhur olmak: Ânîden ortaya çıkıvermek.

41 İstilzam: Gerektirmek.

42 Ânifü'z-zikr: Biraz önce, az yukarıda belirtilen, bahsedilen.

mühim bir mevki'i olması zaruridir. Kanun, âdâta vâsi' bir saha-yı tatbik bırakmazsa iki neticeden biri zuhur eder; ya âdât, mütun-ı kanuniyeyi pâyimal ederek onların sarâhatine rağmen kendi kendine bir mevkiyi işgale muvaffak olur; mesela Amerika'da hal böyle oldu; orada teamülât-ı siyasiye kanun-ı esasiyi hatta itmâm ile iktifâ etmeyip bazı cihetlerini tadil bile eylemiştir; veyahut âdât öyle bir mevkî işgaline muvaffak olamaz. O halde kanun-ı esasi âlâtı noksan bir makine gibi atıl kalarak kendi kendine hükümden sâkıt olur. Fransa'nın 1791 tarihli kanun-ı esasisi bu kabîldendir. [14]

Bir memlekette sükun ve asayiş hükümferma ise ve teşkilat-ı esasiyeye müteallik mesâilin bir kısmında vahdet-i efkar hasıl olarak itiyadât-ı makbule-yi siyasiyede vücud-pezir olmaya başlamış ise ısdar olunacak kanun-ı esasilerin muhtasar olması ve yalnız başlıca mevadd ve mesâili ihtiva ve henüz efkar-ı umumiyenin müttehit olmadığı noktaları hall ü fasl ederek hususât-ı saireyi örf ve adete terk etmesi muvafıkdır. Fransa'yı halihazırda idare eden 1875 Kanun-ı esasisi buna misal olur. Kanun-ı mezkur kuvâ-yı umumiyenin teşkilatını, bu kuvvetlerden herbirinin iktidar ve salahiyetini muhtasaran tayin ve irae ile iktifa ediyor. Ve zahir-i hale göre Fransız kavminin suret-i kat'iyede kabul ettiği birçok kavâid-i esasiye ve teamülât-ı siyasiyeyi sarahaten fesh ve ilga etmemek suretiyle zımnen tasdik edip örf ve adâta hayli vâsi' bir meydan bırakıyor. [15]

İkinci Fasıl: Devlet - Hakimiyet - Tasnif-i Kuvâ

[1.] Devlet

5- Tam yani ahaliye, araziye ve heyet-i hükûmete malik olmakla beraber müstakil olan her cemiyet-i beşeriyeye devlet tesmiye[43] olunur. Bu manaya yakın olarak devlet kelimesi öyle bir cemiyetin teşahhus-ı[44] kanunîsine ve o cemiyeti, o şahs-ı kanunîyi teşkil eden müessesâta da delalet eder.

6- Devletin mebdei[45] beyne'l-ulemâ mübâhasât-ı[46] kesireye sebebiyet vermiş mesâildendir. Bazıları mukavele-i içtimâiye cemiyet-i beşeriyenin mebdei olduğuna zâhib olmuşlardır.[47] Bunların fikrince insanlar bidâyet-i halkında[48] hal-i tabiîde yani her türlü alâikten

43 Tesmiye: İsimlendirme, adlandırma.

44 Teşahhus: Şahıs şekline girme, cisimlenme; kendini belli etme ayrılarak belirme, ortaya çıkma.

45 Mebde: Başlangıç; başlama, zuhura gelme sebebi.

46 Mübâhasat: Mübâhaseler, karşılıklı konuşmalar, fikir tartışmaları.

47 Zâhib olmak: Bir düşünceye, bir zanna kapılmak, inanmak.

48 Yaratma, yok iken yaratma anlamına gelen arapça (خلق) isim.

müberra[49] olarak istiklâl ve infirad[50] halinde yaşamışlar. Bilâhare müttefikan bir mukavele akdederek hal-i içtimâî vücuda getirmişler. Hal-i içtimâî, onlara hayat-ı müşterekenin menâfi'ini temin etmekle beraber hürriyet ve istiklallerinin dairesini darlaştırmış ve fakat buna mukabil kendilerine bazı hukuk-ı siyasiye bahşeylemiştir. Bu nazariyenin red ve iptali zımnında bi-hakkın denilmiştir ki insanların bir aralık [16] hal-i tabiide yaşamış oldukları ve bilahare böyle bir mukavale-i içtimâiye akdeyledikleri iddiasını teyit edecek hiçbir eser ve emareye destres olunmadığı gibi gerek hal-i tabiî diye tasavvur olunan hal-i maişet ve gerek mukavele-i içtimaiye faraziyesi tabiat-ı beşeriye ve tarih-i insaniyet hakkındaki en kat'i, en mevsuk[51] malumatımıza da mugayirdir.

İnsanların devlet halinde toplanması her zamanda, her mekanda vuku bulmuş bir hadisedir. Bu, tabiat-ı beşeriyenin bir cüz-i layenfekki[52] olan kabiliyet-i temeddün[53] hâssasının umumî, istisnâ kabul etmez bir tezahürüdür. Hal-i içtima ne eser-i tesadüf ve ne de insanların keyfi olarak ihdas ettikleri bir hal-i musannadır.[54] O esbab-ı tabiiyeden mütevellit bir hadise-i tabiiyedir. Devlet mevcut olmak için birçok insanların birlikte yaşamaları, aynı arazide mütemekkin[55] olmaları, müşterek bir hükümetin zîr-i hükmünde bulunmaları kafi olmayıp husûsat-ı mezkureden maada bir de ırk, lisan, din, medeniyet, itiyadât-ı umumiye ve hususiye, teşkilat-ı içtimaiye, siyasiye, iktisadiye ve beytiye cihetlerinden hiç olmazsa ekseriyet itibariyle beynlerinde vahdet ve müşabehet bulunmak şarttır; bu suretle teessüs etmiş olan revâbıtın tûl müddet mürüruyla takviyetpezir[56] olmuş [17] olması da lazımdır.

7- Devlet bir gaye midir veyahut bir vasıta mıdır? Dâî-yi ihtilaf olan mesâilden biri de budur. Devletin gaye addolunmasından murad nef'-i hassın daima nef'-i amma feda edilmesi ve hukuk-ı efradın ihtiyacât-ı devlete tabi' bulunmasıdır. Vasıta itibar olunmasından da maksat devletin mücerred ahaliye ancak hal-i içtimâın istihzar[57] ve temin ettiği hizmeti ifâ için mevcut olması nef'-i âmm ile nef'-i hassın hîn-i taarruzunda nef'-i hassın nazar-ı itibara alınmasıdır.

---

49 Müberra: Beri, müstesna, uzak kalmış.

50 İnfirad: Ayrılıp tek ve yalnız kalma.

51 Mevsuk: Bir belgeye, bir vesîkaya dayanan, doğru, gerçek, sağlam; inanılır, güvenilir, itimat edilir.

52 Cüz-i la-yenfekk: Bölünemez, ayrılamaz parça.

53 Temeddün: Medenileşmek.

54 Musanna: Gerçekle ilgisi olmayan, uydurulmuş, uydurma, düzme.

55 Mütemekkin: Yerleşmiş, ikamet eden.

56 Takviyetpezir: Sağlamlaşmış, kuvvetlenmiş.

57 İstihzar: Hazırlama, hazırlanma, hazır etme, hazır edilme.

Devletin efrada kıyas kabul etmeyecek derecede medid[58] bir hayata malik olduğu ve onun sinesindeki ensal[59] ve butûnun[60] mütemadiyen tevâlî[61] ve tecdidiyle silsile-i hayatı inkıtâa uğramadığı nazar-ı itibara alınırsa bizâtihî -yani efrad-ı muayyenenin hayatıyla kaim olmayarak- ve li-zâtihî yani mevcut ve mücerret nesl-i hâzırın ikbal ve saadetine hadim bir alet mesabesinde olmayarak mevcut ve binaenaleyh bir "gaye" olduğunu kabul etmemek müşkil görünür. Bir batnın[62] vaz' ettiği kanunlar, yaptığı istikrazât[63], akdettiği muahedât ile ensal-i âtiyeyi de mükellef tutabilmesi başka türlü nasıl izah olunabilir?

Bu fikrin yani devletin gaye itibar olunması nazariyesinin istibdada, cebr ve tazyik-i efrada saik olduğu iddia olunmuşsa da doğru değildir. [18] Zira her türlü fikr-i adaletten kat'-ı nazar devlet efraddan ancak cemiyetin hüsn-i muhafazası için elzem olan fedakarlıkları talep edebilip haiz bulunduğu hukukun esası -ki kendi beka ve istiklalinin teminidir- aynı zamanda o hukukun mahdud olduğu fikrini de tazammun eder.

Nazariye-i mezkure -zulüm ve istibdada saik olmak şöyle dursun- bilakis efradın kendi ihtiyacât-ı âniye ve hodgamânelerini istifaya devleti alet ittihaz edemeyeceklerini ve iyi bir hükümetin ne maziyi, ne istikbali, ne an'anât-ı tarihiyeyi ve ne de ensal-i âtiyeyi asla nazar-ı itibardan dûr tutmamakla mükellef olduğunu telkin eder. [19]

[2.] Hakimiyet

İlm-i hukuk nokta-i nazarından devlet bir şahsa teşbih olunur. Bu şahıs hem kendini terkib eden eşhastan hem de kendine müşabih olan eşhastan yani diğer devletlerden tamamıyla ayrıdır; hülasa devlet hüviyet-i zatiyeyi haiz bir ferd-i itibarîdir ve hakimiyet onun şahsiyetinde mündemiçtir.

Devlet hem diğer devletler ile hem de kendi efrad ve azasıyla münasebâtta bulunacağına nazaran hakimiyet, haricî ve dahilî namlarıyla ikiye ayrılır. Hakimiyet-i hariciye, mevcudiyet-i mahsusa ve müstakille-i devletin diğer devletler nazarında sübut bulmasıdır. Hakimiyet-i dahiliye mevcudiyet-i camia-i devletin efrad nazarında sübutudur.

Hakimiyet-i hariciye ve netayici hukuk-ı umumiye-i düvelin daire-i şümul ve tetkikine dahildir.

---

58 Medid: Uzayıp giden, çok süren, uzun.

59 Ensal: Nesiller, soylar, kuşaklar.

60 Butun: Soylar, nesiller, kuşaklar.

61 Tevellî: Dost olma, bir kimseye severek yaklaşma.

62 Batın: Soy, nesil, kuşak, göbek.

63 İstikraz: Borçlanma, ödünç para alma.

Hakimiyet-i dahiliye, menafi-i milliye ve daime ile beraber heyet-i camia-i devletin kendisini terkip eden fâni eşhasın haricinde ve fevkinde olarak mevcut [20] olduğuna delalet eder. Efrad bu heyet-i camiaya itaatla mükelleftir. Ve illa cemiyet şuriş[64] ve tezebzüb[65] içinde yuvarlanarak perişan olur. Vazife-i itaatte kusur eden bulunursa kuvve-i umumiye onu cebren daire-i inkıyada idhal edebilir.

Bu suretle emir ve icbar salahiyetleri hakimiyetten neşet eder, fakat bu salahiyetleri nefs-i hakimiyetle karıştırmamalıdır. Bunlar, hesti-i devletin[66] ancak iki tezahür-i hukukîsidir.

9- Şu tarif ve izah olunan hakimiyet mefhumu doğrudan doğruya hakimiyet-i milliye nazariyesine saiktir. Filvaki devleti teşkil eden millettir. Binaenaleyh hakimiyet bittabi bütün millettedir. Bütün millet diyoruz, hukuk-ı siyasiyeye, hakk-ı intihaba malik ahali diyerek efrad-ı milletin bir kısmını hariç bırakmıyoruz. Bila-tefrik sinn[67] ve cins ve servet kaffe-i eşhas devletin efradından oldukları gibi hakimiyete de öylece kaffeten hissedardırlar.

10- İzahât-ı ânifeden anlaşıldığı üzere hakimiyet, şahsiyet-i maneviye-i devleti müş'ir[68] bir tabir-i hukukî olduğu gibi devletin teşekkülü de bir hadise-i tabiiye olduğundan artık hakimiyetin asıl ve menşei hakkında dûr u diraz[69] mübahasâtta bulunmak ve hakimiyet, Rabbu'l-enâm olan Halık-ı Teala hazretlerinin [21] kıbel-i kudsîsinden bazı eşhas-ı mümtazeye bahşolunmuş bir vekalet midir, veyahut beyne'l-efrad mün'akid bir mukavele-i içtimaiyenin netayicinden midir, buralarını taharri etmek zaiddir.

Maamafih bu iki nazariyeyi yani hakimiyetin bir vekalet-i ilahiye olması nazariyesiyle mukavele-i içtimaiyeden münbais olması nazariyesini iltizam ve müdafaa edenler vardır. Fikrimizce bunlar ibtida hakimiyetle, hakimiyetten neşet eden salahiyetleri, sonra da salahiyetlerin kendileriyle onları icra ve istimal edenleri yekdiğerine birleştiriyorlar. Bir adamın heyet-i içtimaiyeye ait bilcümle iktidar salahiyetleri icra ve istimal ederek hayat ve şahsiyet ve hakimiyet-i devletin her vechile tecellisine vasıta olduğu çok defa görülmüş ve bu adama hükümdar unvanı verilmiştir. Mezkur iktidar ve salahiyetleri icra eden ve azası az çok kesîr olan heyetlere de bu misillü unvanlar i'ta olunmuştur. Halbuki ister bir adam ister bir heyet olsun bunlara hükümdar ıtlakı haddizatında doğru olmayıp hükümdar-ı hakiki devlettir; hakimiyetten neşet eden iktidar ve salahiyetleri icra ve istimal

64 Şuriş: Karışıklık, kargaşalık.

65 Tezebzüb: Kararsızlık, karışıklık.

66 Hestî: Varoluş, varolma, mevcudiyet.

67 Sinn: Yaş.

68 Müş'ir: Haber veren, bildiren.

69 Dûr u diraz: Uzun uzadıya.

edenler hakimiyet-i milliyenin birer vasıta ve memurundan başka bir şey olmayıp o iktidarlar kendi yedlerinde vedia[70] hükmündedir. [22]

Hakimiyeti, hakimiyetten tevellüd eden salahiyetler ile bu salahiyetleri de onları icra ve istimal edenlerle karıştırmak, hepsini bir addetmek keyfiyeti pekçok kimselerde hakimiyetin mutlak, gayr-ı mahdud ve mesuliyetten müberra olduğu zehabını hasıl ettirdiği cihetle ayrıca şayan-ı tenkid u muahezedir. Hakimiyetin asıl ve menbaını umum ahalide görenler meyanında bile bu zehaba düşenler vardır. Her türlü ifratlara müsait olmasından dolayı cidden endişe-âver olan böyle tehlikeli bir zehabı bertaraf etmek için mu'tekadât-ı vicdaniye, adalet, menfaat gibi hukuk ile alakadar olmayan fikirler ileri sürülmüş ise de esasen bu fikirlerden istianeye zaruret olmayıp hakimiyetin her türlü kuyûd ve şurûttan azade olmadığını delail-i hukukiye ile ispat etmek âsândır.[71] Bu hususta biz şunu söylemekle iktifa ederiz ki hakimiyettar olan devletin efrad üzerinde birtakım hukuku var ise ancak temin-i beka edebilmesi içindir. Binaenaleyh bekası müemmen[72] olduğu noktadan itibaren hukuku kalmaz. Daha vazıh bir ibare ile devletin efrad üzerinde bazı hukuku haiz olması, onlardan bazı fedakarlıkları talep etmesi, bekasını temin edebilmek zaruretine müstenid olduğundan bu fedakarlıkların miktarı zaruretin miktarıyla mütenasip olmak icap eder. Zira bera-yı zaruret tecviz olunan şeyin zaruret miktarıyla takdir olunması bir kaide-i esasiye-i [23] hukukiyedir.[73] Şu halde hakimiyet mutlak [ve] gayr-ı mahdud değildir.

11- Hakimiyet-i milliye esasının meşruiyeti ekseriya başka suretlerle ispat olunmak istenilmiştir.

Jean Jacques Rousseau'nun fikrince bu esasın asıl ve menbaı mukavele-i içtimaiyedir. Şöyle ki: Cemiyât-ı beşeriyenin bidayet-i teşekkülünde her şahıs, hal-i infirad demek olan ve kendisini gûn-a-gûn tehlikelere maruz kılan hal-i tabiiyi terk ve istiklal-i zatîsinden feragat ederek cemiyetin ağuş-ı himayesine iltica eylemiş cemiyet de şu feragata mukabil onu her vechile himaye etmeyi taahhüt ederek bu babda meyanelerinde bir mukavele mün'akid olmuştur. Bu mukavele bittabi ittifak-ı ârâ ile husul bulmuş ve herkesin hakimiyetten hissemend olmasını temin etmiştir. Aksi takdirde mukavele vücut bulamayacak idi. Cemiyet bir kere teşekkül ettikten sonra efrad, onun zîr-i cenahında[74] hukuk-ı siyasiyeden, hakk-ı intihabdan, iktidar-ı siyasîden mütesaviyen müstefid olurlar; lakin cemiyet teşekkül edince, devletin temşiyet-i umûru için, ittihaz olunacak mukarrerâtta ittifak-ı ârâ aramayarak

---

70 Vedia: Emanet, ödünç.

71 Âsân: Kolay.

72 Müemmen: Korkusuz, emniyetli, güvende.

73 Mecelle'nin 22. maddesinde yer alan "Zaruretler, kendi mikdarlarınca takdir olunur." kaidesine atıf yapılmıştır.

74 Zîr-i cenah: Kanatları altı.

ekseriyet-i ârâ ile iktifa etmek zarurî görünür. Rousseau böyle ekseriyetle ittihaz olunan kararların mukavele-i içtimaiyedeki şerâite muvafakatını takdirde şüphesiz aldandıklarını beyan ile ekalliyette kalanlara teselli vermiştir. [24]

Diğer bir kısım muharrirler muhakemât-ı nazariye ve mütalaât-ı mücerrededen ziyade fiiliyâta ehemmiyet vererek diyorlar ki iktidar-ı siyasî mahza umumun menafi'i için mevcuttur. Bu halde menafi'-i umumiyenin tanzim ve idaresinde umum ahalinin müşareket ve muaveneti olmalı, herkes iktidar-ı siyasîye iştirak etmelidir. Diğer taraftan herhangi bir iktidar ancak iki vasıtadan biriyle teessüs ve devam edebilir: ya ancak ahval-i fevkaladede istimali icap eden kuvve-i cebriye ile veyahut efkar-ı umumiyenin müzaheretiyle.[75] İmdi efkar-ı umumiyenin şek ve şüpheden vareste bir surette kemal-i vuzuh ile tecellisini temin eden yegane çare umum ahaliyi iktidar-ı siyasîye iştirak ettirmekten ibarettir. Bu nazariye bilhassa Fransa'da pek ziyade şuyu' bulmuştur, kadim Fransa'nın "États Généraux"[76] denilen mecalis-i umumiyesinde birçok defalar ileri sürülmüş ve 1789'da neşrolunan Hukuk-ı Beşer Beyannamesi'nin esasını teşkil ettiği gibi bir hayli müellefâtta da bir hakikat olmak üzere dercolunmuştur.

Bu son iki meslek-i felsefi hakimiyet ile iktidar-ı siyasîyi yekdiğerine karıştırıyor. Bundan başka birincisi mukavele-i içtimaiye nazariye-i batılasına istinad ediyor. İkincisi menafi-i umumiye-i milliye ile mecmu-ı menafi-i şahsiyeyi [25] bir addederek devletin bir vasıta olmasını (7 numaraya müracaat) tervic ediyor.

12- Hakimiyet-i milliye esası, ekseriyet tarafından bir mütearife-i hukukiye olmak üzere kabul olunmuştur. Lakin bu babda başka nazariyeler de dermeyan olunmuştur.

Bunlardan biri iktidar-ı siyasî ile müteradif[77] addettiği hakimiyeti bir vekalet-i ilahiyeye müstenid addediyor. Bu nazariye erbabınca hükümdarlara hüküm ve iktidar -hâşâ- min 'indehû[78] doğrudan doğruya tevcih ve tefviz olunduğundan bunlar fiil ve amellerinden dolayı ancak huzur-ı ilahîde mesul ve muateb[79] olurlar. Bu nazariye inkılab-ı kebirden evvel Fransa'da hükümferma olan idare-i mutlakanın nazariyesi olup Bossuet'in[80] tarih-i mukaddesi esas ittihaz ederek yazdığı

---

75 Müzaheret: Arkalama, koruma, yardım etme.

76 Fransız Devrimi'nden önce görev yapmış parlamentoya verilen genel meclis anlamındaki ifade.

77 Müteradif: Birbirine bağlı, tâbi olan.

78 Min 'indehû: O'nun katından.

79 Muateb: Azarlanmış.

80 Jacques-Benigne Bossuet (1627-1704), vaazlarıyla tanınan Fransız piskopos ve ilahiyatçı.

"*Politique*"[81] namındaki eserde şerh ve izah olunmuştur. Daha sonraları Joseph de Maistre[82] ve de Bonald[83] nam müellifler de bu nazariyenin mürevvic[84] ve müdafi'i olmakla iştihar ettiler.

Kanonistler hakimiyetin kıbel-i ilahiden sudur ve neşet ettiğini tasdik ile beraber hakimiyet-i milliyeyi de kabul ederler. Bunların fikrince millet, hakimiyetin menba'ı değil vedi'idir. Millet, hakimiyetin icrasını hükümdarlara tefviz eder ve hükümdarlar doğrudan doğruya milletin huzurunda mesul olur. [26]

Başka bir nazariye tıpkı milletin teşekkülü gibi kuvve-i siyasiyenin teessüsünü de bir hadise-i tabiiye ve zaruriye addediyor. Fakat akıl ve irade-i beşer acaba bu hadiseye bigane midir? Bu nazariye erbabı bunu ispat edemiyor.

Nihayet bazı âlî-kadr mütefekkirler hakimiyet, aklın ve adl-i hakkın olduğunu beyan etmişlerdir. Hükema-yı mümaileyhimin takip ettikleri maksat-ı memduh, hakimiyet-i milliyenin kudret-i fevkaladesine karşı bir had vaz' etmektir. Lakin bu babda serdeyledikleri mütalaât müphemiyetten ârî ve derece-i kifayede mahiyet-i hukukiyeyi haiz değildir.

13- Rousseau'nun ve hakîm-i mümaileyhten sonra 1791 tarihli Fransa Kanun-ı Esasisinin hakimiyeti atıf ve isnad ettikleri evsaf-ı esasiyeye yani adem-i kabiliyet-i inkısam, adem-i kabiliyet-i ferağ, mürur-ı zaman ile adem-i zeval vasıflarına dair pek çok mübahasât cereyan etmiştir. Biz bütün bu mesaili hal için bizzat hakimiyet ile hakimiyetin tatbik ve icrası cihetlerini tefrik ve temyiz etmek kâfidir itikadındayız. Hakimiyet-i devlet, bilcümle şahsiyetler gibi bittabi, gayr-ı kâbil-i inkısam, gayr-ı kâbil-i ferağ, mürur-ı zamanla gayr-ı kâbil-i zevaldir. Ve illa o hakimiyet mahv ve nâ-bedid[85] olur. Lakin hakimiyetin icrası nâfi' olacak surette müteaddid kimselere, müteaddid [27] heyetlere tevdi olunabilip hakimiyet-i milliyenin süver-i icraiyesinden biri olan bu usul -ki usul-i niyabet veyahut hükümet-i bi'l-vasıta usulü namıyla maruftur- hakimiyet-i milliye esasına ve bâlâdaki evsaf-ı esasiyeye mugayir addolunamaz. Bir adamın, bir aile-i hükümdarînin hakimiyet-i milliyeyi gasp etmesi asla tecviz edilemezse de millet doğrudan doğruya icra-yı hakimiyetten feragat ederek zimam-ı umûrunu[86] emniyet ettiği

---

81 Eserin tam ismi "Politique tirée de l'Écriture Sainte" (Kutsal Kitap Işığında Siyaset) şeklindedir, 1709 yılında yayımlanmıştır. Metinde "tarih-i mukaddes" yazılmış olan ibare de "Kitab-ı Mukaddes" şeklinde olmalıdır.

82 Joseph de Maistre (1753-1821), mutlakiyet idaresini savunan filozof, hukukçu ve diplomattır.

83 Louis de Bonald (1754-1840), devrim karşıtı ve muhafazakar fikirleriyle bilinen Fransız filozof ve siyaset bilimci.

84 Mürevvic: Tervic eden, yayan.

85 Nâ-bedid: Belirsiz, görünmez olan.

86 Zimam: İdare, yular, dizgin.

kimselere tevdi etmesi meşrudur. Hatta bu kimseler kendi seleflerinin yerini tutmak için cebr u şiddet istimal etmiş olsalar bile millet onları re's-i kâra[87] geçirmek salahiyetini haizdir. [28]

[3.] Tasnif-i Kuva

14- Her şahsiyet gibi devletin şahsiyeti de birtakım ef'âl ve harekât ile tecelli eder. Bu ef'âl ve harekât da uzuvlar tarafından ifa olunur. Istılahat-ı hukukiyeden olmak üzere "kuvvet" kelimesi hem devletin uzuvları hem bu uzuvların ifa ettiği ef'âl ve vezâif manasında istimal olunur. Mesela "Devlet-i Aliyye'de kuvve-i teşriiye Meclis-i Mebusan ile Heyet-i A'yan namlarıyla başka başka iki heyeti muhtevi bir Meclis-i Umumî'ye mevdu'dur" ibaresindeki "kuvve-i teşriiye" terkibi vazife-i teşriiye manasına olduğu halde "falan meselede kuvve-i teşriiye ile kuvve-i icraiye arasında ihtilaf veyahut ittihad-ı efkar vardır" cümlesindeki "kuvvet" kelimesi uzuv, heyet manasında istimal olunmuştur.

"Kuvvet" tabirinin bu vechile elfaz-ı müşterekeden olması, hem uzuv hem fiil ve vazife manasında müstamel[88] bulunması tefrik ve tasnif-i kuva meselesini pek ziyade teşviş eylemiştir. Bu tasnif-i kuva bahsinde esasen iki mesele vardır: 1) devlet, yekdiğerine irca'ı gayr-ı kâbil kaç türlü fiil ve hareket, kaç nev' vazife ve hizmet ifa eder? 2) bu mütenevvi[89] ef'âl ve vezâifin [29] icrası uzv-ı vahide tevdi olunmak mı iyidir, müteaddit uzuvlara mı?

Mesele-i ûlâ devletin ef'âl ve vezâif-i adîdesini bazı aksam-ı asliyeye irca' etmek, sınıflara ayırmak maksadına matuf sırf ilmî, tahlilî bir meseledir; ve aynı nokta-i nazardan tetkik ve mülahaza olunmak şartıyla suret-i muhtelife ile hall u faslı mümkün değildir. Mesele-i sâniye ise bilakis ameliyyât ve tatbikât-ı siyasiyeye müteallik bir mesele olup her yerde her zamanda daima aynı süver-i tesviyeye iktiran[90] eylememiştir. Bunu ileride bahs-i mahsusunda şerh ve izah edeceğiz.

Birinci mesele yani tasnif-i vezâif meselesi esas-ı tasnif ittihaz olunacak nukât-ı nazara göre muhtelif neticelere mûsıldır.[91] Faaliyet-i devletin mahall-i cereyanı olan mevadd ve hususât-ı muhtelife nokta-i nazarından tetkik-i keyfiyet olundukta devletin vezâif-i iktisadiye, vezâif-i askeriye, ta'mim-i maarife müteallik vezâif gibi birçok vezâifi olduğu görülür.

---

87 Re's-i kâr: İşin başı, iktidar.

88 Müstamel: Kullanılan.

89 Mütenevvi: Çeşitli.

90 İktiran: Yaklaşma.

91 Muvassıl: Ulaştıran.

Lakin gaye-i maksudeye atf-ı ehemmiyet etmeksizin tezahürât-ı muhtelife-i devletin eşkal ve evsaf-ı hariciyesini tetkik ile iktifa eden ilm-i hukuk nazarında tezahürât-ı mezkur ya mecburiyyu'r-riaye[92] bir usul ve kaide vaz' ve ısdarından veyahut maddî bir fiil icrasından ibarettir. Bu suretle ilm-i [30] hukuk ef'âl ve vezâif-i devleti ikiye irca eder: 1) vazife-i teşriiye ve tabir-i diğerle kuvve-i teşriiye 2) vazife-i icraiye ve nâm-ı aharla kuvve-i icraiye.

15- Pek maruf olan başka bir nazariye bu kuvvetleri üçe iblağ[93] ediyor. Kanunu vaz' eden kuvve-i teşriiye, kanunun ahkamını tatbik eden kuvve-i icraiye, davaları hall u fasl eden kuvve-i kazaiye. Bu nazariye hukuk-ı esasiyeye müteallik mesâilde efkar ve mütalaâtı bir hüccet kadar kıymet ve ehemmiyeti haiz olan Montesquieu'nun *Ruhu'l-Kavanin* namındaki eser-i meşhurunun on birinci kitabının altıncı faslında münderiç bir fıkraya bilhassa istinad etmektedir. Lakin bu fıkra kat'î ve sarih değildir. Montesquieu diyor ki:

"Her devlette üç nev' kuvvet vardır: kanunları vaz' eden kuvve-i teşriiye, hukuk-ı düvele müteallik umûru icra eden kuvvet, hukuk-ı medeniyeye ait işleri ru'yet eden kuvvet. Birinci kuvvet ile hükümdar ya hakim, muvakkat yahut gayr-ı mahdud bir zaman için meriyyü'l-icra olmak üzere kanunlar vaz' ve mevcut kanunları fesh ve tadil eder. İkincisi ile akd-i sulh, ilan-ı harp, süfera kabul ve i'zam[94], asayişi temin ve istilaları bertaraf eder. Üçüncüsü ile mücrimlere mücazat tayin ve efradın davalarını [31] hall u fasl eder. Bu sonuncusunu sadece kuvve-i kazaiye, ikincisini de kuvve-i icraiye demek münasiptir. (...) Şu bahsettiğimiz üç kuvvetten kuvve-i kazaiye hiç mesabesindedir. Şu halde mütebaki ancak iki kuvvet kalır."

Bu vechile Montesqueiu kuvve-i icraiyenin umûr-ı dahiliyedeki salahiyetlerinden yani asıl vezâif-i icraiyeden hiç bahsetmeyip kuvve-i mezkurenin mücerret münasebât-ı hariciyedeki vezâifini ta'dad ediyor. Binaenaleyh bu fıkradaki taksimât, kuva-yı devletin tam bir tasnifi sayılamaz. Bundan kat'-ı nazar hakîm-i mümaileyh nihayetu'l-emr kuva-yı umumiyeyi ikiye irca ediyor; ve faslın alt tarafında kuvve-i teşriiyeyi daima kuvve-i icraiyenin zıddı olmak üzere zikredip kuvve-i kazaiye namıyla ayrı bir kuvvetten hiç bahsetmiyor.

Filvaki Montesquieu fasl-ı mezkurun diğer bir cihetinde kuvve-i kazaiyeyi kuvve-i teşriiye ve icraiyeden tefrik etmek lüzumundan kemal-i ehemmiyetle bahsediyor. Lakin mesele aynı mesele değildir. Montesquieu artık kuvve-i umumiye-i devleti tahlil etmeyip teşkilata müteallik kavaid-i esasiye teklif ediyor. İmdi kuvve-i icraiyenin şuabât-ı muhtelifesini, umûr-ı idare ile umûr-ı kazaiyeyi aynı uzuvlara, aynı kimselere tevdi etmemeyi müstelzim bazı esbab-ı mühimme olabilir;

---

92 Mecburiyyu'r-riaye: Uyulması zorunlu.

93 İblağ: Yetişen, ulaşan.

94 İ'zam: Tazim gösterme, büyük görme.

olabilir değil, hakikaten vardır. Nitekim kuvve-i teşriiyenin [32] aksam-ı muhtelifesini aynı uzuvlara tefviz etmemekte dahi öylece birtakım sebepler mevcuttur. Lakin sırf menfaat-i içtimaiyeye müstenit olan şu keyfiyet, yani gerek kuvve-i teşriiye gerek kuvve-i icraiyenin müteaddit uzuvlara tefvizi, haddizatında ne kuvve-i icraiye ve ne de kuvve-i teşriiyenin taaddüdünü, tabir-i aharla mesela kuvve-i teşriiye kaç uzuva tevdi olunursa herbirinin mahiyet-i hususiyeyi haiz bir kuvvet addolunmasını istilzam etmez.

Kuvve-i kazaiyenin kuvve-i icraiyeden ayrı bir kuvvet olduğunu iddia edenlerin istinad ettikleri delâilden biri de sair memurlar kâbil-i azl olduğu halde kuvve-i kazaiyeyi teşkil eden hükkamın la-yen'azil[95] olmasıdır. Şu tarz-ı istidlalden hükkamın la-yen'azil olduğu memleketlerde faaliyet-i devletin üç nev' tezahürü, kâbil-i azl olduğu yerlerde ise ancak iki nev' tezahürü olması ve vâzı'-ı kanun hükkamın la-yen'azilliği usulünü vaz' ve tesis veyahut ilga etmekle bu tezahürâtı tezyid ve tenkis edebilmesi neticesi çıkar ki batıldır. Zira evvelce beyan olunduğu üzere bizim burada tetkik ettiğimiz mesele faaliyet-i devletin tezahürât-ı muhtelifesinde mevcut evsaf ve ahval-i müştereke-i mümeyyizeyi bularak bu tezahürâtı bazı aksam-ı asliyeye irca ile tasnif eylemektir. Bu ise bir mesele-i ilmiye olduğundan zaman ve mekan ile mukayyet ve vâzı'-ı kanunun keyf ve ihtiyarına tabi değildir. Bundan sarf-ı [33] nazar la-yen'azillik sınıf-ı hükkama münhasır olmayıp mesela Fransa'da mekatib-i âliye muallimîni dahi bu imtiyazdan istifade etmektedirler. İmdi la-yen'azillikten müstefid ne kadar sınıf-ı memur varsa her birini ayrı bir kuvvet mi addedeceğiz? Bir de la-yen'azillik bilcümle hükkama da şamil değildir. Mesela bizde mehakim-i idare, Fransa'da gerek mehakim-i idare gerek mehakim-i sulhiye ruesa ve âzâsı kâbil-i azldir.

Hülasa-i kelam la-yen'azillik, adaletin hüsn-i tevzi'ini temine matuf bir tedbir olmaktan fazla bir şey değildir. Kuvve-i kazaiyenin ayrı bir kuvvet olup kuvve-i icraiyenin bir şubesi olmadığı iddiasını teyit edebilecek cihet, hakimin tatbik-i kanundan başka bir vazifesi olduğu veyahut hiç olmazsa kanunun hakim tarafından suret-i tatbikiyle hakimin gayrısı tarafından tatbiki arasında esaslı bir fark mevcut bulunduğu keyfiyetin[in] sübutudur. Bu keyfiyet ise şimdiye kadar ispat olunamadığı gibi bundan sonra da olunamayacağı bi-hakkın iddia olunabilir. Bu batıl nazariyenin taraftarânı hükkamın müstakil bi'r-re'y olup kuvve-i idarenin nüfuz ve tesiri tahtında bulunmaması lüzumuna dair pek güzel birtakım ilel ve esbab ityanıyla iktifa ediyorlar. Anlaşılıyor ki bunlar devletin ancak uzuvlarını pîş-i mütalaaya[96] alıyorlar. Halbuki bahis, uzuvlarda değil vezaifin tasnifindedir.

---

95 La-yen'azil: Azledilememe.

96 Pîş-i mütalaa: Öne koymak, değerlendirmeye almak.

16- El-hasıl kuvve-i umumiyenin ameliyât ve tatbikâttaki taksimâtını[97] [34] bir tarafa bırakarak tekrar edelim ki devlette asıl iki sınıf kuvvet vardır: 1) umumca muta'[98] olacak kavaidi vaz' eden kuvvet, 2) onları tatbik ve icra eden kuvvet. Şu tefrik ve taksime tam manasını vermelidir.

17- Vaz' ve ısdarları en vâsi' manasıyla vazife-i teşriiyeyi teşkil eden kavaid hep aynı ehemmiyeti haiz değildir.

Bazısı şuabât-ı aliyye-i devletin teşkilatını, ne suretle ifa-yı vazife ettiklerini, yekdiğeriyle olan revabıt ve münasebâtını ve gerek hükümet gerek efrad cümlenin hayat-ı içtimaiyeye suret ve derece-i iştirakini tayin ve irae eder. Bu kavaide kavanin-i esasiye namı verilir. Bunların vaz' ve ısdarı hususu, kuvve-i müessisenin[99] istimal ve icrası keyfiyetini teşkil eder.

Diğer bazı kaideler, kanun-ı esasinin vaz' ettikleri esasları umumî bir surette ve eşhası ale'l-infirad[100] hiç nazar-ı itibara almayarak menâfi-i muhtelife-i içtimaiyeye tatbik eder. İşte bilhassa kavanin bu kısım kaidelerdir. Bunların vaz' ve ısdarı hususu, asıl kuvve-i teşriiyenin istimal ve icrası keyfiyetini teşkil eder. Diğer bir kısım kaideler de faaliyât ve tatbikâta ait teferruâta müteallik olup kanun-ı esasinin ve asıl "kanun" dediğimiz kaidelerin icrasını ihzar ve teshil[101] ve bazen de onları ikmal eder. Bu kısım kaidelere [35] nizamât namı verilir. Bunların vaz' ve ısdarı hususu kuvve-i tanzimiyenin istimal ve icrası keyfiyetini teşkil eder.

İşte bunlar yani kuvve-i müessise, kuvve-i teşriiye, kuvve-i tanzimiye, vazife-i teşriiyenin eşkal-i selâsesidir.

18- Şu üç kuvvetin hududu muayyen değildir; ve bir esas bularak o esasa tevfikan herbirinin sahasını tayin ve tefrik dahi imkan haricindedir. Bazı kavanin-i esasiye[102] mecalis-i teşriiyenin suret-i in'ikadına müteallik kavaid-i müteferriayı bile ihtiva edecek derecede kesirü'l-ahkamdır. Diğer bazısı esasa taalluk eden kaideleri beyan ile iktifa ediyor.[103] Kezalik usul-i müttehazeye göre kuvve-i tanzimiyenin de sahası az [ve]ya çok vâsi' olup kuvve-i teşriiyenin daire-i salahiyeti mütekabilen geniş veya dar olur.

---

97 Bu mesele ileride bahs-i mahsusunda tetkik edilecektir. [m.n.]

98 Muta': İtaat olunan, boyun eğilen.

99 Kuvve-i müessise: Kurucu iktidar.

100 Ale'l-infirad: Fert olarak, birer birer.

101 Teshil: Kolaylaştırma.

102 Fransa'nın 1791 tarihli Kanun-ı Esasisi bu kabîldendir. [m.n.]

103 Fransa'nın 1875 tarihli kanun-ı esasisi gibi. Bizim kanun-ı esasi ikisi ortası olup ne pek mufassal ne de pek mücmeldir. [m.n.]

Bu tenevvüât[104] şüphesiz müessisin veya vâzı‘-ı kanunun arzu ve iradesine tabidir. Lakin bu arzu nadiren nazariyât-ı siyasiye ve içtimaiyeye mütabaat[105] edip ekseriya icabât-ı vakt u halin taht-ı tesirinde bulunur; bazı ahvalde kanun-ı esasinin pek etraflı, pek mufassal olması faidelidir; kanun-ı [36] mezkur medid, azim bir buhrana nihayet verdiği, birçok [me]vadd-ı mesail-i muhtelefun-fîhayı[106] hall u fasl ettiği vakit iş bu merkezdedir. Diğer bazı ahvalde ise böyle bir kanun bilakis mazarrattan hâli değildir. Mesela teşkilat-ı esasiye mesailinin ekserîsinde millet, müttehidu'l-efkar ise mutûnda iltizam-ı kesret birçok müşkilata sebebiyet verir.

19- Mebhusun-anh[107] kuvvetler yani kuvve-i müessise, kuvve-i teşriiye, kuvve-i tanzimiye bazen müşterek uzuvlara maliktir. Her üç kuvvetin ayrı ayrı uzuvları olduğu [da] vardır. Üç kuvvet için yalnız iki uzuv mevcut olduğu da vâki olup mesela kuvve-i müessise ile kuvve-i teşriiye bir uzva, kuvve-i tanzimiye de diğer bir uzva tevdi edilmiş bulunur. Her üç kuvvetin ferd-i vahidde, heyet-i vahidede içtima ettiği de vardır.

Üç kuvvetten herbirinin kendine mahsus uzvu olduğu takdirde ehemmiyet-i cüz'iyeyi haiz bir meselenin kuvve-i teşriiyece taht-ı karara alınması ve buna mukabil kuvve-i tanzimiyenin pek mühim mukarrerât ittihaz etmesi ahval-i nadireden değildir.

Yukarıki halin aksi olarak aynı vazifenin müteaddit uzuvlar tarafından ifa edildiği de vâkidir. Bu vechile birçok memleketlerde "kanun", hükümdar ile a‘yan ve mebusân meclisleri tarafından müştereken vaz‘ olunur. Kezalik kuvve-i tanzimiyeye bir ehemmiyet-i gayr-ı mütesaviye[108] ile birçok memurîn-i idare iştirak eder. [37]

20- Gelelim vazife-i icraiyeye. Bunun da muhtelif ve müteaddit eşkali vardır. Evvelemirde şu cihet nazar-ı itibara alınmalı ki kanun, efrad tarafından ekseriya tayi‘an[109] icra olunup kuvve-i umumiyenin müdahalesine lüzum görülmez.

Kanunun kuvve-i icraiye tarafından tenfiz ve icrasına gelince bu icra ya münaza‘un-fih[110] olan umûra veya mahall-i niza‘ olmayan hususâta taalluk eder. Birinci takdirde icra hükmen hall u fasl olunan birtakım müşkiller, müddealar tevlid eder. Ale'l-ekser bu kısm-ı tenfiz

---

104 Tenevvüât: Çeşitlenmeler, çeşitlilik, çeşit çeşit olmak.

105 Mütabaat: Uymak, tâbi olmak.

106 Metinde hadd-i Muhtelefun-fiha: Üzerinde ihtilaf bulunan, anlaşmazlık konusu olan.

107 Mebhusun-anh: Daha önce kendisinden bahsedilen.

108 Mütesavi: Eşit, birbirine eş olan.

109 Tayi‘an: Bir işi kendi isteğiyle yapmak.

110 Münaza‘un-fih: Üzerinde tartışma olan.

“mahkeme” denilen hususî uzuvlara tevdi olunup bunların heyet-i mecmuası kuvve-i kazaiyeyi teşkil eder.

Mehakim ekseriyetle iki kısma ayrılır. Birincisi mehakim-i adliyedir ki sırf menâfi‘-i hususiyeye müteallik mesaili hall u fasl eder. İkincisi mehakim-i idaredir ki kuvve-i umumiyenin alakadar olduğu mesaili hall u hasm eder.

Mahall-i niza‘ olmayan hususâta taalluk eden icraya gelince bu kısım tenfiz, mana-yı vasi‘iyle kanunun şümul ve manası cihetinden bir gûne[111] ihtilaf tevellüt etmediğini tazammun eder. Bunun da uzuvları iki büyük kısma ayrılır. Birincisi kuvve-i siyasiyedir ki devletin kudret-i icraiyesini bilcümle arazi ve eşhas ve eşya üzerinde infaz eder. Kuvve-i siyasiye, meşagil-i siyasiyenin taksimât-ı tabiiyesine muvafık birtakım aksam-ı tâliyeye ayrılır.

İkincisi kuvve-i idaredir ki aynı kudret-i icraiye-i devleti ancak bir kısım [38] arazi ve bazı eşhas ve eşya üzerinde infaz eder. Bu da taksim-i a‘malin icabâtına göre ikinci derecede birtakım aksama ayrılır.

21- Kuva-yı umumiyenin şu tasnifindeki kat‘iyet, tatbikatta yoktur. Kuvve-i siyasiye ile kuvve-i idare, vazifelerinin mahiyeti itibariyle değil mücerret saha-yı faaliyetlerinin derece-i vüs‘ati cihetinden yekdiğerinden farklı olduğundan salahiyetleri arasındaki hudud pek gayr-ı sabittir. Kah kuvve-i idare mezuniyet ve salahiyet-i vasi‘aya maliktir. Kah kuvve-i siyasiye, bilakis bilcümle umûra muttali ve onlar hakkında i‘ta-yı karar etmek hakkını muhafaza eder.

Bundan maada kanunun münaza‘un-fih olan umûra müteallik icrasıyla mahall-i niza‘ olmayan hususâta ait icrasını tefrik ve temyiz etmek nazariyâtta kolay ise de tatbikatta bazen müşkildir. Mesela bir nazırın, devletten alacaklı olan bir kimsenin miktar-ı matlubunu tahkik ve tesviye etmesi muamelesine müddet-i medîde[112] bir hüküm nazarıyla bakılmıştı, halbuki bugün ekseriyet bunu idarî bir muamele addeder. Kezalik her iki nev‘ icranın mevdu‘ olduğu uzuvlar daima ayrı değildir. Memurîn-i idare nadiren olsa da yine bazen hüküm mahiyetini haiz mukarrerât[113] ittihaz ettikleri gibi hükkamın da vesayet maddesinde olduğu gibi esasen mahall-i niza‘ olmayan icraât ile iştigal ettikleri vâkidir.

22- Vazife-i teşriiye ve vazife-i icraiye ismen aynı uzuvlar tarafından ifa [39] olunur. Mesela; vazife-i teşriiyenin eşkalinden biri olan vazife-i tanzimiye, vazife-i icraiye uzuvlarına mevdu‘dur. Kezalik vazife-i teşriiyenin uzuvları olan a‘yan ve mebusân meclisleri çok kere vezâif-i idare ve kazaiye yani vezâif-i icraiye ile iştigal ederler.

---

111 Gûne: Tür, tarz, yol.

112 Müddet-i medide: Uzun süre.

113 Mukarrerât: Kararlar.

23- Devlet ile ferd beyninde nahiye, kaza, vilayet gibi tabii veyahut vaz'î[114] birtakım heyât-ı mutavassıta[115] vardır. Bunlar da hususî vazifelere, uzuvlara malik eşhas-ı maneviyeye, heyât-ı camiaya kıyas olunabilir. İmdi bu heyât-ı mutavassıtaya ait vezâifin hususî ve zatî uzuvlar tarafından ifası vâki olduğu gibi vezâif-i mezkurenin kısmen veya tamamen devlet uzuvlarına[116] tevdi olunduğu da vardır. Diğer taraftan devlet, kendisine ait vezâif ve hidemâtın bazısında belediye rüesâsı, nahiye müdürleri[117], mecalis-i idare gibi mahalli uzuvlar istihdam eder. Şu ifadâtın sıhhat ve vüsukunu anlamak için vilayet, nevahi ve belediye idarelerine müteallik kavaninimize bir nazar atfetmek kifayet eder.

24- İzahât-ı ânifeden[118] müsteban olduğu üzere bir tahlil-i dakik sayesinde vazife-i teşriiye ile vazife-i icraiye arasında tezahür eden fark, [40] vezaif-i mezkureyi ifa eden uzuvlar beyninde aynı mefrukiyeti intac etmeyip çok kere bir uzuv diğer uzva ait bazı vezaifle meşgul olur.

Kezalik devletin vezâifiyle vilayât ve nevahinin[119] vezâifi arasındaki fark, uzuvlar beyninde aynı mefrukiyeti istilzam etmez, hayat-ı uzviyede olduğu gibi hayat-i içtimaiyede dahi gerek vazifeler gerek uzuvlar infisal[120] ve infirad[121] halinde olmayıp yekdiğerine pek sıkı bir surette merbut bulunuyor. Bunların bi't-tahlil yekdiğerinden tefriki ancak nazariyâtta mümkündür. [41]

Üçüncü Fasıl: Devletin Eşkal-i Mütenevviası

25- Akvam-ı muhtelifede, tarihlerinin edvar-ı müteakibesinde devletin ahzettiği eşkal gayetle çoktur. Maamafih bu eşkalin bazı enva'-ı asliyeye irca'ı kâbildir. Bu babda yapılacak tasnif muhtelif nukât-ı nazardan icra edilebilir.

[1.]. Kuvvetlerin Kimde İctima Ettiğine Göre Eşkal-i Devlet

26- Kuva-yı içtimaiyenin tarz-ı tatbik u icrası nazar-ı dikkate alınmayarak bu kuvanın heyet-i mecmuası kimde müctemi olduğu derpîş[122] olunursa üç şekil devlet mevcut olduğu görülür.[123]

---

114 Vaz'î: Sonradan konulmuş, vaz edilmiş.

115 Mutavassıt: Aracılık eden.

116 Mesela bizde vali. [m.n.]

117 Mahallince müntehap nahiye müdürleri maksuddur. [m.n.]

118 Anife: Biraz önce.

119 Şahs-ı manevi teşkil eden vilayât ve nevahi maksuddur. [m.n.]

120 İnfisal: Ayrılma, yerini bırakıp gitme.

121 İnfirad: Tek başına kalma, yalnızlık.

122 Derpiş: Önde olan, göz önünde bulunan.

123 Bu itibar ile eşkal-i devleti ilk tasnif eden Aristo'dur. [m.n.]

Birincisi hükümet-i vahiddir ki bunda bilcümle kuva-yı içtimaiye şahs-ı vahidin elinde müctemi bulunur. İkincisi kuva-yı mezkureyi halkın mahdud ve mümtaz bir sınıfına tefviz eden hükümet-i havasstır. Üçüncüsü de mezkur kuvvetleri milletin heyet-i mecmuasına tevdi eden şekl-i hükümettir ki buna hükümet-i avam[124] namı verilmiştir. [42]

Dördüncü bir şekil olmak üzere hükümet-i diniyeyi teklif edenler var ki bunda kuva-yı içtimaiyenin menba'ı Halık-ı Teala hazretleridir. Lakin bu kendi başına bir şekil olmayıp diğer şekillerin her üçüyle imtizaç ve içtima edebilir.

Şu tarif ettiğimiz üç şekl-i devletten hiçbirinin saf ve gayr-ı muhtelit olarak şimdiye kadar hiçbir yerde görülmemiş olduğu ve bilcümle hükümâtın mahlut[125] yani eşkal-i selase-i esasiyenin derecât-ı mütefavitede mezcinden müteşekkil bulunduğu makam-ı itirazda serd ve ityan[126] olunmuştur. Bu itiraz, kuva-yı içtimaiyeye temellük ile kuva-yı mezkurenin tarz-ı infaz u icrası keyfiyetlerini ve tabir-i aharla bir hükümete icra-yı tesir u nüfuz eden avamil[127] ile bizzat o hükümeti yekdiğerine karıştırmak hatasından münbaistir.

Vakıa hükümet-i vahidde bir adamın yalnız başına bir devleti idare etmesi, hükümât-ı havass u avamda iktidar-ı siyasînin kısmen veya tamamen bir veya müteaddit kimselere tevdi olunması, bir hükümdarın eşraf-ı memleketle istişare etmeyecek ve gerek onların re'y ve nasihatlerini gerek efkar-ı umumiyeyi nazar-ı itibara almayacak derecede müstebid olması, kezalik akvamın bir reise, bir heyet-i müdîrâna inkıyad etmemesi muhal olmasa da pek nadirdir. Bunun böyle olduğunu ispat eden vukuâta hadd ü payan yoktur. Lakin [43] bütün bu ahval -icrası ne şekil ve tarzda olursa olsun ve ne gibi avamilin tesir ve nüfuzuna tabi bulunursa bulunsun- iktidar-ı siyasînin tek bir adam veya bir heyet-i mümtaze-i nâs veyahut umumiyet-i nâs yedinde mürtekiz[128] ve müçtemi olmasına mani' değildir. Bu hakikat, kuva-yı içtimaiye ashabının rıza ve muvafakatına müstenid bulunan ve iktidar-ı siyasîye müdahale ve iştiraki tazammun eden vekalet ve müsaadeler ile de vasıl-ı mertebe-i bedahet olup mezkur vekalet ve müsaadeler daima meşrut ve mukayyet ve kâbil-i ref' u feshtir.

27- Hükümet-i vahid, -hükümet-i vahid kuva-yı içtimaiyenin mecmu'unu tek başına gayr-ı mahdud bir surette bila-murakabe tatbik

---

[124] Bizde "demokrasi"ye muadil olmak üzere öteden beri "hükümet-i avam" tabiri müstameldir. Fakat "avam" lafzının mana-yı marufundan dolayı tabir münasip değildir. Bunun yerine "hükümet-i umum" veyahut "hükümet-i ahali" tabirlerinden birinin istimali evla görünür. [m.n.]

[125] Mahlut: Katılmış, karıştırılmış.

[126] İtyan: Getirmek, delil getirmek, vermek.

[127] Avamil: Etkenler.

[128] Mürtekiz: Merkezileşmiş, yerli yerinde sağlam duran.

ve icra eden bir müstebidin vücudunu bi'z-zarure müstelzim değildir. Umûr ve meşagil-i devletin kesret ve tenevvu'-ı fevkaladesine mebnî bir kere hükümdar, iktidar ve salahiyetlerinin kısm-ı a'zamını vekaleten ifa ettirmek mecburiyetindedir. Bundan maada taht-ı hükm ü idaresinde bulunan milletin veya vekillerinin veyahut havass ve eşraf-ı memleketin ârâ ve nesayihine de müracaat edebilir ve bununla hukuk-ı hükümrânîsine nakisa ârız olmuş olmaz. Kezalik ahaliyi, vükela-yı milleti, eşraf ve zadeganı doğrudan doğruya umûr-ı hükümete teşrik de edebilir. Bu vechile iktidar-ı siyasî-i hükümdârînin icrasına efrad-ı tebaanın tesir ve nüfuzu olup [44] olmaması itibariyle hükümet-i vahid ikiye ayrılır. Hükümet-i mutlaka-i vahid, hükümet-i mutedile-i vahid. Hükümet-i mutedile-i vahid de ya âdiyen niyabî[129] veyahut meşrut olur. Şöyle ki iktidar-ı siyasî, hükümdar ile ahali veya bazı sunûf-ı mümtaze tarafından müntehab naipler, vekiller beyninde teamülen münkasım ise "hükümet-i niyabiye-i vahid" ve eğer hükümdar ile iktidar-ı siyasîye sair iştirak edenlerin hukuk-ı mütekabilesi kanun-ı esasi dediğimiz bir sened-i resmîde, bir ahitnamede sarahaten tayin olunmuş ise hükümet-i meşruta-i vahid olur.

Hükümet-i vahid ve ale'l-husus meşrut veya niyabî olan hükümet-i vahid efkar-ı umumiyenin, nüvvab-ı millet ve a'yan-ı memleketin muhtelif cereyanlar takip ederek siyasî fırkalara ayrılmasına mani' değildir. Hükümdar fırkaların haricinde ve fevkinde olup hiçbir fırkaya müzaheret etmez. Ve hiçbirini cebr u tazyik altında bulundurmaz. Zira iktidar-ı hükümdârîsini kimseye medyun[130] değildir. Bilakis cümle fırkalara muamele-i mütesaviye icra ve icabında ekseriyet fırkasının istibdadını ve ekalliyet fırkasının serkeşliğini men' ile mükelleftir.

28- Hükümet-i havass: -Tabirin mana-yı lugavisinden de anlaşıldığı vechile- hükümet-i havass, ahaliden mümtaz ve müstesna bir sınıfın ve binaenaleyh ekalliyetin[131] hükümran olmasıdır. Havasstan olmaklığa medar olan evsaf-ı [45] asalet, sinn, ilim, servet (bâ-husus servet-i gayr-ı menkule), sanat, ticaret, sıfat-ı ruhaniye gibi şeylerdir. Sınıf-ı havasstan ma'dud olmak için bazen şu evsaftan biri kâfi olduğu halde bazen de iki veya daha ziyadesinin içtimaı şart olur.

Havass ya doğrudan doğruya veya vekilleri vasıtasıyla icra-yı hükümet eyler. Ekseriya da her iki usulü mezcedip hukuk-ı hükümrânîlerini kısmen bila-vasıta ve kısmen bi'l-vasıta icra ederler. Umumiyet üzere vazife-i teşriiye umum havasstan müteşekkil meclis-i umumî tarafından doğrudan doğruya ifa olunur. Meğer ki havass beraya müzakere biraraya toplanamayacak derecede kesir olalar; o halde bi'l-mecburiye vekil tayin ederler. Vazife-i icraiye ise tabiat-ı maslahat

[129] Niyabî: Vekaleten.

[130] Medyun: Borçlu.

[131] Ekalliyet: Azınlık.

iktizasından olarak ya tek bir adama tevdi olunur, bu adam bir hükümdar değildir, zira haiz olduğu iktidar ve salahiyet doğrudan doğruya nefsine ait olmayıp başkaları tarafından kendisine tefviz olunmuştur. Veya müteaddit vekillere ihale olunur, veyahut havasstan ma'dud olan bilcümle efrad beyninde münkasım olup o halde herbirinin müzakerât ve icraâta hakk-ı iştirak ve müdahalesi olur. Şu izahata göre hükümet-i havasstan bila-vasıta veyahut nüvvab yani vekiller vasıtasıyla icra-yı hükümet olunabileceği gibi aynı zamanda her iki usulün de [46] mezci mümkün ve vâkidir.

29- Beyanât-ı sabıkadan anlaşıldığı üzere hükümet-i havassta, iktidar-ı siyasî müteaddit kimselere aittir. İmdi ittihaz olunmak istenilen bir kararda bunlar ittifak edemezse, aralarında ihtilaf-ı ârâ[132] tehaddüs ederse ne olacak? Bazı memleketlerde re'y-i ekseriyetin tefevvuk ve galibiyeti usul ittihaz olunarak ekalliyet bu re'yi kabule mecbur tutulmuş ve ekseriyet husulü için ne kadar re'y lazım olacağı muhtelif nispetler ile tayin olunmuştur. Diğer bazı memleketlerde ise mücerret bir kişinin re'y-i muhalifi üzerine karar verilememek usulü kabul edilmiştir. Bir hükümet-i muntazamaya ancak birinci usul müsaittir. Bu usul kavi bir irtibat ve ittihad-ı içtimaînin mevcudiyetine delalet eder. Lakin ahlak ve itiyadât-ı makbule-i siyasiyenin fıkdanı halinde ekseriyetin ekalliyete, adedin akıl ve hikmete tahakküm ve tegallübüne de pek müsaittir.

İkinci usul, henüz mevcut veya ilga edilmiş olmakla beraber tesirâtı hâlâ bâki olan "hükümât-ı müttehide" nam tarz-ı hükümete mahsus evsaf ve alâimdendir.[133] Bu usul, hukuk-ı ekalliyete riayeti taht-ı temine alırsa da hükümet-i merkeziyeyi atalete mahkum eder ve hayat-ı mahalliyenin faaliyeti sayesinde hayat-ı umumiyenin durgunluğu telafi edildiğini tazammun eder. [47]

30- Hükümet-i avam: Hükümet-i avam umumun, milletin hükümran olmasıdır.

Lakin "millet"ten maksat nedir? Millet, kavim, ümmet[134] gibi namlar verdiğimiz heyet-i camiaya kimler dahildir? Bu, zahiren cevabı kolay göründüğü halde ihtilafât-ı kesireye sebebiyet vermiş bir sualdir. Millet ile heyet-i içtimaiye mefhumları bir olduğundan ve bütün efrad, hayat-ı müştereke-i içtimaiyenin tezahürâtına müdahaledâr bulunduğundan esasen millet, devleti teşkil eden bilcümle eşhastan mürekkep olup rical ve nisâyı, baliğ ve gayr-ı baliğleri, ağniya ve fukarayı, ulema ve cühelayı, suleha ve mücrimîni hep ihtiva eder. Lakin bütün efrad hayat-ı içtimaiyeye bir suret-i mümasile ve mütesaviyede iştirak etmezler. Bazıları su'-i hareketleriyle inzibat-ı umumîyi ihlal

132 İhtilaf-ı ârâ: Görüşlerin farklılaşması.

133 Alâim: Alametler, belirtiler.

134 Bu kelimelerin lugat manaları bir olmamakla beraber bugün elfaz-ı müteradife gibi müstameldir. [m.n.]

edip, şayet tedabir-i tenkiliye[135] ve mani'a ittihaz olunmasa az zamanda hayat-ı içtimaiyenin inkıta'ına sebep olurlar. Diğerleri ise kudret-i fikriye ve ilmiyelerine, faaliyetlerine, servetlerine, kabiliyet-i tenasüliye veya akimlerine[136] göre heyet-i içtimaiye teşkilinden maksud olan teavün ve tenasura[137] az-çok muvaffakiyetle iştirak ederler. İmdi hakikaten avamperverâne olan kanunlar herkesin hukuk-ı siyasiyesini tayin ederlerken teavün-i umumîye iştirakteki kabiliyet ve iktidarın başlıca derecâtını nazar-ı itibara almaları icap eder. [48]

Bu kanunlar, bünyan-ı devletin teşkilat-ı esasiyesini yaptıkları esnada teşkilat-ı içtimaiyedeki layü'ad[138] ânât-ı rakikayı bir ayna gibi aynen göstermeseler bile bu ânâtın başlıca hutûtunu irae etmelidirler. Hiç olmazsa kesrete her şeyden ziyade kıymet ve ehemmiyet vermek gibi tabiat-ı eşyaya taban tabana zıt kaideler vaz'ından ictinab etmeleri taht-ı elzemiyettedir.

31- İşte ihtilafât buradan başlar.

Vakıa suleha ile mücrimîn, kibar ile sığar, rical ile inas beyninde esaslı farklar mevcut olduğunda ve hüsn-i ahlak ashabını iktidar-ı siyasî-i millîden hissement etmek, bilakis mücrimleri mücrim oldukları için, inas ve sığarı ehliyet-i lazımeyi haiz olmadıkları için iktidar-ı mezkureden mahrum eylemek lazım geldiğinde umum müttefiktir.

Lakin şu tabirât-ı mühimmenin şümul-i manasını tayin ve tahdid eylemek icap ettikte itilaf-ı efkar derhal münkatı olur. Hangi ceraim hukuk-ı siyasiyeden mahrumiyeti müstelzimdir? Suleha ile eşirrayı tefrik eden hudud ihtilafı bazen meşkuk ise hudud-ı siyasî artık ne derece müphem olmak icap eder!! Umûr-ı siyasiye ile iştigale istidad ve liyakat hangi yaştan itibaren başlar? Bu yaşı tayinde bir farz-ı kanunî ile iktifa edilecekse sinn-i mezkur hukuk-ı medeniyeden istifade için muayyen olan yaşın aynı mı olmalıdır? Cinsiyet, bilcümle ahvalde itiraz ve muhalefet kabul etmez bir surette erkekler için hukuk-ı siyasiyeye nailiyeti müstelzim bir cihet-i istihkak, kadınlar için bir illet-i mahrumiyet addolunmalı mıdır? Nihayet insanlar arasındaki [49] hulkî[139] farkların çoğunu kabul eden fenn-i siyaset bu farkların cümlesini kabul etmemeli midir? Sinn-i rüşde vasıl ve namuskâr zükur arasında cinsiyet ve sinnden mütevellit tefavütler kadar müphem farklar vardır, herkesin iktidar-ı siyasî-i millîdeki hisse-i nisbiyesini tayinde bu farkları nazar-ı itibara almak lazım gelmez mi?

---

135 Tenkil: Uzaklaştırma, örnek olacak bir ceza verme.

136 Akim: Doğurmayan kadın, doğurtmayan erkek.

137 Tenasur: Yardım etme, yardımlaşma.

138 Layü'ad: Sayısız, sayılamayacak kadar çok.

139 Hulkî: Yaratılıştan gelen.

32- Bütün bu mesâil-i müşkile ehemmiyet-i fevkaladeyi haiz olup bilcümle akvam için aynı suretle hall ü fasl olunmaları bittabi mümkün değildir. Bu babda basit, şuun-ı hilkate muhalif, adeta kaba bir nazariye vardır ki şudur: Hukuk-ı medeniyeden müstefid olabilmek için mübeyyen olan sinne vasıl olmakla beraber ağır bir mücazata mahkum olmamış olan bilcümle efrad, bir tek zümre itibar olunup iktidar-ı siyasî-i millînin icrası bunlara tevdi olunur; liyakat ve ehliyetleri, servetleri, hatta ilim ve faziletleri ne olursa olsun mezkur zümreye dahil bulunanların kaffesi iktidar-ı mezkurdan mütesaviyen hissement olurlar.

Hükümet-i avamda kuva-yı içtimaiyeye sahip addolunan "millet" lafzıyla zamanımızda hemen umumiyetle işte bu zümre kasdolunur. Bu nazariye birçok memleketlerde mevki-i tatbike konulup iktidar-ı siyasîye malik olan zümre efradı arasında müsavat-ı siyasiye-i tamme tesis edilmek istenilmiştir. Lakin efrad-ı beşer beyninde mevcut hulkî ve gayr-ı hulkî tefavüt-i azîmi nazar-ı itibara almayarak şekil ve şemail ve etvar ve hasâil[140] ve iktidar-ı millî ve ilmî cihetleriyle ve daha sair cihetlerle gayr-ı müsavi olan böyle bir zümre efradını aynı hukuk-ı siyasiyeyi bahşetmek suretiyle müsavi kılmaya sa'y etmek [50] mukteziyât-ı fıtrata[141] mugayir olduğundan bir sa'y-ı bî-faidedir. Kavanin-i muharrere saha-yı siyasiyâtta böyle müsavat-ı müfrita tesis etmeye çalışmakta iken tatbikat ve itiyadât saha-yı mezkurede fıtrattaki silsile-i meratib-i beşeriyeye mümasil bir silsile vücuda getirmeye mütemayildir.

33- Hükümet-i avamda millet ya bila-vasıta yahut bi'l-vasıta yani mebuslar; murahhaslar[142] vasıtasıyla icra-yı hakimiyet eder.

Hükemadan Jean Jacques Rousseau bila-vasıta icra-yı hakimiyeti hakimiyet-i milliyenin bir netice-i zaruriyesi addeylemiştir. Rousseau diyor ki:

"Kanun irade-i milliyenin ifadesidir. İrade ise vekalet ile ifade olunamaz. Binaenaleyh irade-i milliye bila-vasıta beyan ve ifade olunmalıdır."

Şu kıyasından da anlaşıldığı vechile hakîm-i mümaileyh hakimiyetin bila-vasıta icrası ancak umûr-ı teşriiyede kâbil olduğunu kabul ve itiraf ediyor. Bu babda serdettiği mütalaâtın hülasası şudur: "İktidar-ı siyasîye iştirak eden bilcümle efrad-ı milletten müteşekkil heyet-i umumiye, vaz'ı icab eden mecburiyyu'l-icra ahkam ve kavaidi bizzat müzakere edip taht-ı karara almaya salihtir. Heyet-i mezkure olsa

[140] Hasâil: Hasletler, huylar, özellikler.

[141] Mukteziyât: Gereklilikler.

[142] Bu bahiste mebus ve murahhas kelimelerine vâsi' bir mana vermeli ve mesela ahali tarafından müntehap a'yana da teşmil edilmelidir. [m.n.]

olsa bir de umûr-ı kazaiye ile iştigal edebilir. İcraya taalluk eden diğer umûr ve hususâta gelince heyet, bunların [51] ruyet ve tesviyesini kalilü'l-miktar birkaç adama veyahut bir tek adama tefviz etmeye mecburdur."[143]

Bila-vasıta icra-yı hakimiyet usulü, şu suretle tahdid olunsa bile, efrad-ı cemiyet için pek büyük bir meşgale-i daimedir. Bu usul, ahalinin yaşamak için çalışmak ihtiyacından vareste olduğunu ve hayat-ı umumiyeye müteallik umûru müzakereden başka meşgalesi olmadığını tazammun eder. Hatta bunun içindir ki mezkur usulü kabul etmiş olan hükümât-ı sağire-i kadimede aynı zamanda esaret ziyadesiyle revaç bulmuş idi. Bundan maada bu usulde, ahalinin mesalih-i amme için bir alaka-i şedide perverde etmesi, vazife-i siyasiyesini sıdk ve hulûsla ve kemal-i dikkat ve ihtimam ile ifa eylemesi ve müşkilat-ı mütehaddiseyi[144] icab-ı hal ü maslahata muvafık bir surette halledebilmek için umûr-ı câriye ile arîz ve amîk tevaggul ve iştigal eylemesi lazım gelir. Bir de bu usul ancak akvam-ı sağirede kâbil-i tatbiktir. Binlerce [52] hatta milyonlarca insanlardan mürekkep bir meclisin içtimaı nasıl mümkündür? Ve böyle bir meclis nasıl idare olunabilir?

Şu beyan ettiğimiz şerâitin kaffesi biraraya gelmezse hükümet bila-vasıta millet için bir bâr-ı tahammül-fersa olup ahali az zamanda iktidar-ı siyasîsini herhangi bir mütegallibe memnunen terk ile temin-i maişet için işi gücüyle meşgul olur.

Sırf ameliyât ve tatbikat cihetinden tetkik-i keyfiyet eylediğimizde bu bila-vasıta hükümet-i avamın büyük mahzurlar[ı] müstelzim olduğunu görürüz. Hukuk-ı siyasiyeye malik halkın teşkil ettiği tabakayı kâsır bir idrak ve nakıs bir tecrübeden başka zabt ve idare edecek hiçbir kuvvet olmayıp mezkur tabaka kendi arzusuyla pişuva[145] ittihaz ettiği ruesaya bile çok kere inkıyad etmez. İmdi böyle bir kitle-i nâs, idare-i akvam için lazım olan evsaf ve meziyâta malik addolunmaz; bu kitle gerek kararlarında ve gerek intihaplarında keyif ve hevese tabi olup, kanunlarını ruesasını sebeb-i ciddi olmaksızın tebdil ve tağyire

[143] Bila-vasıta hükümet-i avam usulü İsviçre'nin bazı kantonlarında bir şekl-i muhaffef ve muaddelde caridir. Bu kantonlarda hukuk-ı siyasiyeye malik bilcümle ahalinin içtimaından teşekkül edip "Landsgemeinde" namı verilen meclisler, en mühim vezâif-i hükümeti bizzat ifa ederek hep intihap ile tayin ettikleri kanton meclis-i idaresiyle memurîn-i hükümete ancak ikinci derece ehemmiyeti haiz umûr ve hususâtı terk ederler. Şu usul, mezkur kantonlar gibi sırf ziraat ve ra'î-i müvaşi ile imrar-ı hayat olunan ve ahalisi kalilü'l-miktar olan memleketlerde kâbil-i tatbiktir. Hatta bu kantonlar bile umûr-ı cariye-i âdiye için bi'l-mecburiye vekil istihdam ediyorlar. Bu gibi ufak memleketler asla bila-vasıta hükümet lehinde bir misal teşkil edemezler. [m.n.]

[144] Mütehaddis: Meydana gelen, ortaya çıkan.

[145] Pişuva: Baş, hakim.

münhemik[146] bulunur; daima marazî bir heyecan içinde çalkanıp durur; bu teheyyüc-i daimîsine[147] ekseriya bir tegallüp, bir istibdad nihayet verir; bu tegallüp ve istibdad vesait-i fiiliye-i cebriye ile olabileceği gibi bazen de hal-i sabıkın bais olduğu daimî kargaşalıktan usanmış olan halkın niyazkârâne talep ve ricasıyla olur.

Nihayet bila-vasıta hükümet mübahasât ve müzakerâta da müsait değildir. Büyük bir milletin hukuk-ı siyasiyeye malik bilcümle efradı bir mekanda, bir meclis halinde [53] nasıl tecemmu[148] edebilir. Milleti, herbiri ayrı ayrı icra-yı müzakere etmek üzere müteaddit heyetlere ayırmak ise vahdet-i milliyeyi münhal olacağından bittabi meşru değildir. Farz edelim ki meclis toplandı, bittabi bunun bir reisi olacak; reis, evvelden ihzar olunmuş bir layihayı meclisin nazar-ı tasvibine arz edecek; imdi metin bir azim ve iradeye malik bir reisin müterеddit[149] bir meclise istediği gibi a'mâl-i nüfuz ettiği hakayık-ı malumedendir.

Rousseau'nun bâlâdaki kıyasına gelince bu kıyas sahih olsa bile şu beyan ettiğimiz pek mühim ahval ve esbaba karşı bütün ehemmiyetini kaybeder. Halbuki kıyas-ı mezkur sahih olmaktan pek baîddir. Kanun, irade-i umumiyenin ifadesi değildir. Kanun, ihtiyacât ve temenniyât-ı ahalinin def' ve is'âfı[150], muamelat-ı nâsa müteallik bir meselenin hallidir. Asıl tetkiki icap eden cihet, bila-vasıta hükümet-i avamın bu vazifeyi layıkı vechile ifaya salih olup olmadığıdır.

34- Bütün bu esbaba mebnîdir ki ekser memleketlerde hükümet-i bi'l-vasıta usulü ihtiyar edilmiştir. Oralarda ahali vezâif-i teşriiye ve icraiye ile iştigal etmeyip kendi meyanelerinden intihap tarikiyle mutemedler, mebuslar tayin ile iktifa ediyorlar. Bu mutemedler, mebuslar da bizzat veya müteselsilen intihap edecekleri diğer murahhaslar[151] vasıtasıyla kanunu vaz' ve tenfiz ederler.

Hükümet-i bi'l-vasıta, hükümet-i niyabiye, usul-i mebusiyet namlar[ı] verilen şu usul, [54] evvelen intihabâtın süver-i icraiyesi, sonra da kuva-yı umumiyenin teşkilatı cihetlerinden birçok tenevvüât ibraz eder. Bunun hükümet-i havassa müşabehet-i zâhiresi[152] vardır. Zira intihabâta, ahalinin en güzide, en mümtaz efradını meydana çıkarıp kuva-yı içtimaiyenin icrasını onlara tefviz etmek maksadına matuf bir tedbir nazarıyla bakılabilir. Lakin bu müşabehet-i zâhire, mukarın-ı hakikat olmaktan baîddir. Hükümet-i havassta havass ve eşraf, icra

146 Münhemik: Bir işin üstüne çok düşen.

147 Teheyyüc: Heyecanlanma, coşma, deprenme.

148 Tecemmu: Biraraya gelme.

149 Müterеddit: Tereddüt içinde, kararsız.

150 İs'af: Yardım istediğini yerine getirme.

151 Murahhas: Vazife ile gönderilen kimse, talimat verilen kişi.

152 Müşabehet-i zahire: Görünürdeki benzerlik.

ettikleri iktidar-ı siyasîye malik bulunuyorlar. Hükümet-i avamın niyabi şeklinde ise intihap olunan kimselerin mebusîn-i millet olmaktan fazla sıfatları olmayıp iktidar-ı siyasî daima ahalinin yed-i temellüküdedir. Bundan şu netice çıkar ki; hükümet-i avamda mebusîn-i millet, kendi müntehiplerine karşı hiç olmazsa manen ve ahlaken mesuldür; ve bu mesuliyet hükümet-i avamın en mühim avamilinden biridir; halbuki bu mesuliyet hükümet-i havassta yoktur; zira havass, hal ve mevki-i içtimaîlerini sırf sıfat-ı şahsiyelerine medyundur. Hükümet-i avamda ise milletin murahhasları, mebusları bilakis ancak ahali tarafından intihap olunmaları neticesinde iktidara mutasarrıf olurlar.

35- Hükümet-i bila-vasıtanın bir şekl-i muaddel ve muhaffefi vardır ki buna *referandum* derler. Bu usulde kanunlar kuvve-i teşriiye tarafından ale'l-usul müzakere olunup taht-ı karara alındıktan sonra ahalinin nazar-ı tasvibine arz olunur; ahali bunları madde be-madde müzakere etmeyip toptan kabul veyahut reddeder. Referandum ya mecburî ya ihtiyarî olur. Mecburî [55] referandumda bilcümle kanunlar hakkında ahalinin re'y-i muvafakatını istihsale lüzum vardır; ihtiyarîde ise kanunlar, ancak devair-i hükümetten biri veyahut miktarı kanunen muayyen ahali tarafından talep vukuunda nazar-ı tasvib-i ammeye arz olunur.

Bu usul gerek kavanin-i esasiye ve gerek kavanin-i saire hakkında Fransa ile İsviçre ve Cemahir-i Müttehide-i Amerika'da tatbik olunmuştur.

Fransa'da İnkılab-ı Kebîr'in mübaşeretinden[153] az sonra içtima eden "*Convention Nationale*" nam meclis 21 Eylül sene 1792'de "her kanun-ı esasî ancak millet tarafından kabul ve tasdik olunduktan sonra meriyyü'l-icra olacağı" esasını vaz' eylemiştir. Bu vechile meclis-i mezkur tarafından taht-ı karara alınmış olan 1793 Kanun-ı Esasisi ile "Sene 3" tarihli kanun-ı esasî tasvib-i ammeye arz olunmuştur. Bu iki kanun-ı esasi de "ahkam-ı esasiyece yapılacak her gûna tadilâtın tasdik-i ammeye maruz olması" kaidesini vaz' eylemiştir. Diğer birçok kanun-ı esasiler -ezcümle Sene 8 Kanun-ı Esasisi- senatonun sene 10, sene 12 tarihli kararnameleri, 1852 Kanun-ı Esasisi, 1852 ve 1870 tarihli senato kararnameleri şerâit-i muhtelife tahtında olmak üzere hep re'y-i amma vaz' olunmuştur.

Bu suretle Fransa, kavanin-i esasiyede birçok kere referandum usulünü tecrübe eylemiştir. Bu tecrübelerde pek büyük ekseriyetlerin esas itibariyle yekdiğerine muhalif kanunlar tasdik ettiği görülmüştür. Re'y-i ammda [56] kâfi derecede vukuf olmadığı gibi sebat ve istikrar dahi yoktur.

İsviçre'de referandum usulünün tatbiki kadimdir. Lakin asıl Fransa İnkılab-ı Kebiri'nin tesirâtıyla orada usul-i mezkur vuzuh ve katiyyet

153 Mübaşeret: Başlama.

peyda ederek tekemmül eylemiş ve zamanımızda gerek kantonların[154] gerek heyet-i umumiye-i müttehidenin en esaslı bir düstur-ı siyasîsi olmuştur. Kantonlar referandumu az çok vâsi‘ bir mikyasta tatbik ederek kimisi yalnız kavanin-i esasiyeyi kimisi de hem kavanin-i esasiye hem kavanin-i âdiyeyi tasvib-i ammeye arz eder. Bundan maada bazı kantonlar, re’y-i amma müracaat olunmasını talep etmek hakkını mücerret ahaliye bahşeder. Bazıları ihtiyarî referandumu kabul eylemiştir: Bunlarda mukarrerât-ı vakıa resmen ahaliye tebliğ olunup bunun üzerine kanunen miktarı muayyen efrad mukarrerât-ı mezkurenin tasdik-i ammeye arz olunmasını talep edebilir. Diğer bazı kantonlar ise mecburî referandum usulünü tatbik ederek bilcümle mukarrerâtı -talep şart olmaksızın- ahaliye tasdik ettirirler. Nihayet bir kısım kantonların kavanin-i esasiyesi ahaliye kanun teklif etmek hakkını bahşeder.

Heyet-i umumiye-i müttehideye gelince bunun kanun-ı esasisi mucibince, yeniden bir kanun-ı esasi vaz‘ı veyahut mevcut kanun-ı esasinin tadili icab ettikte ahkam-ı cedide behemehal ahali tarafından tasdik olunmalıdır. Kavanin-i âdiyeye gelince bunlar ihtiyarî referanduma tâbidir. Kavanin-i esasiye hakkında [57] ahaliye az çok teklif hakkı da verilmiştir.

İsviçre ahalisinin itidal ve dirayetlerine rağmen referandum onlar için pek de bais-i iftihar netayic tevlid etmemiştir. Mezkur ahali pek güzel düşünülmüş kanunlar[ı] bozmuş, kararlarında birçok defa ihtirasâta mağlup olmuştur. İ‘ta-yı re’yden imtina ettiği de kesiru’l-vukudur.

Hükümât-ı Müttehide-i Amerika’yı teşkil eden hükümât-ı sağirede kavanin-i esasiye referanduma tâbidir. Hükümât-ı mezkure, hususât-ı âtiye için ârâ-yı ahaliye müracaat olunur: Evvela kanun-ı esasinin heyet-i mecmuasını tadil için bir meclis-i mahsus teşkiline lüzum olup olmadığını kararlaştırmak, sâniyen böyle bir meclis teşkiline karar verilmiş ise bunun tanzim eyleyeceği layiha-yı kanuniyeyi tasdik eylemek, sâlisen mecalis-i teşriiye tarafından teklif ve müzakere edilip kanun-ı esasiye taalluk eden tadilât-ı cüz’iyeyi tasdik eylemek. Kavanin-i esasiyeden maada kanunlar için de referanduma müracaat usulü günden güne tevessü etmektedir. Hatta bazı hükümâtta bir kanun, mecalis-i teşriiye tarafından taht-ı karara alınmazdan evvel o kanun hakkında ahalinin re’yine müracaat olunur. Heyet-i müttehidenin umumuna şamil kanuna gelince bu kanun referanduma tâbi olmayıp hükümât-ı sağire mecalis-i umumiyesinin nazar-ı tasvibine arz olunur.

36- Hükümet-i avamda iktidar-ı siyasîye birçok kişi iştirak ettiğinden gerek mukarrerât ittihazında, gerek mebus intihabında bunların müttefik bi’r-re’y olması nadir olup ekseriyet üzere aralarında

[154] İsviçre heyet-i müttehidesini teşkil eden hükümât-ı sağireye verilen isimdir. [m.n.]

ihtilaf-ı [58] efkar hasıl olur: Bu ihtilafât nasıl hallolunacak? Bunda artık kanun-ı ekseriyetin tatbiki yani ekalliyetin re'y-i ağlebiyete mütabaatı zaruret hükmünü alır; zira her iki tarafın re'yinden hangisinin racih olduğunu tayin edebilecek bir mafevk[155] kuvvet yoktur. Bu babda yapılacak bir şey varsa o da hakikî, samimi, münevveru'l-fikr ve itidalperver bir ekseriyetin tahassülünü temin edecek tertibât ve tedabirin ittihazıdır. İşte bâlâda (22. numaraya müracaat) izah ettiğimiz avampesendâne[156] nazariye, bu tedabiri ihmal ederek fıtraten gayr-ı müsavi olan kimselerin ârâsı beyninde müsavat-ı tamme-i siyasiye tesis ile adedin kuvvetini her şeye galip kıldığından dolayı bilhassa şayan-ı muahezedir. Anasır-ı içtimaiyeden herbirinin iktidar-ı siyasîdeki hissesini anasır-ı mezkurenin kıymet ve ehemmiyet-i zatiyeleriyle mütenasip bir surette tayin etmek elbette daha ziyade muvafık-ı akl u hikmettir.

37- Hükümet-i avam ister müsavat-ı tammeye müstenid veya silsile-i meratib-i beşeriye nazar-ı itibara alınmak suretiyle müteşekkil olsun ister bila-vasıta veya bi'l-vasıta icra olunsun daima iktidar-ı siyasî, na-müstehak veyahut ehliyet-i lazımeyi gayr-ı haiz add ve itibar olunan efrad hariç bırakılmak suretiyle vücuda gelen sınıf-ı ahali tarafından icra olunur. Binaberin kanun tarafından iktidar-ı siyasîyi ifaya davet olunan kimseler bir hak değil, bir vazife ve memuriyet icra etmiş olurlar. Bu hükümden bilhassa şu netice tevellüd eder ki mezkur siyasî vazife ve memuriyeti ehillerine tefvizde ne derece iltizam-ı dikkat ve ihtiyat olunsa yine az olduğu gibi vazife-i mezkurenin ifası kendilerine [59] tefviz olunan kimseler, haiz oldukları iktidarı mücerret kendi menafi'-i zâtiyelerine değil, iktidar-ı siyasîye iştirak eden ve etmeyen bilcümle efrad-ı milletin menafi'-i müşterekelerine muvafık bir surette istimal etmekle mükelleftir.

[2.] Hükümetin Vasıtalı Olup Olmamasına Göre Eşkal-i Devlet

38- Ebhas-ı sabıkadan anlaşıldığı üzere gerek hükümet-i vahid gerek hükümet-i havass ve hükümet-i avam bila-vasıta icra olunabildiği gibi "vekiller" yahut "mebuslar" vasıtasıyla da icra olunabilir. Demek oluyor ki eşkal-i devlet iktidar-ı siyasînin tarz-ı tatbik u icrası nokta-i nazarından tasnif olundukta altıya baliğ oluyor: 1) bila-vasıta hükümet-i vahid, 2) bi'l-vasıta hükümet-i vahid, 3) bila-vasıta hükümet-i havass, 4) bi'l-vasıta hükümet-i havass, 5) bila-vasıta hükümet-i avam, 6) bi'l-vasıta hükümet-i avam.

İktidar-ı siyasînin bi'l-vasıta icrası meselesinde nazar-ı dikkate alınması lazım gelen bir cihet var ki o da "vekiller" ile "mebuslar"ı yekdiğerine karıştırmamaktır.

---

155 Mafevk: Yukarı, üst.

156 Avampesend: Halkın beğendiği.

Hükümet-i vahid ve hükümet-i havassta vekil istihdamının başlıca sebebi idare-i memlekete teferru eden la-yuad umûrun bir tek adam yahut adedi kalîl adamlar tarafından ifa olunmasındaki adem-i imkan-ı maddîdir.

Hükümet-i avamda ise mebus istihdamının birinci sebebi -bu sebep yukarıki sebepten zahiren farklı ise de hakikat-i halde mahiyetçe her ikisi birdir- pek az izdihamlı mecalis toplanmaktaki güçlük ile ahaliyi sık [60] sık kendi işleri başından kaldırmaktaki imkansızlıktır. İkinci sebep ahalinin mesail-i teşriiye ve siyasiyeyi hall ü fasla ehil ve muktedir olmamasıdır. Üçüncü bir sebep de avamdan müteşekkil kitlelerde muhtefi[157] tehlikelerdir. Mebuslar ruyet ve iktidarları, zeka ve irfanları sayesinde mesalih-i umumiyeyi ahsen-i vücuh ile ruyet etmek üzere ahalinin tayin ettiği kimselerdir ki ahali bunların hüsn-i intihabına ehil ve muktedir addolunur.

İmdi hükümet-i vahid ve hükümet-i havasstaki vekiller, hukuk-ı hususiyedeki vekil-i âdilere teşbih olunabilir. Mebuslar ise vekil-i âdilere asla kıyas olunamaz. Gerek hükümdarın, gerek havassın tayin ve istihdam ettiği vekiller iktidar-ı mahduda malik olup icraât-ı vakıalarından dolayı müvekkillerine hesap vermeye mecburdurlar. Mebuslar ise bilakis salahiyet-i vasiaya malik olup işbu salahiyeti icrada ahalinin arzu ve meramından ziyade ihtiyacât-ı hakikiyesini nazar-ı itibara almakla mükelleftirler. Vakıa mebusların ef'âl ve harekâtını millet daima teftiş ve murakabe[158] etmektedir. Lakin bu murakabe, mebusa katiyyü'l-müfad[159] bir talimatname verip ondaki mevaddı icra edip etmediğini tahkik ve tetkik etmek suretinde değil, mebusun ef'âl ve akvalinin hayat-ı içtimaiyeye olan tesirâtını takdir ve tenkid ile olur. Bazıları mebusluğu da vekalet-i âdiyeye kıyas etmek istiyorlarsa da bu kıyas, kıyas-ı maa'l-farıktır.[160] Mebusluktaki vekalet-i âdiye ahkamının cereyanı asla tecviz olunamaz.[161]

Maamafih ale'l-umum hükümât-ı [61] bi'l-vasıtadaki vasıtaları vekillere kıyas etmek fikrinde ısrar edilirse deriz ki; hükümet-i vahid ve hükümet-i havasstaki vekaletlere müvekkelun-bih[162] malum ve muayyen ef'âlin icra ve ikmalinden ibarettir. Hükümet-i avamda ise müvekkelun-bih böyle malum ve muayyen olmayıp ahali tarafından ifası mebusa tefviz olunan şey mesalih-i umumiyenin ahsen-i süverde idaresidir. Her halde mebusları memurlara, diğer iki şekl-i hükümetteki

157 Muhtefi: Gizli, saklı.

158 Murakabe: Gözetlemek.

159 Katiyyü'l-müfad: Kesin olarak ifade edilmiş.

160 Kıyas-ı maa'l-farık: Birbirine benzemeyen şeyler arasında yapılan kıyas

161 Bu mesele-i mühimme ileride izah olunacaktır. [m.n.]

162 Müvekkelun-bih: Vekile havale edilen iş.

vekilleri de hukuk-ı hususiyedeki vekil-i âdilere kıyas etmek zannımızca daha muvafık-ı hakikattir. Mebusların vekil-i âdilere müsavi tutulmamasının en mühim neticesi bunların vekalet-i âdiyede olduğu gibi muayyen bir işi yapmakla mükellef olmayıp vâsi bir kuvve-i teşebbüsiyeye malik olmaları ve kendilerini azl ve tebdile ahalinin hak ve salahiyeti olmamasıdır.

[3.] Riyaset-i Hükümetin Suret-i Tefvizine Göre Eşkal-i Devlet

39- Yalnız kuvve-i icraiyenin teşkilatı ve makamât-ı devletin en yükseği olan riyaset-i hükümetin suret-i tefvizi nokta-i nazarından eşkal-i devlet tasnif[163] olunursa iki şekil görülür: 1) hükümet-i istihlafiye[164], 2) hükümet-i cumhuriye. Hükümet-i istihlafiyenin alamet-i mahsusası usul-i tevarüs olup bunda riyaset-i hükümet her yerde bir olmayan bazı kaidelere tevfikan bir tek aile efradına intikal eder. Hükümet-i cumhuriyeye gelince bunda riyaset-i hükümetin tefviz ve ihalesi irsten[165] başka suretlerle -ekseriya intihap tarikiyle- vuku bulur.

Hükümet-i vahid ile hükümet-i istihlafiyeyi yekdiğerine karıştırmamalıdır. [62] Vakıa hükümet-i vahid ekseriya hükümet-i istihlafiye şeklini iktisap edip her iki şekil müterafik olur. Lakin irs tarikiyle olmayarak yed-i vahidde kuva-yı içtimaiyenin tecemmu etmesi de mümkün ve vakidir. Diğer taraftan hükümet-i istihlafiye, hükümet-i havass ile de hem-vücut olabilir, bu halde aile-i hükümdarî sınıf-ı havassın en mümtaz bir unsuru olmaktan başka bir şey değildir.

Hükümet-i istihlafiye, hükümet-i avam ile dahi içtima edebilip bu takdirde hükümdar milleti temsil eden murahhaslardan ma'dud olur. Hülasa: Hükümet-i vahidde iktidar-ı siyasînin tamamı daima şahs-ı vahid uhdesinde bulunur. Hükümet-i istihlafiyede ise olabilir ki, hükümdar esasen havassa veya millete ait olan iktidarı şurût ve kuyûd tahtında icra etmekten başka salahiyete malik değildir. Hükümet-i avam ile hükümet-i cumhuriyeyi de bir addetmemelidir. Hükümet-i havass ekseriya cumhuriyet şeklini iktisa[166] edip sınıf-ı havass iktidar-ı siyasînin icrasını kayd-ı hayat ile yahut muvakkat bir müddetle nasb ve tayin ettiği vekillere ihale eder.

---

[163] Kelime tad'if/tazyif şeklinde yazılmışsa da uygun olan böyle yazmayı bağlama daha uygun bulduk.

[164] İstihlaf: Birisini kendi yerine geçirme.

[165] İrs: Soy.

[166] İktisa: Biriktirme, toplama, yığma.

[4.] Uzuvların Münferiden veya Mütekabilen İcra-yı Vazife Etmelerine Göre Eşkal-i Devlet

Eşkal-i devletin son bir tasnifi olmak üzere kuva-yı umumiyenin müteaddit uzuvlara tefviz olunduğunu farz edelim, bu uzuvlardan herbiri ya kendi daire-i iktidar ve salahiyeti dahilinde münferiden yani diğer uzuvlar ile temas ve ihtilatta bulunmayarak ifa-yı vazife eder; yahut yekdiğerine mütekabilen icra-yı tesir u nüfuz ederek beynlerinde samimi bir irtibat ve münasebet bulunur. Birinci takdirde hükümet-i icraiyeye müstakil, ikincisinde parlamenter namı [63] verilir. Bu iki şekil arasındaki farklar bahs-i mahsusunda izah olunacaktır. Bu son tasnif evvelkilerden ayrı ve müstakil bir tasnif olup iktidar-ı siyasînin vekiller, mebuslar vasıtasıyla icra olunduğu şekiller ile ancak imtizaç edebilir. Bila-vasıta hükümetlerde bunun yeri yoktur.

-Son- [64]

İSLAM HUKUKUNDA MÜLKİYETİ KISITLAYAN BİR SEBEP OLARAK KOMŞULUK HAKKI (HAKKU'L-CİVAR)*

The Vicinity Rights as a Reason Restricting the Right to Property in Islamic Law (Hakku'l-Civar)

Arş. Gör. Mustafa ÜNAL**

Öz: İslâm hukuku, kişilerin özel mülkiyet haklarını tanımıştır. Ancak mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak görülmemiştir. Başka birisinin hakkını ihlal ettiği takdirde bu hakkın sınırlandırılacağı kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının farklı kısıtlanma nedenleri bulunmaktadır. Bunlar kanundan kaynaklanabileceği gibi özel hukuk işlemlerinden de kaynaklanabilir. Mülkiyet hakkını sınırlandıran nedenlerden biri de irtifak haklarıdır. İrtifak hakları hem kanundan kaynaklanabilmekte hem de özel hukuk ilişkileri ile tesis edilebilmektedir. Konumuzu teşkil eden komşuluk hakkı ise kanundan kaynaklanan bir mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nedendir. İslâm hukukçularının bir kısmı bu hakkı irtifak hakkı olarak nitelendirmişken, diğer bir kısmı mülkiyeti kısıtlayan bir neden olarak değerlendirmiştir.

Mâlikin fiillerinin sınırlandırılması hususu, İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bu fiillerin sınırlandırılamayacağını ifade edenler olmakla birlikte fahiş bir zarar doğurması durumunda sınırlandırılabileceğini ifade edenler de vardır. Bu görüşe göre malikin fiilinin fahiş bir zarar neden olması durumunda, mülkiyet hakkının kısıtlanmasından söz edilecektir. Bir zararın fahiş nitelikte olup olmamasının değerlendirmesini mahkeme yapacaktır. Komşuluk hakkının bir mülkiyeti sınırlandırıcı neden olması da ancak fahiş zararın bulunması durumunda söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, İrtifak Hakkı, Mülkiyetin Kısıtlanması, Komşuluk Hakkı, Fahiş Zarar.

Abstract: Islamic law recognized the private property rights of individuals. However, the right to property was not seen as an unlimited right. It is accepted that this right will be limited if it violates the right of another person. There are different reasons for restricting the right to property. These may arise from the code as well as from private law transactions. One of the reasons limiting the right to property is easement rights. Easement rights can arise both from the code and can be established by private law relations. The vicinity rights, which constitutes our subject, is a legally restrictive reason for the right to property. While some of the Islamic jurists have described this right as the easement rights, others have evaluated it as a reason for restricting the right to property.The issue of limiting the actions of the owner is controversial among Islamic jurists. While there are those who state that these acts cannot be limited, there are also those who state that they can be limited if they cause exorbitant harm. According to this view, if the owner's act causes an exorbitant damage, it will be possible to restrict the property right. The court will evaluate whether a damage is exorbitant or not. The fact that the vicinity right is a restrict the property reason will only be in question if there is exorbitant damage.

Keywords: Right of Property, Right of Easement, Restrict a Property, Vicinity Rights, Exorbitant Harm.

* Bu makale, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 39. maddesi gereğince hazırlanmakta olan, "İslam Hukukunda İrtifak Hakları" başlıklı doktora tezinden yararlanılarak üretilmiştir.

** Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, mustafaunal@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3454-9694.

Makale Geliş Tarihi: 04.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 09.06.2022

GİRİŞ

İslâm, özel mülkiyete önem vermiş ve kişilerin mülkiyet hakkını koruma altına almıştır. Bununla birlikte mülkiyet hakkını yalnızca insanların çalışarak elde etmiş oldukları bir mefhum olarak görmemiş ve bu mülkiyet üzerinde toplumsal çevrenin de katkısının olduğunu belirtmiştir. Bu nitelikteki mülkiyet anlayışının temelinde gerçek mâlikin Allah Teâlâ olduğu ve onun dilediğine bu mülkten verdiği prensibi bulunmaktadır.[1] Bu bakımdan kişilerin mülkiyeti mecazi bir konumda bulunmaktadır.[2] Gerçek mâlikin Allah Teâlâ olması, kişilerin mülkiyetleri üzerine toplumun da katkısının bulunması ve zarar ve mukâbele-i bi'z-zarar yoktur ilkeleri mülkiyet hakkının kısıtlanmasına dayanak olan başlıca gerekçelerdir.

Mülkiyet hakkını tanırken, toplumun hakkını göz önünde tutan İslâm dini, müslümanların bir toplum olarak, dayanışma içerisinde yaşam sürmesine büyük önem vermektedir. Bu bakımdan toplumun yapı taşı olan aile içerisindeki ilişkilere büyük önem verilmiş, bu ilişkilerin ardından komşuluk ilişkilerinin önemi ayet ve hadislerle vurgulanmıştır. *"Allah'a ibadet edin ve ona hiçbir şeyi ortak koşmayın. Ana babaya, akrabaya, yetimlere, yoksullara, yakın komşuya, uzak komşuya, yanınızdaki arkadaşa, yolcuya, elinizin altındakilere iyilik edin. Şüphesiz, Allah kibirlenen ve övünen kimseleri sevmez."*[3] Görüldüğü üzere, komşuya iyilikte bulunulması hususu doğrudan ayette geçmektedir. İslâm dininin ahlaki prensipleri komşuya iyilikte bulunmayı, her zaman onun hakkını gözetmeyi vurgulamıştır.[4] Rasulullah (s.a.v.) bu hususta, Allah Teâlâ'ya ve ahiret gününe iman etmiş olan bir kimsenin komşusuna iyilikte bulunması, ikram etmesi ve eziyet etmemesini buyurmuştur.[5] Başka hadis-i şeriflerde ise Rasulullah (s.a.v.) komşusu şerrinden emin olmayan kimsenin, iman etmiş olmayacağını üç defa yemin ederek ifade etmiş[6]

---

1 Âl-i İmran, 2/26.

2 H. Mehmet Günay, "İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması", S.16, 1996, Çerçeve Dergisi, s. 168, 169.

3 En-Nisâ, 4/36.

4 Ayrıntı için bkz.Ali Can, "Kur'ân ve Sünnet Işığında Komşuluğun Yeri", S. 21, 2013, KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 208-210; İlyas Öztürk/Rana Özyurt Kaptanoğlu, İslam'da İletişim, Toplu Yaşam ve Komşuluk, İksad Yayınları, 2018, s. 93.

5 Muhammed el-Buhârî, Sahîh-i Buhârî, Çev.: Soner Duman, Halil Aldemir vd., Karınca&Polen Yayınları, İstanbul, 2017, Nikah, 80, Edeb, 31, 85, Rikâk, 23; Ebu'l-Hüseyn Müslim, b. İsmail el-Haccâc el-Kuşeyrî el-Nîsâburî, Sahîh-i Müslim, Thk.: Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Kahire, Daru'l-İhyau'l-Kütübü'l-Arabiyye - Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431, İman, 19 (74, 75, 77); Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi, Çev.: Necati Yeniel, Hüseyin Kayapınar, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987, Edeb, 123; İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî, Sünen-i İbn Mâce, Thk.: Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Daru'l-İhyau'l-Kütübü'l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431, Edeb, 4.

6 Buharî, Edeb, 29; Bir başka benzer rivayette de Rasulullah (s.a.v.) komşusu şerrinden emin olmayan kimsenin cennete giremeyeceğini ifade etmiştir. Müslim, İman, 73.

komşuya eziyet etmenin azı çoğu olmayacağı belirtilmiştir.[7] Komşuluk hakkının önemi hususunda diğer bir hadiste ise Rasulullah (s.a.v.), "*Cebrail (a.s.) bana durmadan komşu haklarına riayeti tavsiye ediyordu, öyle ki en sonunda onu mirasçı kılacağını sandım*"[8] buyurmuştur.

Önemi birçok nasta vurgulanmış olan komşuluk hakkının ne olduğu hususunu ifade ederken İmam Zehebî Rasulullah (s.a.v.)'in hadislerini nakletmektedir. Bu hadislerde komşuluk hakkının kapsamı şu şekilde ifade edilmektedir: Komşu yardım istediği zaman yardımda bulunmak, bize ihtiyaç duyduğunda ihtiyacına koşmak, borç istediği vakit borç vermek, hastalandığında ziyaret etmek, öldüğünde cenazesine katılmak, bir hayra erişti̇ğinde tebrik etmek, kendisine bir musibet isabet ettiğinde taziyesine gitmek, iznini almadan evine yahut bahçesine uzanacak şekilde bir yapı inşa etmemek, onun rüzgarını kesecek şekilde daha yüksek bir yapı inşa etmemek, eziyet vermemek, bir meyve aldığın zaman ya ona da vermek ya da ona göstermemek, pişirdiğin yemeğin kokusuyla rahatsız etmemek ya da ona da bir kepçe götürmek.[9] Konumuz açısından bu maddeler arasında komşunun iznini almadan bahçesine sarkacak biçimde veya onun rüzgarını kesecek şekilde yüksek bir yapı inşa etmemek ve komşuya eziyet vermemek hususları önem taşımaktadır. Mülkiyetin takyidi kapsamında komşuluk hakkını temellendiren bu iki maddedir. Komşuluk hakkı kapsamındaki diğer hususlar bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Mülkiyeti sınırlandırıcı etkisi bakımından komşuluk hakkının bir irtifak hakkı mı yoksa mülkiyeti takyit eden bir neden mi olduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. İslâm hukukçularının bir kısmı bu hakkın irtifak hakkı niteliğinde olduğunu[10] savunurken, diğer bir

---

7 Ebû Bekir bin Ebî Şeybe, Kitabü'l-Musannef fi'l-Ehâdis ve'l-Âsâr, C. V, Thk.: Kemal Yusuf el-Hût, Riyâd, Mektebü'r-Rüşd, 1409, 220, (25423).

8 Buhârî, Edeb, 28; Müslim, Birr ve Sıla ve Âdâb, 140, 141; İbn Mâce, Edeb, 4; Ebû Davud, Edeb, 122; Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk, et-Tirmizî, Ebû İsâ, Sünen-i Tirmizi, Thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdulbâki ve İbrahi Atvah, Mısır, Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, 1975/1395, Birr ve Sıla, 28.

9 Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî, Şu'abu'l-İmân, C. XII, Mektebetü'r-Rüşd, 2003/1423, s. 104; Şemsüddîn Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Osmân b. Kaymaz, ez-Zehebî, Hakku'l-Câr, Thk.: Ebî İsmail Haşim b. İsmail es-Sak, Daru'l-İlmi'l-Kütübü'n-Neşr ve't-Tevzî, 1985/1405, s. 37, 38.

10 el-Hafîf, Ali, Ahkâmü'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye, Çev.: Rahmi Yaran, 4. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2018, s. 108, 109; Mustafa Ahmed Zerkâ, el-Fıkhü'l-İslamî fi Sevbihi'l-Cedid: el-Medhal ila Nazariyyeti'l-İltizami'l-Amme fi'l-Fıkhi'l-İslamî, c. III, Şam, 1965, 37; Muhammed Yusuf Musa, el-Emval ve Nazariyetü'l-akd fi'l-fıkhi'l-İslamî, Daru'l-Fikri'l-Arabî, Beyrut, 1987, s. 181; Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, Masadıru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmi, C. I, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1953-1954, s. 65; Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, C. VII, Çev.: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, İstanbul, 1994, s. 112; Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, 9. Baskı, C. III, İz Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 131, 132; Halil Cin/Ahmed Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul,2017, s. 707; Bu hukukçulardan Ali el-Hafîf daha sonradan kaleme aldığı bir eserinde ise diğer irtifak

kısmı mülkiyeti takyit eden bir neden olduğunu[11] ifade etmişlerdir. Bu çalışmada da mülkiyetin kısıtlanması ve irtifak hakkının mahiyetine değinilmesinin ardından, komşuluk hakkının ne olduğu ve hukuki niteliği bakımından inceleme yapılmıştır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. MÜLKİYETİN KISITLANMASI

Mülkiyet kavramı, milk masdarından türetilmiş bir isimdir. Mülkiyet kavramı şeklinde fıkıh eserlerinde neredeyse hiç yer almamakla birlikte günümüz İslâm hukukçularınca milk kavramının karşılığında kullanılmaktadır.[12] Sözlükte, *"kuvvet, kudret, iktidar, şiddet ve tasarruf"*[13] anlamlarına gelen milk kavramı, eşya üzerindeki en kuvvetli yetkileri ifade etmektedir.[14] Fıkıh ıstılahında milk iki anlamı karşılayacak şekilde kullanılmıştır. Bunlardan ilkine göre milk, ayn veya menfaat olması fark etmeksizin, kişinin mâlik olarak üzerinde tasarruf yetkisini haiz olduğu şey olarak tanımlanmaktadır. Mecelle'de de kullanılmış olan tanım budur.[15] Diğer tanımına göre milk, kişi ile eşya arasındaki hukuki bağ biçiminde tanımlanmaktadır. Bu hukuki bağ sayesinde kişi, ilgili eşya üzerinde tasarruf yetkisine sahip olurken, bir başkasının tasarruf yetkisi yasaklanmış hale gelmektedir.[16]

---

hakları ile komşuluk hakkını birbirinden ayırmıştır. el-Hafîf, Ali, el-Milkiyye fi-Şeriati'l-İslâmiyye, Daru'l-Fikri'l-Arabi, Beyrut, 1996/1416, s. 100-106, 117-125.

11 Hasan Hacak, "İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi", Marmara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s.70; Serda Kurtoğlu, İslâm Hukuku Dersleri, C. II, Fatih Matbaası, İstanbul, 1973, s. 120, 121; Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2021, s. 479, 481; M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 348; Halit Çalış, İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları, Yediveren Yayınları, Konya, 2004, s. 302, 303.

12 Fahri Demir, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, 5. Baskı, Ankara: DİB Yayınları, 2012, s. 118; Karaman, 2016, s. 36.

13 Türk Hukuk Lûgati, Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 28; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara, 1976, s. 234; Elmalılı M. Hamdi Yazır, Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh Istılâhları Kamusu, C. III, Haz.: Sıtkı Gülle, Eser Neşriyat, İstanbul, 1997, s. 422; Heyet, El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, C. XXXIX, Kuveyt, Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, 1404/1983, 6. Baskı, s. 31; Hacak, Hasan, "Milk", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XXX, TDV Yayınları, İstanbul, 2005, s. 62.

14 Ali Bardakoğlu, "Hak", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XV, TDV Yayınları, İstanbul, 1997, s. 144; Hacak, 1993, s. 12; Çalış, 2004, s. 26.

15 Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye), 2. Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979, MAA, m. 125.

16 Erdoğan Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2005, s. 377; Türk Hukuk Lûgati, 1991, s. 234; Yazır, 1997, C. III, 422; Hüseyin Galip, Kamûs-ı Hukuk, Cemal Efendi Matbaası, İstanbul, 1305, s. 243; Ferit Develioğlu,

Bir başkasının hakkı söz konusu olmadıkça mâlik mülkü üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecektir.[17] Milkin hak sahibini tanımış olduğu tasarruf yetkisi hem yararlanma, semerelerinden faydalanma, kullanma, yok etme ve tüketme gibi fiili tasarrufları hem de mülkiyetin bir başkasına geçirilmesi, bedel karşılığı hakkın düşürülmesi ve eşyanın sınırlı ayni haklara konu edilmesi niteliğindeki hukuki tasarrufları kapsamına almaktadır. Bununla birlikte milk velayet, vekalet veya vesayet niteliğinde hukuki bir sebep bulunmadıkça, bir başkasının milke konu eşya üzerindeki tasarruf yetkisini yasaklamaktadır. Dolayısıyla milk herkese karşı ileri sürülebilmektedir.[18]

Mutlak anlamda milk fiili ve hukuki tasarruf yetkilerini sağlamakla birlikte, bu yetkiler milkin muhtevasından çıkarılabilir. Bu durumda mülkiyetin kısıtlanmasından bahsedilecektir. İslâm hukukçuları mülkiyeti bu şekilde kısıtlayan üç kayıt bulunduğunu belirtmişlerdir. Bunlar mülkiyeti; zararın önlenmesi, her şeyin ferdi mülkiyetin konusu olmaması ve toplum veya devletin özel mülkiyet üzerinde öngörmüş olduğu haklar bakımından kısıtlayan kayıtlardır.[19]

Zararın önlenmesi kapsamında mülkiyetin kısıtlanması açısından fahiş zararın söz konusu olması gerekecektir. Fahiş zarar, kişinin hakkını kullanması durumunda bir başkasının yapısının yıkılmasına veya zayıflamasına neden olan, taşınmazın inşası ile amaçlanan faydalanmaya engel olan veya bir başkasının devamlı surette rahatsız olmasına sebebiyet veren zarardır. Hakkın kullanılması ile bir kimsenin zaruri ihtiyaçları kapsamında değerlendirilmeyen bir menfaatten yararlanmasına engel olunması bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.[20] Mülkiyeti kayıtlayacak olan fahiş zararın, gerçekleşmesi kesin yahut gerçekleşme ihtimali çok yüksek bir zarar olması gerekmektedir. Gerçekleşme ihtimali yüksek olmayan bir fahiş zararın söz konusu olması durumunda ise tartışma vardır. Hanefîler ve Şafiîler böyle bir ihtimale binaen bir kimsenin hakkının kullanılmasının kısıtlanamayacağını savunurken, Mâlikîler ve Hanbelîler "*def-i mefâsid*

Lûgat, Doğuş Ltd. Şti. Matbaası, Ankara, 1970, s. 775; Nezih Hammâd, İktisadî Fıkıh Terimleri, Çev.: Recep Ulusoy, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 230; Zuhaylî, 1994, C. V, s. 49, 50; C. VII, s. 11; Şevket Topal, İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet, STS Yayınları, Ankara, 2014, s. 51.

17 MAA, m. 1192.

18 Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 12; el-Hafîf, 2018, s. 73; Aydın, 2017, s. 337; Hacak, 2005, s. 62, 63; Topal, 2014, s. 51, 52.

19 Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 37.

20 MAA, m. 1199; Muhammed Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân ilâ Maʿrifeti Aḥvâli'l-İnsân, Bulâk, 2. Baskı, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyyeti bi-Bulâk, 1308/1891, m. 59; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, C. VII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, s. 176 (371); Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 113; el-Hafîf, 2018, s. 109.

celb-i menâfi'den evlâdır"[21] kâidesi gereğince hakkın kısıtlanabileceğini savunmaktadırlar.[22]

Üzerinde özel mülkiyet tesis edilemeyen eşyalar açısından mülkiyet hakkı kayıtlanmış olmaktadır. Kamu malları ile su, ot ve ateş gibi Allah Teâlâ'nın yaratması ile var olup mülkiyet tesisine elverişli olmayan mallar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.[23]

Mülkiyet hakkını kısıtlayan diğer bir kayıt ise toplumun hakkıdır. Fert mülkiyeti üzerinde toplumun veya devletin bir takım hakları bulunmaktadır. Bu haklar kişilerin mülkiyetleri üzerinde mutlak anlamda serbest biçimde tasarrufta bulunmalarına engel olur. Bu haklara örnek olarak zekat, devletin savunma ihtiyaçlarının karşılanması, ihtiyaç halinde bulunan yakınlara ödenmesi gereken yardım nafakası, kurban gösterilebilir. Bu kayıtlar doğrudan Kur'ân ve Sünnet'ten kaynaklanabileceği gibi, devletin koymuş olduğu kısıtlamalar da olabilir.[24]

Bu kayıtlar genel itibariyle kanundan kaynaklanan kayıtlar olarak ele alınabilir. Bunların yanında mâlikin doğrudan hukuki işlemler yoluyla kendi iradesi ile mülkiyet hakkını kısıtlaması da mümkündür.[25] Bunlara örnek olarak alım, önalım ve geri alım hakkı gösterilebilir.[26]

B. İRTİFAK HAKLARI

İrtifak, sözlükte "*birinin kendi dirseğine veya koltuk yastığına dayanması, dolma, iki kemiğin hareketsiz kalmak üzere mafsallanması, hacet talep etme, ihtiyaç duyma*" anlamlarına gelmektedir."[27] Klasik fıkıh eserlerinde başta merâfık olmak üzere irtifak haklarına karşılık gelecek farklı kavramlar kullanılmış olup doğrudan irtifak kavramı kullanılmamıştır.[28] İrtifakı karşılayan kavramlar fıkıh eserlerinde genellikle bir arazi için su alma (mecra), bir araziden geçme, kiriş koyma,

---

21 MAA, m. 30.

22 Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 38.

23 Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 39.

24 Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 39, 40.

25 Beyza Dinçbudak Solak, "Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması", Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2018, s. 13.

26 Ahmet Nabi Nebioğlu, "Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları", Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017, s. 52 vd.

27 Develioğlu, 1970, s. 536; El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, 1983, C. IV, s. 9.

28 Ahmet Bilgin, "İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti", C. 5, S. 5, 1992, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 86; Hasan Hacak, "İrtifak" TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XXII, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, s. 461; Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Receb b. El-Hasan es-Selâmî el-Bağdâdî ed-Dımaşkî, el-Kavâidi'l-İbn Receb, Kahire, Mektebetü'l-Hânci, ty., s. 192-198.

bir nehirden çamaşır yıkama gibi bir amaçla veya genel olarak yararlanma için kullanılmıştır.[29]

İrtifak hakkı sınırlı ayni haktır. Bu hak, sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan doğruya kullanma ve yararlanma yetkilerini veya bunlardan birini ya da bu yetkilerin bir kısmını tanımaktadır. Örneğin bir taşınmaz üzerinde kaynak hakkını haiz olan kimse sadece o taşınmazdan su alma yetkisine sahip olup yüklü taşınmaz üzerinde başkaca tasarruflarda bulunamaz. Ayrıca irtifak hakkı sahibinin su alma hakkı da engellenemez. İrtifak hakkı sahibinin fiilleri hakkın olumlu (aktif) yönünü teşkil ederken, yüklü taşınmaz mâlikinin katlanma ve kaçınma yükümlülüğü hakkın olumsuz (pasif) yönünü teşkil edecektir. Örneğimizde kaynak hakkı sahibinin yüklü taşınmazdan su alması irtifak hakkının olumlu yönünü, yüklü taşınmaz mâlikinin su alma fiiline katlanması ve bu fiili engel teşkil edecek tasarruflardan kaçınması hakkın olumsuz yönünü teşkil edecektir. [30]

Konusunun ayn veya menfaat olmasına bakılarak milk, fıkıh eserlerinde ayrıma tabi tutulmuştur. Konusu hem ayn hem de menfaati kapsamına alan milk, "mutlak (tam, kâmil) milk" şeklinde nitelendirilir. Bunlardan sadece birini veya menfaatten daha dar bir kapsamı ifade eden milk ise "nâkıs milk" şeklinde isimlendirilir. Nâkıs milk üçe ayrılarak incelenebilir. Buna göre, bir şeyin yalnızca rakabesine mâlik olunması, bir şey üzerinde eşyaya bağlı intifa hakkının bulunması ve bir şey üzerinde şahsi intifa hakkının bulunması durumlarıdır. Son iki durum menfaat mülkiyetine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla görüleceği üzere irtifak hakları nâkıs milk kapsamında değerlendirilecektir.[31]

Hak sahibine sağlamış olduğu yetkiler dikkate alındığında belirtmiş olduğumuz üzere irtifak hakları menfaat mülkiyetinin bir çeşidi olarak görülecektir. Nitekim birçok yazar bu şekilde değerlendirmektedir.[32] Bununla birlikte bazı kaynaklarda irtifak hakları için hukuk-u mücerrede terimi de kullanılmaktadır. Bu görüşte olan hukukçular irtifak haklarını, eşyanın kuru mülkiyetinden yalın bir yararlanma hakkı olarak değerlendirmişler ve mülkiyete konu teşkil etmeyeceğini savunmuşlardır. Buradan hareketle irtifak hakkını menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirenlere karşı çıkmışlardır.[33] Hanefi

---

[29] Hacak, 1993, s. 31.

[30] M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 777; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983, s. 42, 43; Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 621, 622, 642; Mehmet Ünal, Sınırlı Aynî Haklar, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 61.

[31] el-Hafîf, 2018, s. 76, 77; Zuhaylî, 1994, C. V, s. 51; El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, 1983, C. XXXIX, s. 33, 34; Bilgin, 1992, s. 83, 84; Topal, 2014, s. 52, 53; Aydın, 2017, s. 340; Cin / Akgündüz, 2017, s. 675.

[32] Zuhaylî, 1994, c. V, s. 51; Cin / Akgündüz, 2017, s. 702; Bilgin, 1992, s. 86.

[33] Bilgin, 1992, s. 87.

fıkıh eserlerinde bazı irtifak haklarının mücerret hak olarak ifade edildiği görülmektedir.[34] Kaynak hakkı, su akıtma hakkı (hakk-ı mesil) ve geçit irtifakı Mecelle'de mücerret hak olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu hakların taşınmaza bağlı olarak devrinin mümkün olacağı da düzenlemiştir.[35] Mecelle'yi şerh eden hukukçular bu hususa dikkat çekmişler ve özellikle belirtilmiş olan bu hakları mücerret hak olarak ifade ederek Hanefî mezhebinin görüşünü benimsemişlerdir.[36] Ancak İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından irtifak hakları nâkıs mülk niteliğinde ele alınmış ve menfaat mülkiyeti kapsamında değerlendirilmiştir.[37] Bu doğrultuda Mecelle Tadil Komisyonu'nda değişikliğe gidilmiş ve bu haklar, hukuk-ı müekkede[38] şeklinde nitelendirilmiştir. Bu değişiklikle birlikte irtifak hakları mücerret hak olarak kabul edilmemiştir.[39] Hanefilerin görüşüne göre değerlendirildiği takdirde dahi kaynak hakkının ve geçit hakkının mücerret bir hak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü kaynak hakkının söz konusu olduğu durumlarda hak sahibinin, hakkın miktarı ölçüsünde su kullanabilme yetkisi vardır. Bu su ihraz edilmedikçe sahibinin mülkiyetinde olmayacaktır. Geçit hakkının söz konusu olduğu

---

[34] Hasan Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", Marmara Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2000, s. 129.

[35] MAA, m. 216; Mürşidü'l-Hayrân'da da bu hakların ancak araziye bağlı olarak satım sözleşmesine konu olabilecekleri kabul edilmiştir. Mürşidü'l-Hayrân, m. 47.

[36] Bkz. Ömer Hilmi Efendi, "Mirâtü'l-Mecelle", Medresetü'l-Hukuk (Beşinci Kısım Mecelle), İstanbul, Der Matbaa-i Mekteb-i Sanâyi'-i Şahâne, S. 5/1, 1298, s. 50, 51; Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. I, Çev.: Rasim Gündoğdu/Osman Erdem, 2. Baskı, DİB Yayınları, İstanbul, 2017, s. 313; Hacı Reşid Paşa, Ruhu'l Mecelle, C. VI, Dâru'l Hilafet-i'l Âliye, İstanbul, 1326, s. 85; Âtıf Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi, C. II, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1318, s. 23; Şemsi Efendi, "İlk Mecelle Şerhi: Şemsî Efendi'nin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Kavâ'id-i Külliyesinin Şerhi Adlı Eseri", Haz. Sami Erdem, S. 29, 2020, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 74.

[37] Bilgin, 1992, s. 89; Hacak, 2000, s. 129.

[38] "İslâm hukukunda mülkiyet hakkında olduğu gibi konusu ayn teşkil etmeyen ve ayândan ayrı olarak düşünülebilen haklara müfred haklar denir." Müfred haklar, hukuk-ı mücerrede ve hukuk-ı müekkede olmak üzere ikiye ayrılır. Cin / Akgündüz, 2017, s. 703.

"Hukuk-ı Mücerrede: Def-i zarar için sabit olan ve örf-adet haline gelmedikçe devri ve bedel karşılığında verilmesi caiz olmayan haklardır. Şüf'a hakkı, şart muhayyerliği hakkı ve vakıf mallardaki istihkak hakkı gibi." Cin / Akgündüz, 2017, s. 703.

"Hukuk-ı Müekkede: Def-i zarar için olmayıp asaleten sabit olan hukuktur." Ahmed Akgündüz, Osmanlı Tarih ve Hukûk Istılâhları Kâmusu, İstanbul, OSAV Yayınları, 2018, s. 530; "Hakk-ı mü'ekked: Mülkten mücerred olan kuvvetli haktır. Rehin hakkı gibi ki mürtehin merhuna malik olmadığı ve hukuk-ı mücerrededen i'tiyaz dahi ca'iz olmadığı halde mürtehinin merhumdaki hakkı, hukuk-ı mü'ekkededendir. Merhunu itlaf eden kimseden mürtehin talep ve dava ederek merhunun mislini veya kıymetini alır." Türk Hukuk Lûgati, 1991, s. 113; Erdoğan, 2005, 172.

[39] Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul, OSAV Yayınları, 1997, s. 354.

durumlarda ise hak sahibinin yararlanacağı kısım belirlidir. Bu iki hakkın da söz konusu olduğu durumlarda maldan ve milkten tamamıyla farklı bir biçimde bulunan mücerret haktan söz edilemez.[40] Durum böyleyken, irtifak haklarının bir kısmı için mücerret hak tabirinin kullanılması hukuk bütünlüğünün sağlamasına engel olacaktır. Nitekim diğer irtifak haklarının da tamamen mal ve milkten farklı biçimde değerlendirilmesine imkan yoktur. Dolayısıyla burada cumhurun görüşünün daha tercihe lâyık olduğunu belirtmek gerekir.

Kadri Paşa ilk kez irtifak haklarını terim anlamıyla kullanmış ve "*Bir taşınmaz üzerinde başka bir şahsa ait diğer bir taşınmazın yararına olarak kabul edilen bir haktır*" şeklinde tanımlamıştır.[41] Ali el-Hafif, bu tanımın, bir çok İslâm hukukçusu tarafından benimsenmiş olduğunu ancak Kadri Paşa tarafından beşeri hukukçulardan iktibas edilmiş olabileceğini belirtmiştir.[42] Dolayısıyla tanıma göre yalnızca ayna bağlı menfaat mülkiyetinin irtifak hakkı olarak değerlendirilerek, şahsa bağlı menfaat mülkiyetinin irtifak hakkı kapsamı dışında tutulmaması aslında çok keskin bir ayrım olmayıp bir isimlendirme farkı biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda İslâm hukukçularının bir kısmı tarafından Kadri Paşa'nın tanımı eleştirilmiştir.[43] Nitekim Mecelle'de de su akıtma ve geçit irtifaklarının şahsi irtifak hakkı olarak kurulabileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.[44] Bununla birlikte intifa ve sükna hakları açısından Mecelle de Kadri Paşa'nın tanımına uygun düşmekte ve bu hakları irtifak hakkı olarak düzenlememektedir.

II. KOMŞULUK HAKKI

A. GENEL OLARAK

Günümüzde İslâm hukukçularının bir kısmı, komşuluk hakkı olarak nitelendirebileceğimiz hakku'l-civar kavramını bir irtifak hakkı olarak değerlendirmekte ve bunu da irtifak haklarının içerisinde saymaktadırlar.[45] Klasik fıkıh eserlerinde hakku'l-civar kavramına

---

40 Hacak, 2000, dn. 340.

41 Mürşidü'l-Hayrân, m. 37; Hacak, 1993, s. 24; Akgündüz, 2018, s. 606; Erdoğan, 2005, s. 257.

42 el-Hafîf, 2018, s. 89.

43 Bkz. el-Hafîf, 2018, s. 89; Hacak, 1993, s. 28, 29.

44 MAA, m. 1145, 1168, 1225, 1226, 1232.

45 el-Hafîf, 2018, s. 108, 109; Zerkâ, 1965, C. III, s. 37; Yusuf Musa, 1987, s. 181; Senhuri, 1953-1954, C. I, s. 65; Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 112; Karaman, 2016, C. III, s. 131, 132; Cin / Akgündüz, 2017, s. 707; Bu hukukçulardan Ali el-Hafîf daha sonradan kaleme aldığı bir eserinde ise diğer irtifak hakları ile komşuluk hakkını birbirinden ayırmıştır. el-Hafîf, 1996/1416, s. 100-106, 117-125.; Karaman ile Cin/Akgündüz ise komşuluk hakkını irtifak hakkı olarak değerlendirmekle birlikte aynı zamanda mülkiyeti sınırlandırıcı sebepler içerisinde de ele almıştır. Karaman, 2016, C. III, s. 89; Cin / Akgündüz, 2017, s. 684, 685.

doğrudan rastlanmamaktadır. Muasır hukukçular arasında ise bu kavram yaygın şekilde kullanım alanı bulmaktadır. Bir kişinin kendi mülkiyeti altında bulunan bir eşya üzerindeki tasarruflarının komşusuna fahiş (aşırı) bir zarar vermeyecek ölçüde kısıtlanması hakku'l-civâr kavramı ile ifade edilmektedir. Komşular arasında herhangi bir hukuki işlem bulunmaksızın bu kısıtlama câri olacaktır. Herhangi bir hukuki işlemden değil, doğrudan kanundan kaynaklanan bu kısıtlama nedeniyle bir kimse kendi mülkiyeti altında bulunan eşya üzerinde, komşusuna zarar verecek şekilde tasarrufta bulunamayacaktır.[46]

Hakku'l-civar hakkı kapsamında değerlendirilen komşuluğun taşınmazların sınırlarının bitişik olması nihayetinde oluşan yan yana komşuluk olduğu ifade edilmiştir.[47] Bununla birlikte yan yana olmasa dahi bir kimsenin mülkiyetindeki tasarrufunun sonucunda bir başkası için fahiş bir zararın ortaya çıkacağı durumlarda yine komşuluk hakkı nedeniyle mülkiyetin kısıtlanmasından bahsedilecektir. Örneğin bir kimsenin yüksek bir binaya pencere açması halinde, bu pencere nedeniyle devamlı surette bu binaya bitişik olmasa dahi yakınında bulunan bir taşınmazdaki kadınların bulunduğu alanlarının görünmesi durumunda yine mâlik bakımından bir mülkiyet kısıtlaması söz konusu olacaktır.[48] Dolayısıyla komşuluk hakkı bakımından temel olan, yan yana komşular için hakku'l-civardan bahsedilmesiyken, aynı kapsamdaki fiillerin, yan yana bulunmamasına rağmen komşu sayılacak biri tarafından icra edilmesi hali de fahiş zararın ortaya çıkması durumunda hakku'l-civar kapsamında değerlendirilecektir.[49] Nitekim mer'î hukukta da komşu kavramının içerisinde yapılan fiilden zarar gören, bu fiilin etki alanı içerisinde bulunan bütün taşınmazların gireceği belirtilmiştir.[50]

Komşuluk hakkının temelinde, komşuların birbirlerine karşı fahiş bir zararın ortaya çıkmasına neden olacak tasarrufları kendi mülkiyetlerinin bulunduğu taşınmazlarda icra etmekten kısıtlanmaları yatmaktadır. Ancak bu şekilde mülkiyetin kısıtlanması İslâm hukukçuları arasında tartışmaya neden olmuştur. Bir kimsenin kendi mülkünde kısıtlanmasının mümkün olup olmayacağı ve bu kısıtlama mümkün olarak kabul edilse dahi bunun ölçüsünün ne olduğu hususunda İslâm hukukçuları tarafından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Dolayısıyla öncelikle İslâm hukuku açısından mülkiyetin sınırlandırılıp, sınırlandırılamayacağına ve sınırlandırma mümkün kabul edilirse bunun ölçüsünün ne olduğuna dair görüşlerin incelenmesi gerekmektedir. Bu görüşlerin ele alınmasının ardından komşuluk hakkı ve bu hakkın niteliği anlaşılabilecektir.

---

46 Mürşidü'l-Hayrân, m. 57; el-Hafîf, 2018, s. 108; Avcı, 2021, s. 481; Aydın, 2017, s. 348; Hacak, 1993, s. 70; Çalış, 2004, s. 302, 303.

47 el-Hafîf, 2018, s. 108; Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 112.

48 MAA, m. 1202; Ömer Hilmi Efendi, 1298, s. 18.

49 Genel manada komşuluğun sınırları ile ilgili bkz. Can, 2013, s. 210-212.

50 Dinçbudak Solak, 2018, s. 14.

İmam Ebu Hanife, İmam Şafiî ve Davud ez-Zâhirî hiç kimsenin mülkiyet hakkı bulunan bir taşınmaz üzerindeki tasarrufları açısından sınırlandırılamayacağını ifade etmişlerdir. Mâlik, tasarruflarından ötürü bir zarara neden olsa dahi sorumlu tutulamayacaktır.[51] Bu görüş, mâlikin mülkiyet hakkına mâlik dışında birinin hakkının taalluk etmeyeceği esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla bu görüşün temelinde mâlikin mülkiyeti üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabileceği fikri yatmaktadır. Mâlik mülkiyet hakkı doğrultusunda taşınmazından isteği şekilde istifade edebilecek, dilediği yere pencere ve kapı açabilecek, binasının duvarını yıkabilecek, bahçesinde kuyu kazabilecek vb. fiillerini kendi arzusu doğrultusunda gerçekleştirebilecektir. Bu fiilleri nedeniyle mâlikin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak mâlikin doğrudan bir zarara neden olması durumunda, kusurunun bulunup bulunmamasına bakılmaksızın sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu durumun dışında belirtilen fiilleri ile sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulamayacaktır.[52] Bu husus, kendi hakkını kullanan kişinin yalnızca bu nedenden ötürü sorumlu tutulamayacağı prensibine dayanmaktadır.[53]

Kişinin komşusuna kasten zarar verecek şekilde mülkiyet hakkının konusu üzerinde tasarrufta bulunmasını, İmam Ebu Hanife ve İmam Şafiî hukuka uygun kabul etseler dahi, diyaneten meşru kabul etmemektedirler.[54] Buna göre bir kişinin kendi mülkünde bulunduğu tasarruf nedeniyle komşunun zarara uğraması dolayısıyla mahkeme önünde sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Ancak bu kişi dini, ahlaki ve manevi bakımdan sorumlu olmaya devam edecektir. İslâm dininin ahlaki ilkeleri, komşuya iyilikte bulunmayı ve onun hakkını gözetmeyi gerektirmektedir. Bu doğrultuda Rasulullah (s.a.v.), Allah Teâlâ'ya ve ahiret gününe iman etmiş bulunan bir kimsenin komşusuna iyilikte bulunması ve eziyet etmemesi gerektiğini buyurmuştur.[55] Benzer başka

---

[51] Şemsü'l-eimmetü's-Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, el-Mebsut, C. XV, Beyrut, Daru'l-Ma'rufe, 1414/1994, s. 21; el-Kâsânî, Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî, Bedâ'iu's-Sanâ-i fî Tertibi'ş-Şerâi, C. VI, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986, s. 264, 265; c. VII, s. 28, 29; Şehy Bedreddin Simâvî, Câmiu'l-Fusuleyn (Yargılama Usulüne Dair), ed.: Hacı Yunus Apaydın, Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012, s. 1047; Vehbe Zuhaylî, Nazariyatu'd-Damân, Dımaşk, Dâru'l-Fikr, 1998, s. 27; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, el-Muhallâ bi'l-Âsâr, C. VII, Beyrut, Dâru'l-Kitabi'l-İlmiyye, 2003, s. 84-86; Bilmen, ty., C. VII, s. 180 (385); el-Hafif, 2018, s. 108; Karaman, 2016, C. III, s. 132; Saffet Köse, İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul: İFAV Yayınları, 1997, s. 193-196, 225; Hacak, 1993, s. 71; Çalış, 2004, s. 158, Ebu Hanife'nin görüşünün bu yönde olmayabileceği, bu hususta nakledilen bilgilerin şüpheli olduğuna dair bkz. s. 98-102, İmam Şafiî'nin görüşünün de bu doğrultuda olmayabileceğine dair bkz. s. 131-134.

[52] es-Serahsî, 1414/1994, C. XV, s. 21; el-Hafif, 2018, s. 108; MAA, m. 92; Mustafa Ünal, İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 98, 99.

[53] MAA, m. 91: "Cevâz-ı şer'î damâna münâfî olur"

[54] Zuhaylî, 1998, s. 27; Karaman, 2016, C. III, s. 89; Ünal, 2019, s. 209.

[55] Buharî, Nikah, 80, Edeb, 31, 85, Rikâk, 23; Müslim, İman, 19 (74, 75, 77); Ebu Davud, Edeb, 123; İbn Mâce, Edeb, 4.

bir hadis-i şerifte ise Rasulullah (s.a.v.) üç defa yemin etmiş ve komşusu şerleri emin bulunmayan kişinin, iman etmiş olmayacağını[56] (bir başka rivayette cennete giremeyeceğini[57]) ifade etmiştir. Bu doğrultuda, kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunan kimsenin komşusuna zarar vermemesi gerektiği belirtilebilir. Ancak İmam Ebu Hanife ve İmam Şafiî'ye göre kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunan kimsenin bir zarara neden olması durumunda kişi dinen sorumlu tutulacak olup, bu zarar yargı mercilerinin konusu olmayacaktır.[58]

İmam Mâlik ve onun görüşünü benimsemiş olan Hanbelîler, Ebu Yusuf, İmam Muhammed, İbn Teymiyye ve müteahhirun dönemi Hanefi İslâm hukukçuları maslahata dayalı istihsan prensibi[59] gereğince, başka birisine fahiş bir zarar vermediği sürece mâlikin, mülkiyet hakkının konusu olan eşya üzerinde dilediği biçimde tasarrufta bulunabileceğini ifade etmişlerdir. Bununla birlikte mâlikin tasarrufunun bir başkasına fahiş zarar vermesi durumunda, mâlikin sorumluluğuna gidilecektir.[60] Bu görüşün temelinde İslâm hukukunun genel prensiplerinden biri olarak kabul edilen[61], "*zarar verme ve zarara zararla mukabele etme yoktur*"[62] hadisi yer almaktadır. Bu hadisin yanında bu görüş sahiplerine göre, insanların dini bakımdan zafiyet içerisinde bulunmaları ve ahlaklarının kötüleşmesinden dolayı manevi ve ahlaki bir vazife olarak üzerlerine yüklenmiş olan komşuluk haklarına uymamaları durumunda, onlara bu vazifenin yargı gücüyle yaptırılması gerekmektedir. Aksi halde bir kargaşa ortamına mahal verileceği ve insanların aralarındaki ilişkilerin kötüleşip toplumun bozulacağı ifade edilmiştir.[63] Bu görüş, müteahhirûn Hanefi İslâm hukukçuları tarafından ve Ebussuud Efendi zamanından itibaren Osmanlı devletinde

---

56 Buharî, Edeb, 29.

57 Müslim, İman, 73.

58 el-Hafîf, 2018, s. 108; Zuhaylî, 1998, s. 27.

59 Kendi mülkünde bir kimsenin dilediği şekilde tasarrufta bulunması kıyasa göre hukuka uygun olacaktır. Ancak komşusuna fahiş zarar verecek nitelikteki tasarrufları bakımından bir kimsenin kısıtlanması, bu kıyasın maslahata dayalı istihsan prensibi gereğince terkini gerektirmiştir. Şeyh Bedreddin, 2012, s. 1049; Bilmen, ty., C. VII, s. 176 (369); Köse, 1997, s. 199; Çalış, 2004, s. 109.

60 Mürşidü'l-Hayrân, m. 58; Şeyh Bedreddin, 2012, s. 1048; Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, s. 2159, 2243; Takıyyüddin Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm b. Teymiyye el-Harrânî, Mecmu'u'l-Feteva, C. XXX, Thk. Abdurrahman b. Mahmud b. Kâsım, Medinet'il-Münevvere, Mucemmâü'l-Melik Fahd li-Tabâati'l-Mushafi'ş-Şerif, 1416/1990, s. 8, 17. Zuhaylî, 1998, s. 27, 28; el-Hafif, 2018, s. 108; Bilmen, ty., C. VII, s. 174, 176 (363, 364, 369); Karaman, 2016, C. III, s. 132; Köse, 1997, s. 196-199, 218 vd.; Hacak, 1993, s. 72; Çalış, 2004, s. 103, 118, 142.

61 MAA, m. 19.

62 İbn Mâce, Ahkâm, 17; Mâlik b. Enes, Muvatta', Thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Beyrut, Daru'l-İhyau't-Turâsi'l-Arabî, 1406/1985, s. 31.

63 el-Hafîf, 2018, s. 109; Karaman, 2016, C. III, s. 90.

benimsenmiş olup[64] Mecelle'de de tercih edilmiş ve "Muâmelat-ı Civâriye" başlığı altında ilgili düzenlemeler yer almıştır.[65] Benzer şekilde Mürşidü'l-Hayrân'da da bu görüşün benimsendiği ve ilgili düzenlemelerin bu doğrultuda yapıldığı görülmektedir.[66]

İmam Mâlik ve İmameyn'in ileri sürmüş oldukları bu görüşün anlaşılması bakımından fahiş zararın ne olduğu hususunun açıklanması gerekmektedir. Fahiş zarar, komşusunun yapısının zayıflamasına veya yıkılmasına neden olan, yapı eserinin inşası ile amaçlanan yararlanmaya engel teşkil eden yahut komşunun devamlı olarak rahatsız olmasına sebep olan zarardır. Zorunlu ihtiyaçlar kapsamında bulunmayan bir menfaatten faydalanmanın engellenmesi ise fahiş zarar olarak değerlendirilmeyecektir.[67] Fahiş zararın kapsamının anlaşılması için fıkıh eserlerinde ve hazırlanan kanun metinlerinde yer alan örnekler şu şekildedir:[68] Bir kimsenin bahçesinde yer alan bir ağacın gölgesinden faydalanan komşusu, bu ağacın mâlik tarafından kesilmesi halinde zarara uğrayacağını iddia ederek, bu fiile engel olamaz. Bir kimse görüş alanını kapattığı, manzarasını kestiği[69], güneşin girişine engel olduğu veya rüzgarın esintisine mani olduğu gibi gerekçelerle duvarını yükseltmek isteyen komşusunun bu fiilini engelleyemez.[70] Bu durumlar fahiş zarar kapsamında değerlendirilemez.[71] Ancak güneşin tamamen kesilmesine sebep olmak fahiş zarar kapsamındadır. Bundan dolayı yüksek bir duvar inşa ederek komşunun penceresinden aldığı güneş tamamen engellenir ve içerisi kağıt üzerinde bulunan yazı okunmayacak ölçüde karanlık hale gelirse, komşunun kapısından güneş alması istenilemez. Çünkü kapının açılması nedeniyle içerisinin soğuk olması ve başka nedenlerden ötürü kapalı tutulması gerekebilir. Bu durumda fahiş zarar gerekçesiyle duvarın inşası engellenecektir. Bununla birlikte komşunun güneş almasına imkan veren bir penceresinin daha bulunması halinde duvarın inşası artık fahiş zarar kapsamında değerlendirilmeyecektir.[72] Bir şahsın çöplerini atma amacıyla yahut

---

64 Ali Haydar Efendi, 2017, c. III, s. 2159; el-Hafif, 2018, s. 108; Köse, 1997, s. 199.

65 MAA, m. 1198-1212.

66 Mürşidü'l-Hayrân, m. 57-71.

67 MAA, m. 1199; Mürşidü'l-Hayrân, m. 59; Bilmen, ty., C. VII, 176 (371); el-Hafîf, 2018, s. 109; Zuhaylî, 1994, C. VII, s. 113.

68 Ayrıntı için bkz. Seval Kılıç, "Osmanlı Komşuluk Hukukunda Mülkiyet Haklarının Sınırlandırılması: Zarar-ı Fahiş", C. VII, S. 12, 2022, İMHFD, s. 13 vd.

69 İstanbul Kadı Sicilleri, C. XXCIV, 162, No: 173.

70 Manzara irtifakının bulunması durumunda ise, irtifak hakkı sahibi buna engel olabilecektir.

71 MAA, m. 1201; Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, 2159, 2160; Bilmen, ty., C. VII, s. 177 (374).

72 MAA, m. 1201; Mürşidü'l-Hayrân, m. 61; Bu yönde gelen şikayetler üzerine mahkeme tarafından tespit yapılmış, içerisinin karanlık olduğunun anlaşılası durumunda mevcut vaziyet fahiş zarar olarak nitelendirilmiş ve bu zararın giderilmesine karar verilmiştir. İstanbul Kadı Sicilleri, C. LVII, 311, No: 212.

tuvalet çukuru niteliğinde bir çukuru komşusunun duvarının bitişiğinde kazmış olması durumunda, bu çukurun duvara zarar vermesi ve kireç, çimento gibi şeylerle duvarın sağlamlaştırılması imkanının bulunmaması halinde ilgili çukur kapattırılabilecektir.[73] Boyacılık yapmak maksadıyla bir dükkan kiralamış olan bir kimsenin elbiseleri vurarak çırpması halinde bu vurmanın şiddeti nedeniyle komşuların devamlı şekilde rahatsızlık duymaları durumunda bu fiile engel olunacaktır.[74] Bir haneye bitişik şekilde değirmen veya demirci dükkanı yapılması halinde, bu iş yerlerinden ortaya çıkan gürültünün veya bir fırın inşa edilmesi halinde buradan meydana gelen dumanın yoğunluğunun, devamlı suretle komşulara rahatsızlık vermesi halinde bu fiillere engel olunabilecektir. Bir şahsın evinin yanına harman yeri yapılması ve buradan kalkan toz nedeniyle evde durulamaması halinde, burada harman kaldırılması engellenebilir yahut bir kişinin harman yerinin yanına, buranın rüzgarını kesecek biçimde yüksek bir yapı inşa edilmesi halinde bu yapının inşasına fahiş zarara sebep olacağı gerekçesiyle engel olunabilir.[75] Komşu evlerde genellikle kadınların bulundukları mutfak ve kuyu başı mekanları görecek biçimde pencere açmak[76], komşunun kuyu suyunu kirletecek biçimde tuvalet çukuru kazmak da fahiş zarar olarak değerlendirilmiştir.[77] Balkon yapılmamış veya pencere açılmamış da olsa bir binanın çatısının kullanılması durumunda, bu çatıdan komşu evin mutfağı ve bahçesi gibi genellikle kadınların bulundukları mekanları görecek yükseklikte yapı inşası da fahiş zarara sebep olacaktır.[78] Bundan dolayı fahiş zarar bakımından yüksek yapıların yalnızca balkon veya pencere gibi kısımları değil, bu zarara neden olacak her türlü kullanım durumu göz önüne alınmalıdır. Komşu taşınmaza yapılan duvara bir delik açılması ve bu delikten ötürü yağmur sularının komşunun bahçesine dökülüyor olması durumunda, komşunun bahçesi için bir zarar ortaya çıkıyorsa, bu delik kapattırılabilir. Bu örnekte yağmur sularının komşusunun bahçesine vermiş olduğu zarar, fahiş nitelikte bir zarar olarak kabul edilmiştir.[79]

---

[73] Tuvaleti kireç ile inşa etmeyi, buna rağmen duvarın yıkılması durumunda yeniden inşasını taahhüt eden kimse ile sulh olunmasına dair: İstanbul Kadı Sicilleri, C. XVII, 252, No: 267.

[74] Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, s. 2161.

[75] MAA, m. 1200.

[76] MAA, m. 1202; Mürşidü'l-Hayrân, m. 62; Benzer şekilde açılmış olan pencerelerin kapattırıldığına dair birçok yargı kararı bulunmaktadır. Bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. XVII, 819, No: 1069; C. XIX, 244, No: 246; C. LXV, 527, No: 662; C. LIX, 557, No: 768.

[77] MAA, m. 1212; Benzer örnekler için bkz. Şeyh Bedreddin, 2012, s. 1048, 1049; Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, 2161 vd.; Bilmen, ty., C. VII, s. 176-178 (372-379); el-Hafîf, 2018, s. 109; Köse, 1997, s. 197-199, 218-221.

[78] Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661), Defter 10, haz. İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014, No: 109-1, s. 191, 192.

[79] Konya Kadı Sicili, (1071-1072 / 1661-1662), Defter 11, haz. İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014, No: 59-4, s. 140, 141.

Duvara açılmış olan küçük bir pencere yahut delik nedeniyle komşunun bahçesinin görünmesi durumu da fahiş zarar olarak değerlendirilerek, duvardaki delik kapattırılabilir.[80] Duvara açılmış olan delik yahut taşınmaz üzerinde inşa edilen bir yapı sebebiyle duvarın yıkılmasına veya çatlamasına yol açan tasarruflar da fahiş zarar olarak değerlendirilecektir.[81]

Fahiş zararın bulunup bulunmadığı durumu keşif veya bilirkişi incelemesi yoluyla ispat edilebilmektedir:

"*Medîne-i Üsküdar'da Mirâhur mahallesinde sâkin umdetü'l-kuzât es-Seyyid Mehmed Efendi'nin menzili civârında sâkin Zâz Hasan Ağa demekle ma'rûf kimesnenin hânesinin iki aded pencerelerinden mûmâ-ileyh es-Seyyid Mehmed Efendi'nin makarr-ı nisvân olan mahâlline havâlesi zararı olup mezbûr Zâz Hasan Ağa mu'ânid olmağla şer'a münkād olmayıp zarar-ı şer'îsini def' etmemek ile bu fakīr bi-nefsihi üzerine varıp mahalle-i mezbûre ahâlîsinden cemâ'at-i Müslimîn ile keşf ve mu'âyene olundukda mezbûr Hasan Ağa'nın iki aded pencerelerinden mûmâ-ileyh es-Seyyid Mehmed'in hareminde üç aded odalarına makarr-ı nisvân olan mahallere havâlesi zararı olduğu ba'de'l-mu'âyene iki aded pencerelerinin havâlesi şer'an sed olunmak lâzım olmağın bi'l-iltimâs huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu.*"[82]

Mer'î hukukta da mâlikler komşuları olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıklar açısından mülkiyet haklarından kısıtlanmışlardır. Olumsuz şekilde etkileyecek nitelikteki taşkınlık da kanun tarafından şu şekilde örneklendirilmiştir: "*Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.*"[83] Dolayısıyla TMK'da da fahiş zarara benzer biçimde, herhangi bir zararın değil, belirli bir yoğunluk arz eden zararların mülkiyet hakkını kısıtlayacağı düzenlenmiştir. Bu zararın taşkınlık teşkil edip etmediğini ise hakim tespit edecektir.[84]

İslâm hukuku kadîm olan kullanımı daha sonradan ortaya çıkan duruma karşı korumuştur. Bir kişi hukuka uygun olarak kendi mülkü üzerinde tasarrufta bulunmakta olduğu halde, sonradan buraya gelen bir kimse bu kişinin taşınmazının yanında bir yapı inşa ederek, daha

---

80 Konya Kadı Sicili, (1138-1139 / 1726-1727), Defter 50, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014, No: 164-4, s. 385.

81 Mehmet Aykanat/Melikşah Aydın, "Osmanlı Hukukunda Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu" C. 28, S. 1, 2020, SÜHFD, s. 224.

82 İstanbul Kadı Sicilleri, C. LXX, s. 224, No: 390; Benzer kararlar için bkz. Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 109-1, s. 191, 192; İstanbul Kadı Sicilleri, C. V, 94, No: 56; C. XXCII, s. 354, 400, 410, No: 406, 466, 479; C. XXCIX, s. 74, No: 36.

83 TMK, m. 737.

84 Yasemin Yılmaz, "Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", C. 24, S. 2, 2018, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, s. 1154; Yıldız Abik, "Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu", C. 14, S. 3-4, 2010, EÜHFD, s. 149, 150; Dinçbudak Solak, 2018, s. 18, 19; Nebioğlu, 2017, s. 87 vd.

önceden orada binası olan kimsenin penceresi nedeniyle kendi taşınmazının içinin göründüğünden bahisle bu pencerenin kaldırılmasını talep edemez. Çünkü oraya gelip bu şekilde bir yapı inşa eden kimsenin, bu duruma rızası olduğu kabul edilir. Artık sonradan bir yapı inşa eden kimse, mevcut durumun değiştirilmesine dair bir talep hakkında bulunamayacaktır.[85] Dolayısıyla kadîm olan muhafaza edilecektir.[86]

Mâlik mülkiyetini bir başkasına devrederken, komşunun kanuni şüf'a hakkı bulunmaktadır. Bu bakımdan mâlikin mülkiyetini istediği kişiye devretmesi sınırlandırılmaktadır. Satım akdinin konusu olan taşınmaza bitişik olan komşunun bu taşınmazı, kendinden önceki şüf'a hakkı sahiplerinin almaması durumunda, herkesten önce satın alma hakkı vardır. Dolayısıyla bu taşınmaz bir başkasına satılırken, bedelini ödeyerek komşu taşınmazın sahibi ilgili taşınmazı satın alabilir. Eğer komşu bu hakkını kullanmazsa, mâlik istediği kimseye taşınmazını satabilecektir. Ancak burada söz konusu olan komşuluk, muhakkak bitişik nitelik arz eden komşuluktur. Bu bitişiklik alt kat ve üst kat komşuluğu da dahil olmak üzere herhangi bir yönden olabilir.[87]

Fahiş zararın önlenmesi için birden fazla imkan bulunuyorsa, mâlik bunlardan birini yapması için zorlanamayacaktır. Örneğin komşusunun taşınmazında devamlı suretle kadınların kullandığı mekanları gören penceresinin duvarla kapatılması, önüne panjur yaptırılması veya perde çekilmesi gibi zararı önleyecek birden fazla yöntemin olması durumunda, mâlik duvar örmeye zorlanamaz.[88] Perde çekilerek zararın önlenmesinin mümkün olması durumunda mâlik, perdeyi de pencerenin hemen ön tarafına çekmesi için zorlanamayacaktır. Zararı önleyecek biçimde perdenin daha ileriye de çekilmesi mümkündür.[89] Örneğin, komşusunun binasının üzerine yeni bir kat yapması ve bu kata da pencere açması durumunda, bu pencereden evinin ve bahçesinin görüldüğü ve bu nedenle ev halkının bahçeye çıkamadığı gerekçesiyle şikayette bulunan başvuran taraf dinlendikten sonra, davalı komşu açmış olduğu pencere nedeniyle

---

85 MAA, m. 1207; Mürşidü'l-Hayrân, m. 63; Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye, C. VII, s. 178 (379); el-Hafîf, 2018, s. 109.

86 Örnek için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. XXCV, s. 184, No: 144.

87 MAA, m. 1008-1011; İbrahim Kâfi Dönmez, "Şüf'a", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XXXIX TDV Yayınları, İstanbul, 2010, s. 249; Can, 2013, s. 224, 225; İlyas Yıldırım,, "Şüf'a-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese", S. 31, 2018, İHAD, s. 321.

88 Ömer Hilmi Efendi, 1298, s. 18; Yargı kararlarında bu şekilde zararın izalesi için mâlikin penceresine tahta sütre çekmeyi kabul ettiği görülmektedir. Bu durumda artık zararı ortadan kaldırmak için başka bir yola başvurulmamıştır. İstanbul Kadı Sicilleri, C. LXV, s. 546, 702; Tahta sütre ile kapatılmasına benzer şekilde panjur ile kapatılması durumunda da zararın başkaca bir yol ile izalesine gidilmemiştir. bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. XCVI, s. 118, No: 68.

89 MAA, m. 1202; Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, s. 2169.

ortaya çıkan zararı kabul etmiş ve kendisi pencereyi yıkmayı teklif etmiştir. Bunun üzerine mahkeme de bu teklifi kabul etmiştir.[90] Bu durumda artık davalı komşu, dava konusu pencerenin önüne perde çekmesi yahut yeni yapmış olduğu katı tamamen yıkması yoluyla zararı önlemeye zorlanamayacaktır. Zarara neden olan kimsenin tercih etmiş olduğu ve karşı tarafı da başkaca bir zarara uğratmayan çözüm yolunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Komşular, sulh yoluyla anlaşarak komşuluk hakkından kaynaklanan ihtilafları çözüme kavuşturabilirler. "*...mezbûr Hasan Çelebi hulefâ-i merkūmûnun mesâhaları üzere tûlen beş zirâ' ve arzan on sekiz parmak ve yine tûlen dokuz zirâ' arzan on sekiz parmak iki aded şehnişîn itâle ve menzilinin tabaka-i ulyâda ve vustâsında on bir aded pencere ve kezâlik ulyâda ve vustâda dehlizlerin sekiz aded direk arasını pencere küşâd ve tûlânî yirmi zirâ' sekiz parmak tura saçak fuzûlî itâle ve ihdâs etmekle tarîk-i hass-ı mezkûr üzerine fuzûlen ihdâs eylediği şehnişîn ve saçağın hakk-ı kararları olmamağla men' ü def' olunması müvekkillerim merkūmânın matlûblarıdır deyü da'vâ eyledikde mezbûr Hasan Çelebi cevâbında kaziyye minvâl-i muharrer üzere olduğunu tasdîk etmekle fuzûlen âharın mülküne itâle ve ihdâs eylediği ebniye ve pencerelerin def'i iktizâ eylediği merkūm Hasan'a ba'de't-tefhîm vekîl-i mezbûr rızâsıyla zikr olunan şehnişînleri ve ulyâda bir direk arası ve vustâda bir direk arası pencereleri açıklık mahallinde vâki' olmağla rızâsıyla ibkā ve sâlifü'z-zikr tura saçakları kat' olunup bu vechile kat'-ı nizâ' eylediklerini...*"[91]

Tealli hakkının söz konusu olduğu durumlarda İmam Ebu Hanife ve İmameyn arasındaki görüş farklılığı, komşuluk hakkı için belirtilmiş olanın tam tersi yöndedir. Tealli hakkının mevcut olduğu durumda Ebu Hanife, alt kat ve üst kat mâlikleri arasındaki ilişkide esas olan hususun tasarruf serbestisi olduğunu kabul etmemiştir. Mâlik veya teâlli hakkı sahiplerinin sadece birbirlerine zarar vermeyecek nitelikteki tasarrufları gerçekleştirebileceklerini, zarar verme ihtimali olan veya zarar verici özellikte olan tasarrufları icra edemeyeceklerini belirtmiştir. İmameyn ise bu durum bakımından esas olanın tarafların tasarruf serbestisi olduğunu, bir diğerine zarar vermeyen ve zarar verip vermemesi hususunda şüphe bulunan tasarrufları tarafların yapabileceklerini ancak zarar vereceği kesin olarak bilinen tasarrufları yapmalarına engel olunacağı belirtmiştir.[92] Bu durumun esas sebebi, alt kat ve üst katta

---

90 Konya Kadı Sicili, Defter 10, No: 12-3, s. 22; Benzer kararlar için bkz. Konya Kadı Sicili, (1103-1104 / 1692-1693), Defter 38, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016, No: 42-2, s. 62.

91 İstanbul Kadı Sicilleri, C. XXCII, s. 90, No: 36; Benzer kararlar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. XXCVI, s. 85, No: 41; Konya Kadı Sicili (970-1019), Defter 1, haz. Leyla Özpolat, İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016, No: 117-7, s. 295.

92 Mebsut Serahsî, C. XVII, s. 91; Şeyh Bedreddin, 2012, s. 1046, 1070, 1071; Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, s. 2153, 2154; el-Hafîf, 2018, s. 106; Osman Kaşıkçı, "Mecelle'de Kat Mülkiyeti", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 1998, s. 142, 143; Köse, 1997, s. 203; Cin / Akgündüz, 2017, s. 707.

bulunanlar arasında yalnızca komşuluk durumunun bulunması değil bununa birlikte alt katın üst kat üzerinde çatı hakkının (yağmurdan ve güneşten korunma hakkı), üst katın da alt kat üzerinde tealli hakkının bulunmasıdır. Bu hak ilişkisi doğrultusunda alt kat ve üst kat komşularının tasarruflarına yönelik kısıtlamalar yan yana komşuluğa göre daha yüksek bir düzeydedir. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki, buradaki sınırlandırmalar doğrudan doğruya komşuluk hakkından kaynaklanmamaktadır.[93] Keza Mecelle'de de bu husus ayrıca düzenlenmiştir.[94] Çalış, Ebu Hanife'nin alt kat malikinin binanın temelinde yapmış olduğu tasarrufları bakımından komşuluk hukuku kapsamındaki sınırlandırmalara tabi olacağını, çünkü bu kısımda üst malikinin hakkı bulunmadığını belirttiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte İmameyn, binanın temelinde de üst kat malikinin hakkının bulunduğunu dolayısıyla burada komşuluk hakkının değil alt kat ve üst kat malikleri arasındaki sınırlandırmaların geçerli olduğunu ifade etmişlerdir.[95]

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Komşuluk hakkı olarak ifade ettiğimiz hakku'l-civar kavramı klasik fıkıh eserlerinde geçmemektedir. Ancak muasır İslâm hukukçularının birçoğunun komşuluk hakkını, hakku'l-civar kavramı ile ifade ettiği görülmektedir. Bu hakkı da bir irtifak hakkı olarak ele almaktadırlar.[96] Buna karşı, komşuluk hakkını irtifak hakkı olarak değil de, komşuluk ilişkilerinden kaynaklanan bir mülkiyeti kısıtlama nedeni olarak gören İslâm hukukçuları da bulunmaktadır.[97]

İrtifak hakları mülkiyet haklarını sınırlandıran niteliktedirler. Komşuluk hakkı da mâlikin mülkiyeti üzerindeki tasarruflarını sınırlandırmaktadır. Bu bakımdan irtifak hakları ile komşuluk hakkı benzer bir mahiyet arz etmektedir. Muasır İslâm hukukçularının bir kısmı buradan hareketle komşuluk hakkını bir irtifak hakkı olarak nitelendirmişlerdir.[98] Bununla birlikte, kaynaklarda komşuluk hakkı nedeniyle kısıtlamaların bulunduğu belirtilen bölümler genellikle kişilerin tasarruflarının ahlaki ve manevi bakımdan yahut kiriş koyma ve tealli hakkı gibi nedenlerden ötürü sınırlandırıldığını belirtmektedir.

93 Mürşidü'l-Hayrân, m. 64-68; Şeyh Bedreddin, 2012, s. 1071; Hacak, 1993, s. 72.

94 MAA, m. 1192.

95 Çalış, 2004, s. 105.

96 el-Hafîf, 2018, s. 108, 109; Zerkâ, 1965, C. III, s. 37; Yusuf Musa, 1987, s. 181; Senhuri, 1953-1954, C. I, 65; Karaman, 2016, C. III, s. 131, 132; Cin / Akgündüz, 2017, s. 707; Bu müelliflerden el-Hafîf'in daha sonra kaleme almış olduğu bir eserinde diğer irtifak hakları ile komşuluk hakkını birbirinden ayrı değerlendirdiği görülmektedir. el-Hafîf, s. 14, 100-106, 117-125.

97 Hacak, 1993, s. 70; Kurtoğlu, 1973, C. II, s. 120, 121; Avcı, 2021, s. 479, 481; Aydın, 2017, s. 348; Çalış, 2004, s. 302, 303.

98 el-Hafîf, 2018, s. 108.

Dolayısıyla hukuki yönden mâlikin belirli bir tasarruf yetkisini sınırlandıran haller açısından kişiler arasındaki ilişki, yalnızca komşuluk ilişkisine dayanmamaktadır.[99]

Komşuluk hakkı doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmaktadır. Bu hak irtifak hakkı tesis eden diğer hukuki işlemlerle kurulamamaktadır. İrtifak haklarının kapsamı belirlidir. Ancak komşuluk hakkının kapsamı bu şekilde belirli değildir. Komşuya fahiş nitelikte zarar verecek olan tüm tasarruflar bu hakkın kapsamına dahildir. İrtifak haklarıysa olumlu, olumsuz veya karma nitelikte arz etse bir yerde su akıtmak, kiriş koymak veya manzara kapatmamak gibi belirli bir muhtevayı haizdirler. Oysa ki, komşuluk hakkı bu şekilde bir muhtevayı haiz olmayıp, kanun tarafından getirilmiş olan genel bir sınırlama niteliğindedir.

Kanuni şüf'a hakkı öncelikle satım sözleşmesinin konusu olan malda ortak olanların, ardından irtifak hakkında ortak olanların ve daha sonra komşunundur.[100] Nitekim Mecelle'de de bu şekilde düzenlenmiştir.[101] Dolayısıyla şüf'a hakkı sahibi olarak komşunun irtifak hakkı sahibinden ayrı biçimde düzenlenmiş olması, bu hakkın irtifak haklarından ayrı bir mahiyette düşünüldüğünü de göstermektedir.

İrtifak hakları ayni bir nitelik taşımaktadır. Üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Üçüncü bir kişinin irtifak hakkının kullanımını engellemesi durumunda bu kimseye karşı bu haktan kaynaklı olarak dava açılabilir veya bu hak nedeniyle üçüncü kişilerin haksız saldırıları engellenebilir. Bununla birlikte komşuluk hakkı yalnızca komşulara karşı ileri sürülebilecek olup üçüncü kişinin bir hak ihlali durumunda komşuluk hakkından kaynaklı bir hukuki yol ile bu ihlal durdurulamaz. Tüm bu nitelikleri göz önüne alındığında, komşuluk ilişkisinin komşular lehine bir irtifak hakkı tesis etmediği anlaşılmaktadır. Komşuluk ilişkisi bir irtifak hakkı değil, mülkiyet hakkının kanunen kısıtlanması durumudur.[102] Keza mer'î hukukta da bu şekilde kabul edilmektedir.[103]

Komşuluk hakkı ile karıştırılan ve birbirine benzer özellik muhtevayı arz eden iki irtifak hakkı ile fıkıh eserlerinde karşılaşılmaktadır. Bunlardan biri pencere açmama irtifakı diğeri ise sütre koymama irtifakıdır.

Taşınmazın belirli kısımları görülecek biçimde bir başka taşınmazda pencere açılmasının önlenmesi maksadı ile pencere açmama irtifakı olarak nitelendirilen bir irtifak hakkı tesis edilmektedir. Olumsuz nitelikte bir irtifak türü olması nedeniyle yüklü taşınmaz mâlikine kaçınma yükümlülüğü yükleyen bu hak, Hanefî fıkıh eserlerinde

99 Hacak, 1993, s. 73.

100 Yıldırım, 2018, s. 321; Hacak, 1993, s. 114; Avcı, 2021, s. 480.

101 MAA, m. 1008, 1009.

102 Kurtoğlu, 1973, C. II, 120, 121; Hacak, 1993, s. 74.

103 TMK, m. 737.

olumsuz nitelikte geçen tek irtifak hakkıdır. Bu hak, genellikle sözleşme esnasında şart koşulması ile tesis edilmektedir.[104] Ayrıca bu hak doğrudan idareden kaynaklı olarak da tesis edilebilmektedir. Örneğin evi yanmış olan kimse tekrardan bu evini inşa etmek için idareden izin istediği takdirde, kendisine bu izin bir başkasının taşınmazı lehine pencere açmama irtifakı tesis edilerek verilebilmektedir.[105] Bununla birlikte bu hak kapsamında, pencere açılmasını önlemek için bir başkasına fahiş zarar verilmesi şartı aranmamaktadır. Ayrıca bu hak doğrudan kanundan kaynaklanmamakta genellikle sözleşme esnasında şart koşularak tesis edilmektedir. Muhteva olarak da yalnızca pencere açılmamasını düzenlemekle yetinmekte olup, komşuluk hukukuna göre daha dar bir alanı kapsamaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında komşuluk hukuku ile pencere açmama irtifakının farklı nitelikte olduğu görülmektedir.

Sütre koyma irtifakı ise, pencere açmama irtifakına benzer şekilde bir taşınmazın belirli kısımlarının görünmesine mani olmak maksadıyla bir başka taşınmaz üzerine, sütre koyulması yetkisi sağlayan bir irtifak hakkıdır. Bu hak, genellikle komşu taşınmazlar arasında görülmekte olup, hak sahibine duvara bir sütre koyulması yetkisi verir.[106] Bu hakka Hanefî fıkıh eserlerinde değinilmiştir[107] ancak tam manasıyla bir irtifak hakkı olarak Hanbelî fıkıh eserlerinde yer verilmiştir. Bu eserler bu hakkın sözleşme yoluyla tesis edildiği görülmektedir.[108] Ayrıca müşterek mülkiyet altındaki bir yerin paydaşlar arasında taksim edilmesi durumunda genellikle kadınların kullandıkları bölümlerin görünmesini engellemek maksadıyla aralarına bir sütre koyulmasını hakim de emredebilir. Bu durumda sütre koyma irtifakının kanundan da kaynaklanabileceği görülmektedir.[109] Sütre koyma irtifakı, genellikle sözleşme yoluyla tesis edilmesi, hak sahibine yetki vermesi bakımından fahiş zarar şartının aranmaması ve muhteva bakımından çok daha dar olması nedeniyle komşuluk hukukunda ayrılmaktadır.

SONUÇ

İslâm hukuku özel mülkiyeti tanımış aynı zamanda fertlerin dayanışma içerisinde bir toplum oluşturmasına önem vermiştir. Bu bakımdan komşuluk ilişkilerini önemi ayet ve hadislerle vurgulanmıştır.

Mülkiyet hakkının yalnızca mâlikin çalışmasının bir sonucu olmadığı bu hakta toplumun da payı bulunduğu anlayışı kabul edilmiş

[104] Ali Haydar Efendi, 2017, C. III, 2127.

[105] İstanbul Kadı Sicilleri, C. LXXIII, s. 433, No: 569.

[106] Hacak, 1993, s. 75.

[107] Kâsânî, 1406/1986, C. IV, s. 181.

[108] Mansûr b. Yunus b. İdrîs el-Buhûtî, Keşşâfu'l-Kınâ' an-Metni'l-İknâ', C. III, Thk. Hilal Museylihî Mustafa Hilal, Riyâd, Mektebetü'n-Nasr, ty., 410, 411.

[109] Bilmen, ty., C. VII, s. 178, (379).

ve mülkiyet hakkının sınırsız olmadığı, bu hakkın kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının, zararın önlenmesi amacıyla kısıtlanabileceği, her şeyin ferdi mülkiyetin konusu olmaya elverişli olamaması nedeniyle kısıtlanabileceği ve toplum veya devletin özel mülkiyet üzerinde öngörmüş olduğu haklar bakımından kısıtlanabileceği ifade edilmiştir.

Mülkiyet hakkını sınırlayan bir hak olan irtifak hakkı, bir sınırlı ayni haktır. Bu hak, sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan doğruya kullanma ve yararlanma yetkilerini veya bunlardan birini ya da bu yetkilerin bir kısmını tanımaktadır. Ayni bir hak olması sebebiyle üçüncü kişilere karşı dermeyan edilebilir.

Komşuluk hakkı, bir kişinin kendi mülkiyeti altında bulunan bir eşya üzerindeki tasarruflarının komşusuna fahiş bir zarar vermeyecek ölçüde kısıtlanması olarak ifade edilmiştir. Komşuluk hakkı öncelikli olarak bitişik komşular açısından söz konusuyken, mâlikin fahiş zarara neden olan fiilinin etkisi altında kalan diğer komşular da bu haktan yararlanabilirler. Bununla birlikte şüf'a hakkından yalnızca bitişik komşular faydalanabilirler.

İrtifak hakları gibi komşuluk hakkı da mülkiyeti sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte her iki hak birçok yönden ayrışmaktadır. Komşuluk hakkı doğrudan kanundan kaynaklanmakta olup, tesisi için ayrıca bir hukuki işlem gerekmemektedir. İrtifak haklarının belirli nitelikte bir muhtevasıı mevcuttur. Komşuluk hakkı ise genel bir kısıtlama niteliğinde olup belirli bir muhtevayı haiz değildir. Komşuluk hakkı yalnızca komşulara karşı ileri sürülebilmekte olup üçüncü kişilerin fiilleri nedeniyle meydana gelen zararlardan ötürü bu haktan kaynaklı olarak koruma yollarına başvurulamayacaktır. Şüf'a hakkı hem irtifak hakkı hususunda ortak olanlara hem de bitişik komşu olanlara ayrı ayrı tanınmıştır. İslâm hukukçuları bu hususta komşuluk hakkını diğer irtifak hakları ile aynı kategoride kabul etmemişler ve diğer irtifak haklarından sonraki bir sıraya koymuşlardır. Tüm bu nedenlerden dolayı komşuluk hakkının irtifak hakkı değil, mülkiyeti kısıtlayan bir neden olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Abik Y, "Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu", C. 14, S. 3-4, 2010, EÜHFD, ss. 145-186.

Akgündüz A, Osmanlı Tarih ve Hukûk Istılâhları Kâmusu, OSAV Yayınları, İstanbul, 2018.

Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Çev.: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem, DİB Yayınları, İstanbul, 2017.

Âtıf Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1318.

Avcı M, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2021.

Aydın M. Â, Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Aykanat M/Aydın M, "Osmanlı Hukukunda Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu", C. 28, S. 1, 2020, SÜHFD, ss. 209-236.

Bardakoğlu A, "Hak", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XV, TDV Yayınları, İstanbul, 1997.

Berki A H, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye), Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979.

Bilgin A, "İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti", C. 5, S. 5, 1992, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 79-113.

Bilmen Ö N, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty.

Can A, "Kur'ân ve Sünnet Işığında Komşuluğun Yeri", S. 21, 2013, KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 203-244.

Cin H/Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul, 2017.

Çalış H, İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları, Yediveren Yayınları, Konya, 2004.

Demir F, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, DİB Yayınları, Ankara, 2012.

Develioğlu F, Lûgat. Doğuş Ltd. Şti. Matbaası, Ankara, 1970.

Dinçbudak Solak B, "Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2018.

Dönmez İ K, "Şüf'a", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul, 2010.

Ebû Bekir bin Ebî Şeybe, Kitabü'l-Musannef fi'l-Ehâdis ve'l-Âsâr, Thk. Kemal Yusuf el-Hût. Riyâd, Mektebü'r-Rüşd, 1409.

Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi, Çev.: Necati Yeniel/ Hüseyin Kayapınar. Şamil Yayınevi, İstanbul, 1987.

Ebu'l-Hüseyn Müslim, b. İsmail el-Haccâc el-Kuşeyrî el-Nîsâburî, Sahîh-i Müslim, Thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî. Daru'l-İhyau'l-Kütübü'l-Arabiyye - Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, Kahire, 1431.

el-Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin, Şu'abu'l-İmân, yy. Mektebetü'r-Rüşd, 2003/1423.

El-Buhârî, Muhammed, Sahîh-i Buhârî, Çev.: Soner Duman/ Halil Aldemir vd., Karınca&Polen Yayınları, İstanbul, 2017.

El-Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. İdrîs el-Buhûtî, Keşşâfu'l-Kınâ' an-Metni'l-İknâ', Thk.: Hilal Museylihî Mustafa Hilal, Mektebetü'n-Nasr, Riyâd, ty.

el-Hafîf, Ali, Ahkâmü'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye, Çev.: Rahmi Yaran. TDV Yayınları, Ankara, 2018.

el-Hafîf, Ali, el-Milkiyye fi-Şeriati'l-İslâmiyye, Daru'l-Fikri'l-Arabi, Beyrut, 1996/1416.

el-Kâsânî, Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî, Bedâ'iu's-Sanâ-i fî Tertibi'ş-Şerâi, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1406/1986.

Erdoğan M, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2005.

Et-Tirmizî Ebû İsa, Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk, Sünen-i Tirmizi, Thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdulbâki ve İbrahi Atvah, Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, Mısır, 1975/1395.

ez-Zehebî, Şemsüddîn Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Osmân b. Kaymaz, Hakku'l-Câr, Thk.: Ebî İsmail Haşim b. İsmail es-Sak. yy., Daru'l-İlmi'l-Kütübü'n-Neşr ve't-Tevzî, 1985/1405.

Günay H. M, "İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması", S. 16, 1996, Çerçeve Dergisi, s. 168-171.

Hacak H, "İrtifak" TDV İslâm Ansiklopedisi, c. XXII. TDV Yayınları, İstanbul, 2000.

Hacak H, "Milk", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul, 2005.

Hacak H, "İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi", Marmara Üniversitesi SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1993.

Hacak H, "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2000.

Hacı Reşid Paşa, Ruhu'l Mecelle, İstanbul, Dâru'l Hilafet-i'l Âliye, 1326.

Hammâd, Nezih, İktisadî Fıkıh Terimleri, Çev.: Recep Ulusoy. İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.

Heyet, El-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, Kuveyt, Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, 6. Baskı, 1404/1983.

Hüseyin Galip, Kamûs-ı Hukuk, Cemal Efendi Matbaası, İstanbul, 1305.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, el-Muhallâ bi'l-Âsâr, Dâru'l-Kitabi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003.

İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî, Sünen-i İbn Mâce, Thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî. yy., Daru'l-İhyau'l-Kütübü'l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431.

İbn Teymiyye el-Harrânî, Takıyyüddin Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm, Mecmu'u'l-Feteva, Thk.: Abdurrahman b. Mahmud b. Kâsım. Medinet'il-Münevvere, Mucemmâü'l-Melik Fahd li-Tabâati'l-Mushafı'ş-Şerif, 1416/1990.

Karaman H, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. III, 9. Baskı İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Kaşıkçı O, "Mecelle'de Kat Mülkiyeti", C. 2, S. 1, 1998, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 133-146.

Kaşıkçı O, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul, 1997.

Kılıç S, "Osmanlı Komşuluk Hukukunda Mülkiyet Haklarının Sınırlandırılması: Zarar-ı Fahiş", C. VII, S. 12, 2022, İMHFD, ss. 1-33.

Konya Kadı Sicili (1070-1071 / 1659-1661), Defter 10, haz. İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.

Konya Kadı Sicili (1071-1072 / 1661-1662), Defter 11, haz. İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.

Konya Kadı Sicili (970-1019), Defter 1, haz. Leyla Özpolat, İzzet Sak. Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.

Konya Kadı Sicili, (1103-1104 / 1692-1693), Defter 38, haz. İbrahim Solak, İzzet Sak, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2016.

Konya Kadı Sicili, (1138-1139 / 1726-1727), Defter 50, haz. İzzet Sak, Cemal Çetin, Konya, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2014.

Köprülü B/Kaneti S, Sınırlı Aynî Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.

Köse S, İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, İFAV Yayınları, İstanbul, 1997.

Kurtoğlu S, İslâm Hukuku Dersleri, Fatih Matbaası, İstanbul, 1973.

Mâlik b. Enes, Muvatta', Thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî, Daru'l-İhyau't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, 1406/1985.

Muhammed Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân ilâ Maʿrifeti Aḥvâli'l-İnsân, Bulâk, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyyeti bi-Bulâk, 2. Baskı, 1308/1891.

Nebioğlu A N, "Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2017.

Ömer Hilmi Efendi, "Mirâtü'l-Mecelle", Medresetü'l-Hukuk (Beşinci Kısım Mecelle), Der Matbaa-i Mekteb-i Sanâyi'-i Şahâne, İstanbul, 1298, sy. 5/1.

Öztürk İ/Özyurt K, Rana, İslam'da İletişim, Toplu Yaşam ve Komşuluk. yy., İksad Yayınları, 2018.

Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, Masadıru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmi, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1953-1954.

Şehy Bedreddin Simâvî, Câmiu'l-Fusuleyn (Yargılama Usulüne Dair), ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012.

Şemsi Efendi, "İlk Mecelle Şerhi: Şemsî Efendi'nin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Kavâ'id-i Külliyesinin Şerhi Adlı Eseri", haz. Sami Erdem, S. 29, 2020, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 47-101.

Şemsü'l-eimmetü's-Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, el-Mebsut, Daru'l-Ma'rufe, Beyrut, 1414/1994.

Topal Ş, İslâm Hukukunda Satış Akdi ve Mülkiyet, STS Yayınları, Ankara, 2014.

Türk Hukuk Lûgati, Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

Ünal M, Sınırlı Aynî Haklar, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

Ünal M, İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Yazır, Elmalılı M. H, Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh Istılâhları Kamusu, Haz.: Sıtkı Gülle, Eser Neşriyat, İstanbul, 1997.

Yıldırım İ, "Şüf'a-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese", S. 31, 2018, İHAD, ss. 317-336.

Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara, 1976.

Yılmaz Y, "Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", C. 24, S. 2, 2018, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, ss. 1146-1173.

Yusuf Musa, Muhammed, el-Emval ve Nazariyetü'l-akd fi'l-fıkhi'l-İslamî, Daru'l-Fikri'l-Arabî, Beyrut, 1987.

Zerkâ M A, el-Fıkhü'l-İslamî fi Sevbihi'l-Cedid: el-Medhal ila Nazariyyeti'l-İltizami'l-Amme fi'l-Fıkhi'l-İslamî, Şam, 1965.

Zeynüddîn Abdurrahmân b. Ahmed b. Receb b. El-Hasan es-Selâmî el-Bağdâdî ed-Dımaşkî, el-Kavâidi'l-İbn Receb, Mektebetü'l-Hânci, Kahire, ty.

Zuhaylî V, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, Çev.: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, İstanbul, 1994.

Zuhaylî V, Nazariyatu'd-Damân, Dımaşk, Dâru'l-Fikr, 1998.

http://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf/, (s.e.t.: 31. 03. 2022).

http://kadisicilleri.istanbul, (s.e.t.: 31. 03. 2022)

ÖZEL HUKUK
PRIVATE LAW

ARABULUCULUKTA ÖZEL UZMANLIK UYGULAMASINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Some Considerations on the Practice of Substantive Expertise in Mediation

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA*

Öz: Arabuluculuğun sırasıyla iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı haline gelmesiyle uzman arabuluculuk uygulamasına gelişmiştir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini kullanmış ve dava şartı arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklara paralel olarak üç genel uzmanlık alanı belirlemiştir. Uzmanlaşmanın gelişmesiyle, yedi özel uzmanlık alanında, 10.05.2021 tarihi itibariyle arabuluculukta özel uzmanlık uygulamasına geçilmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından yapılan ilana göre, dava şartı arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın özel uzmanlık alanlarından spor hukuku, inşaat hukuku, sağlık hukuku, fikri mülkiyet hukuku, banka ve finans hukuku, enerji ve maden hukuku veya sigorta hukuku alanlarından herhangi birine girmesi durumunda, dosya adliye arabuluculuk bürosu tarafından o alanda uzman bir arabulucuya tevzi edilmektedir. Bu çalışma, esasen arabuluculukta özel uzmanlık uygulamasını konu almaktadır. Öncelikle, uzman arabuluculuk ve özel uzmanlık kavramları üzerinde durulmakta; arabuluculukta uzmanlaşmanın fayda ve sakıncaları açıklanmaktadır. Uyuşmazlığın niteliği itibariyle dâhil olduğu özel uzman arabuluculuk türünün belirlenmesi sürecinde ortaya çıkması muhtemel güçlükler ve bunun olası hukukî sonuçları incelenmektedir. Uyuşmazlığın tâbi olduğu özel uzmanlık alanının hatalı tespit edilmesinin hak düşürücü sürelerle zamanaşımına etkisi değerlendirilmektedir. Özel uzmanlık alanlarında arabulucuların hem bu sıfatı kazanmak için gösterdikleri emek hem de uyuşmazlığın niteliği gözetilerek genel uzmanlık alanlarına göre daha farklı bir ücret rejimine tâbi olmaları gereğine dikkat çekilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özel uzmanlık, arabuluculuk, dava şartı arabuluculuk, uzmanlaşma, adalete erişim

Abstract: The practice of expert mediation has developed as mediation has become a cause of action in labor disputes, commercial disputes and consumer disputes, respectively. Using its authority to determine the areas of expertise of mediators and the procedures and principles related to expertise, the Mediation Department has determined three general areas of expertise in parallel with disputes subject to compulsory mediation. With the further progress of specialization, seven special areas of expertise have been identified and as of 10.05.2021, special expertise has been applied in mediation. As announced by the Ministry of Justice, if the dispute which is the subject of the application for compulsory mediation falls within one of the areas of special expertise in sports law, construction law, health law, intellectual property law, banking and finance law, energy and mineral law, insurance law, then the file is assigned to an expert mediator in that field by the Bureau of mediation. This study mainly deals with the application of substantive expertise in mediation. First of all, the concepts of expert mediation and substantive expertise are focused on; the benefits and disadvantages of the application of substantive expertise in mediation are described. Due to the nature of the dispute, the possible difficulties that may arise in the process of determining the type of substantive expertise mediation in which it is involved, as well as its possible legal consequences are being studied. The effect of incorrect determination of the specialty subject to the dispute on the statute of limitations with time-reducing periods is being evaluated. Attention is drawn to the fact that mediators in special specialties should have a different wage regime than those in general specialties, both due to the labor they have shown to earn this title, and due to the specifics of the dispute.

Keywords: Substantive expertise, mediation, mediation as a cause of action, specialization, access to justice

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, nkurt@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4638-6132.

Makale Geliş Tarihi: 02.05.2022, Makale Kabul Tarihi: 13.06.2022

GİRİŞ

Arabuluculuk, sistematik teknikler kullanarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak üzere aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır (HUAK m. 2,1-b).[1] Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Kanun'un ilk hâlinde, sadece ihtiyari arabuluculuk olarak düzenlenmişti.[2] Buna göre, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklarda taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek ve sona erdirmek konusunda serbesttiler. Kanunun ilk hâlinde, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözümü tümüyle tarafların iradesine bırakılmıştı.

Ülkemizde, arabuluculuğun uygulanmaya başlamasından bir süre sonra, arabuluculuk yönteminin etkisini genişletmek ve mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. İlk olarak, 12.10.2017'de kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebini konu olan uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı hâline getirilmiştir.[3] Ardından 6.12.2018'de 7155 sayılı Kanununla Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesiyle ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.[4] Son olarak, 22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanunla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik neticesi, Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile tüketici mahkemelerinde

---

1 Arabuluculuk kavramına ilişkin diğer tanımlar için bkz. Gülgün Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 88; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 28; E. Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 25; M. Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 592; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 17; İbrahim Ermenek, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, 1; Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 43.

2 RG, 22.06.2012; S. 28331.

3 RG, 25.10.2017; S. 30221.

4 RG, 19.12.2019; S. 30630.

görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasına ilişkin dava şartı uygulama alanı bulmuştur.[5]

Arabuluculuk mevzuatı arabulucuların farklı uyuşmazlık türleri alanında uzmanlaşmasına imkân vermektedir. Şöyle ki, kanun koyucu, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi vermiştir (HUAK m. 6, 3). Keza, Yargı Reformu Strateji Belgesi[6] ile İnsan Hakları Eylem Planında[7] da uzman arabuluculuğun güçlendirilmesine ve arabulucuların ihtisaslaşmasına dikkat çekilmiştir. Arabuluculukta uzmanlaşmaya geçilmesiyle, uyuşmazlık konusunda genel bilginin ötesinde ihtisas bilgisi sahibi olan arabulucuların çözüm sürecinde daha fazla etkinlik ve verimlilik gösterebilmesi amaçlanmıştır.[8] Uzman arabulucular, uyuşmazlık alanı hakkında sahip oldukları özel ve teknik bilgiyle tarafların müzakere süreçlerine katılımını ve çözüme ulaşılmasını kolaylaştırabileceklerdir. Esasen sicile kayıtlı arabulucuların tamamı, arabuluculuk hususunda uzmanlık bilgisi sahibidir. Bu çalışmada kastedilen uzmanlık ise uyuşmazlık türüne özgüdür. Konusu itibariyle uyuşmazlığın çözülebilmesi için genel arabuluculuk uzmanlığının yeterli olmadığı, daha nitelikli ve özel bir alan bilgisinin gerekli olduğu hâllerde uzman arabuluculara ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır. Her ne kadar genel arabuluculuk bilgisi tüm uyuşmazlıklarda uygulanabilir olsa da uyuşmazlık konusuna özgü ihtisas bilgisi sahibi olmak, arabuluculuğun etkinliğini artıracaktır. Bu suretle arabuluculukta, kolaylaştırıcı modelden değerlendirici modele geçiş süreci dikkate alınarak kalite arttırılacaktır.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 6'ncı maddesiyle kendisine verilen yetkiyi kullanarak üç genel uzmanlık alanı ve yedi özel uzmanlık alanı belirlemiştir. Genel uzmanlık alanları, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukukudur. Özel uzmanlık alanları ise, banka ve finans hukuku, enerji ve maden hukuku, fikri mülkiyet hukuku, inşaat hukuku, sağlık hukuku, sigorta hukuku ve spor hukukudur. Uzman arabuluculuk, hem genel hem de özel uzmanlık alanlarında yürütülen arabuluculuk faaliyetine ifade eden bir üst kavramdır. Arabuluculukta özel uzmanlık ise, spesifik alanlarda genel uzmanlığa göre daha ileri düzey bilgi gerektiren arabuluculuk türüdür.

Çalışmanın konusunu arabuluculukta esasen özel uzmanlık uygulaması oluşturmaktadır. Çalışmada, uzman arabuluculuk uygulamasının olası fayda ve sakıncaları tespit edilmeye çalışılacaktır.

---

5 RG, 28.07.2020; S. 31199.

6 https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf (S.e.t. 04.10.2021).

7 İnsan Hakları Eylem Planı, RG, 30 Nisan 2021, S. 31470.

8 Selda Çil, Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 193.

Arabuluculukta özel uzmanlık uygulamasına geçişte yaşanacak sorunlar bağlamında, uyuşmazlık konusunun hangi uzmanlık alanına dâhil olduğunun nasıl tespit edileceği ve hatalı tespitlerden kaynaklanan hukukî sorumluluk üzerinde durulacaktır. Bu sürecin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere etkisi tartışılacaktır. Son olarak arabuluculukta özel uzmanlık uygulamasında, arabulucu ücretleri değerlendirilecektir.

I. UZMAN ARABULUCULUK

Uzman arabulucu kavramı mevzuatta tanımlanmış değildir. Ancak, nitelik ve özellikleri itibariyle birbirine benzeyen uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde, bu uyuşmazlığa özgü yöntemleri bilen, uygulayan ve geliştirme kapasitesine sahip olan arabulucular, uzman arabulucu olarak tanımlanabilir. Uyuşmazlığın arabulucunun ilgili alandaki yetkinliğiyle daha etkili bir şekilde çözüldüğü; arabulucunun uyuşmazlık alanına ilişkin özel ve teknik bilgi sahibi olduğu arabuluculuk türüne uzman arabuluculuk denilebilir. Buna karşılık genel arabuluculuk, arabulucunun uyuşmazlığa ilişkin ihtisas bilgisine ihtiyaç duyulmadan sürecin yürütüldüğü arabuluculuk türüdür.

Uzman arabulucu olmak için öncelikle arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucu olmak gerekir. Genel anlamda arabulucu siciline kayıtlı arabulucuların, Daire Başkanlığı tarafından düzenlenen eğitim programlarını tamamlamaları hâlinde alacakları sertifikalarla, ilgili uzman arabuluculuk listesine kaydolabilmeleri mümkündür. Uzman arabuluculuk listesine kaydolabilmek için, genel anlamda arabuluculuktan farklı olarak, bu hususta bir sınavda başarılı olma şartı bulunmamaktadır.

Arabulucular genel uzmanlık ve özel uzmanlık alanlarında, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından akredite edilmiş eğitim kurumlarında eğitim alabilirler. Eğitimler hem genel uzmanlık hem de özel uzmanlık alanlarında alınabilir. Daire Başkanlığı eğitimleri, arabulucuların çalışma tecrübesi ve eğitim durumlarına göre yapılandırılmış; kısa ve uzun süreli eğitim programları hazırlanmıştır. Eğitim programını tamamlayan arabulucular, tamamladıkları eğitim programlarına göre, en fazla iki alanda görev yapabilecek olup hangi alanda görevlendirme almak istediklerini Arabulucu Portalı üzerinden Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na bildirmeleri gereği ilan edilmiştir.[9]

Bakanlığın açıkladığı istatistiklere göre 10.661 arabulucuya ticaret hukuku uzman arabuluculuk eğitimi, 6.184 arabulucuya tüketici hukuku

[9] https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uzmanlik-alanlarinin-uygulamasi28042021033931 (S.e.t. 01.06.2021).

uzman arabuluculuk eğitimi ve 3.454 arabulucuya özel uzmanlık alanlarında uzman arabuluculuk eğitimi verilmiştir.[10]

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, yapılan başvurular çerçevesinde, 10.05.2021 tarihinden itibaren dava şartı arabuluculuk kapsamında yapılacak başvurulara ilişkin olarak uyuşmazlığın konusuna göre "arabuluculukta özel uzmanlık uygulaması"nı başlatmıştır. Bu tarih itibariyle arabuluculuk başvurularında, arabuluculuk büroları özel uzman arabuluculara görev verecektir.

Uzman arabuluculuk kavramı ile arabuluculukta uzmanlaşma farklı kavramlardır. Arabuluculukta uzmanlık için pek çok arabuluculuk yapmış ve bunların büyük kısmında başarılı olmuş olmak gerekir. Arabuluculukta uzmanlaşma, konusu fark etmeksizin, her türlü uyuşmazlıkta arabuluculuk tekniklerini uygulama becerisinin gelişmesini ifade eder. Buna karşılık, uzman arabuluculuktan kasıt, belirli bir uyuşmazlık konusuna ilişkin özel ve teknik bilgiye dayanan uzmanlıktır. Bu bağlamda, inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar, sigorta uyuşmazlıkları veya aile uyuşmazlıkları gibi özellikleri ile diğer uyuşmazlıklardan ayrılan bir alanda uzmanlık sahibi bir kişi arabulucu olduğunda uzman olabilir. Buna karşılık, herhangi bir uyuşmazlık türünde spesifik çalışmaları olmayan, o uyuşmazlıklarla ilgili uygulama tecrübesi bulunmayan birinin uzman arabulucu sıfatını kazanması güçtür. Türkiye'de bu güçlük eğitimle aşılmaktadır. Ülkemizde bir uyuşmazlık alanında tecrübesi bulunmayanlar uzmanlık eğitimi alarak uzman ve özel uzman arabulucu olabilmektedir.

Ülkemizde, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı uzman arabuluculuğa ilişkin esasları belirlemiştir. Buna göre, uzmanlık alanlarına ilişkin listelere kaydolabilmek için uzmanlık eğitimi almış olmak gerekir. Bu eğitimler, genellikle teori ve uygulamaya ilişkin bilgiler içermektedir. İş hukuku genel uzmanlık eğitimi teori ve uygulamaya ilişkin bilgileri içeren eğitim programı şeklindedir. Ancak, ticaret hukuku ve tüketici hukuku genel uzmanlık alanları ile özel uzmanlık alanları için Daire Başkanlığı tarafından belirlenen şartlara sahip arabulucular, kısa süreli eğitim programlarını; bu şartları taşımayan arabulucular ise uzun süreli eğitim programlarını tamamlamak suretiyle ilgili alandaki listeye kayıt olabilmektedir. Kısa süreli eğitim programı sadece uygulamaya yönelik bilgiler içerirken uzun süreli eğitim programları hem teorik hem de uygulamaya ilişkin bilgiler içermektedir. Kısa süreli eğitim programına katılmak için aranan şartlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir[11]:

---

[10] https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uzmanlik-alanlarinin-uygulamasi28042021033931 (S.e.t. 01.06.2021).

[11] Her bir uzmanlık alanına ilişkin aranan kriterler için bkz. https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf (S.e.t. 15.06.2021).

1. İlgili alanda yüksek lisans tezi ve üzeri akademik çalışması bulunmak;

2. Uzmanlık alanında beş yıl boyunca sözleşmeli veya kadrolu hukuk müşavirliği, avukatlık ya da uzmanlık yapmış olmak;

3. Uzmanlık alnına ilişkin özel görevli mahkemelerde ve Yargıtay ile Bölge Adliye Mahkemelerinin ilgili dairelerinde toplam beş yıl çalışmış olan yargı mensubu olmak;

4. Uzmanlık alanında fiilen beş yıl çalışmış olan bilirkişi olmak;

Daire Başkanlığı'nın açıkladığı esaslarda kısa süreli eğitimlerle uzman arabulucu olmak için, o alana ilişkin özgü hukuk bilgisi arandığı görülmektedir. Örneğin, inşaat uyuşmazlıklarında uzman arabulucu olmak için hâli hazırda inşaat mühendisi olmanın ya da müteahhitlik yapmanın herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Keza, tıp eğitiminden sonra uzun süre doktor olarak çalışmış, hukuk eğitimi alarak arabulucu olmuş bir arabulucunun sağlık hukukunda uzman sıfatını alması bakımından sahip olduğu uygulama bilgisi doğrudan bir etki doğurmamaktadır. Kanaatimizce uzmanlık için, hukukla sınırlı olmayan bir alan bilgisinin ve tecrübesinin aranması uygun olur.

Uzmanlaşmanın sadece eğitim almak suretiyle kazanıldığının varsayılması eleştiriye açıktır. Zira, uzmanlaşmak için uygulama becerisi ve birikimine sahip olmak gerekir. Bu bağlamda, eş arabuluculuk türlerinden biri olan ön koltuk – arka koltuk arabuluculuk modeli, arabulucuların belirli bir uyuşmazlık alanında birikim sahibi olmalarını sağlamak açısından tercihe şayandır. Ön koltuk – arka koltuk arabuluculuk modelinde, tecrübeli olan arabulucu müzakerelere öncülük etmekte; daha az tecrübe sahibi olan arabulucu ise, süreci izlemekte, gerektiğinde tecrübeli arabulucuyu destekleyerek sürece katılmaktadır.[12] Eş arabuluculuk yönteminin daha nitelikli bir uzmanlaşma sağlayacağı düşüncesiyle, uzman arabulucu listelerine kayıt olmak için belirli sayıda ön koltuk – arka koltuk arabuluculuğu yapmış olma şartının aranması yerinde olur.

II. UZMAN ARABULUCULUĞUN FAYDALARI VE SAKINCALARI

A. UZMAN ARABULUCULUĞUN FAYDALARI

Uzman arabulucular taraflar arasındaki uyuşmazlığı anlamak ve tarafların somut menfaatlerini tespit etmekte genel arabuluculara göre daha hızlı ve başarılı olabilirler. Bu bağlamda ,uzman arabuluculuğun en temel faydası arabuluculuk sisteminde etkinliği artırmak biçiminde karşımıza çıkar. Zira, uzman arabulucular konuya hâkimiyetleri sayesinde tarafların menfaatlerini tespit etmek için daha isabetli sorular

[12] Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 65.

sorabilir; daha çabuk ve yarayışlı analizler yapabilirler. Keza, uzman arabulucuların, uyuşmazlık alanında sahip oldukları teknik bilgiler, onların çözüme yönelik değerlendirme yapmalarını kolaylaştırabilir. Uzman arabulucular, uygulama tecrübelerini kullanarak, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olası anlaşma seçeneklerinin güçlü ve zayıf yönlerinin tespit edilmesinde daha etkili şekilde taraflara yardımcı olabilirler.[13]

Uyuşmazlığa düşen taraflar, çözüm sürecinde rol alan kişilerin, uyuşmazlık alanında uzmanlık bilgisine sahip olmasını isterler. Uzmanlaşma arabuluculuk yöntemine olan güveni artırıcı nitelik taşır. Zira, taraflar, içinde bulundukları uyuşmazlık alanına ilişkin uzmanlık bilgisine sahip arabulucuların çözüme ulaşmada kendilerine daha fazla yardımcı olabileceklerini düşünürler. Tarafların arabulucuya güven duyması, onların arabulucuyla tam bir iletişim kurmasını, uyuşmazlık hakkında tam ve doğru bilgiler vermesini sağlar.[14] Bu suretle, uzman arabulucuların, çözüm seçeneklerinin bulunmasında süreci daha etkin yürüteceğine dair rasyonel bir kabul söz konusudur[15]. Uzman arabuluculuk taraflara öngörülebilirlik ve itimat duygusu sunarak ekonomik faaliyetlerin devamlılığında müspet etki doğurabilir. Zira, tarafların uyuşmazlığın hızlı ve etkin çözüleceğine ilişkin duydukları güven, onların kısa ve uzun vadeli planlama yapabilmelerinde ve hayatlarına yön verebilmelerinde kolaylık sağlar.

Zorunlu arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklarda, uzman arabuluculuğun daha işlevsel olabileceği kabul edilmektedir. Şöyle ki, zorunlu arabuluculukta tarafların arabuluculuğa başvurmak için içsel bir motivasyonları kural olarak bulunmamaktadır. Dava şartı arabuluculukta, tarafların arabuluculuğa ilişkin çekinceleri ihtiyari arabuluculuktan fazladır. Bu sebeple, tarafların bu arabuluculuk sürecine ilişkin kaygılarını gidermek onların kendilerini güvende hissetmelerini sağlamakla mümkündür. İşte arabulucunun uzmanlık vasıfları, tarafların, arabulucuyu güvenli liman kabul etmelerine ve onların sürece daha olumlu yaklaşmalarına hizmet eder.

Uzman arabulucuların, aynı zamanda ilgili alanda avukatlık, danışmanlık, yöneticilik gibi başka faaliyetler de yürüten, statü sahibi kişiler olması muhtemeldir. Alan uzmanlarının sahip olduğu statüler onların arabulucu olarak seçilmelerinde önemli etmenler arasında yer alır.[16] Uyuşmazlığa düşen taraflar, uzman arabulucuların statüleri, deneyimleri ve profesyonel yaklaşımları çerçevesinde, daha objektif bir yaklaşım sergileyecekleri düşüncesini taşırlar. Keza, taraflar ile

---

13 https://www.mediate.com/divorce/pg86.cfm (S.e.t. 23.06.2021).

14 Goldberg, s. 368.

15 John Linden, "The Expert Mediator Versus the Subject Expert.", Nancy Neal Yeend/Ann Clarke, "The Power of Collaboration: An Expert's Role in Developing a Mediation Brief", Value Examiner, July / August 2020, s. 22.

16 John Linden, "The Expert Mediator Versus the Subject Expert." Nov. 2004, bkz. www.mediate.com//articles/linden20.cfm (s.e.t. 20.06.2021).

arabulucunun aynı uzmanlık alanında faaliyet göstermeleri sebebiyle arabulucunun taraflarca tanınması veya güven duygusuyla çalışılabileceğinin bilinmesini sağlayacak bağlantılarının bulunması da muhtemeldir.[17] Taraflarla arabulucu arasındaki iş bağlantılarıyla oluşan güven duygusunun uyuşmazlığın hızlı ve etkili çözülmesinde müspet etki göstereceği aşikârdır. Başarılı bir arabulucunun temel özelliğinin güven duygusu oluşturma yeteneği olduğuna ilişkin çalışmalar[18] gözetildiğinde, uzman arabulucuya tarafların duyacağı güven, arabuluculukta başarı oranlarında artış sağlayabilir.

Ayrıca, uzman arabulucuların, uyuşmazlık konusuna ilişkin önceki tecrübeleri, sektörü tanımaları, sektörde faaliyet gösteren tarafların menfaat çatışmalarını bilmeleri, onların uyuşmazlığı ve tarafların taleplerini daha hızlı anlamalarını sağlayacaktır. Sektör hakkında bilgi sahibi olmayan arabulucunun sektörü araştırması ve tarafları doğru anlayıp anlamadığı hususunda daha fazla değerlendirme yapması ve vakit harcaması gerekir. Buna karşılık uzman arabulucunun, sektöre ve uyuşmazlığa hâkimiyeti sayesinde, daha az toplantı yapılarak, daha kısa sürede çözüm sağlanması muhtemeldir.

Doktrinde arabulucunun uzmanlık bilgisi sahibi olmasının, yargılamalar bakımından hâkimin özel ve teknik bilgi sahibi olmamasının doğal bir sonucu olarak başvurulan bilirkişilere duyulan ihtiyacı azaltacağı ifade edilmektedir.[19] Bu bağlamda, uzman arabuluculukta kısa süreli eğitimlere katılabilmek için öngörülen şartlar arasında, uzmanlık alanında fiilen beş yıl bilirkişi olarak çalışmaya yer verilmiştir. Bu bakımdan uzman arabulucular ile bilirkişilik arasında da bağ kurulabilir. Bilirkişilerin aynı zamanda uzman arabuluculuk eğitimi almaları hâlinde, uyuşmazlığı kısa sürede ve daha az maliyetle çözmeleri muhtemeldir. Zira, bilirkişilik tecrübeleri arabuluculukta uyuşmazlık konusunu daha hızlı anlama, müzakereleri daha etkin ve hızlı yürütebilmelerinde önemli bir avantaj teşkil edecektir.

Alan uzmanı olan arabulucuların, genel arabuluculara göre, bazı arabuluculuk tekniklerini daha etkili uygulayabilmesi ihtimali yüksektir. Somut uyuşmazlık alanına ilişkin tecrübe ve deneyimleri, arabulucunun empati köprüsü kurma yeteneğini geliştirmesini sağlayabilir. Karşı tarafın içinde bulunduğu somut gerçekliği anlayabilme ve bu çerçevede çözümleri düşünebilmeyi sağlayan "ayakkabı değiştirme" yöntemini uygularken uzman arabulucular, bilgi ve tecrübeleri ile durumu daha

---

17 Nadja Alexander, "The mediation metamodel: Understanding practice" (2008). Conflict Resolution Quarterly. 26, (1), 97-123. Research Collection School Of Law, s. 105.

18 Stephen B. Goldberg, "The Secrets of Successful Mediators", Negotiation Journal July 2005, s. 375; Stephen B. Goldberg/Margaret L. Shaw, "The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued: Studies Two and Three", Negotiation Journal October 2007, 414.

19 Mustafa Ertürk, Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 72.

açık ve anlaşılır şekilde anlatabilirler.[20] Karşı tarafın içinde bulunduğu koşulların anlaşılmasıyla, daha makul, akla yatkın, kabul edilebilir talepler ve teklifler ileri sürülür; müzakereler sağlam zeminde yürütülür. Uzman arabulucuların uygulamaya dayanan bilgi ve tecrübelerinin ayakkabı değiştirme tekniğinin daha etkili kullanabilmesindeki işlevselliğinin altını çizmek gerekir. Keza, gerçeklik testi olarak ifade edilen yöntemde, anlaşma ya da anlaşamama hâlinde ortaya çıkacak muhtemel sonuçların taraflarca idrak edilmesi için[21] alanın uzmanı arabulucuların soracağı sorular daha yerinde analizler yapılmasını sağlayacak; varılan anlaşmalara taraflarca uyulmasını kolaylaştıracaktır. Uzman arabulucunun tecrübeleri, anlaşmanın uygulanabilirliğine ilişkin isabetli değerlendirmeler yapmasına hizmet edecektir.

Arabuluculukta uzmanlaşmanın, arabuluculuk uygulamasının kalitesinin de artmasına ve arabuluculuğun diğer hukuk mesleklerinden bağımsız olarak tek başına icra edilecek bir meslek olmasına ilişkin dönüşümü hızlandıracağı düşünülebilir. Çünkü, uzman arabulucuların sunduğu etkili uyuşmazlık çözüm faaliyeti, toplumda arabuluculuk yöntemine olan saygıyı ve kabulü artıracaktır. İhtiyari arabuluculuk daha tercih edilir bir yöntem hâline gelecek ve arabulucuların, sadece arabuluculuk yaparak maddi ve manevi açıdan mesleki tatmine ulaşabilmeleri mümkün olacaktır.

Uzman arabulucular genellikle, uzmanlık alanlarında uygulama bilgisinden ayrı uygulama tecrübesine de sahiptirler. Örneğin, iş uyuşmazlıklarında uzman arabulucular bakımından yapılan bir araştırmaya katılan uzman arabulucuların aynı zamanda avukat olduğu ve bu alanda pek çok iş davasında taraf vekili olarak rol aldıkları görülmüştür.[22] Arabulucuların çoğunun avukat olması ve belirli bir uyuşmazlık alanında uzman arabulucu olması çerçevesinde sahip olduğu hukuk bilgisini, arabuluculuk sürecinde nasıl kullanacağı Hukuk

---

[20] Yeend/Clarke, s. 23.

[21] Ali Yeşilırmak/Elif Kısmet Kekeç (Ed.), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2019, s. 165.

[22] "Belirli bir uzmanlığı gösteriyor olmasa da arabulucuların ağırlıklı olarak hangi davaları aldıklarının önemli bir gösterge olduğu düşünülmektedir. Arabulucuların %41'i ağırlıklı olarak iş davalarına baktıklarını, %27'si ticaret hukuku, %23'ü medeni hukuk, %9'u ise ceza, fikri haklar, icra iflas, idare ve yabancılar hukukuna ilişkin davalara baktıklarını belirtmişlerdir. Arabulucuların %41'inin iş davalarında yoğunlaşmış olması, edindikleri deneyim doğrultusunda sürece ilişkin değerlendirmelerinin yerinde ve bilinçli olduğu yönünde bir kanaat oluşturmaktadır. Arabuluculara ayrıca, iş hukukunda uzman arabulucu olmadan önce kaç iş davasına baktıkları da sorulmuş; üçte bire yakınının (%27) 201 ve üzeri davaya baktığı, %17'sinin 101-200, %22'sinin 51-100, toplamda %66'sının 51 ve üzeri iş davasına bakmış olduğu belirlenmiştir." Peksan, Selcan / Delen Meltem / Yorgun, Sayım, "İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma," 2020, 64(1), Çalışma ve Toplum, s.321-346, https://www.calismatoplum.org/makale/is-hukukunda-dava-sarti-olarak-arabuluculuk-uygulamasi-ve-arabulucularin-goruslerine-iliskin-bir-arastirma (s.e.t. 31.05.2021).

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin[23] 17,5 hükmünde arabulucunun, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukukî tavsiyelerde bulunması yasaklanmıştır. Bu bağlamda, arabulucu her ne kadar belirli bir uyuşmazlık türüne ilişkin uzmanlık bilgisine sahip olsa da tarafların çözüm üretemediği hâllerde hukukî tavsiyelerde bulunmaksızın çözüme ilişkin önerilerde bulunabilmesi mümkündür[24] (HUAK m. 2,1-b). Bu itibarla, uygulamada yargı kararlarıyla son bulmayan uyuşmazlıklarda işlevsel çözümlere, tecrübeyle oluşmuş uzmanlıkla ulaşılabilecektir. Bu bakımdan uzman arabuluculuk, hak temelli bir bakış açısı yerine menfaat temelli süreç yönetimini egemen kılarak, tarafların bir mahkeme kararına göre çok daha fazla benimseyecekleri, aralarındaki çatışmaya son verecek çözümler bulunmasında etkin rol oynayacaktır.

Bununla birlikte, uzman arabulucuların o alanla ilgili her türlü konuya hâkim olmaları beklenemez. Bazı uyuşmazlıklarda, daha spesifik bilgilerin ışığında müzakerelerin yürütülmesi gerekebilir. Uzman arabuluculukta da, somut uyuşmazlığın gerektirdiği bilgilerin verilmesini sağlamak üzere teknik bir uzmanın müzakerelere katılması mümkündür. Zira, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, tarafların uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişileri müzakerelerde hazır bulundurabileceği açıkça düzenlenmiştir (HUAK m. 15,6). Örneğin, inşaat uyuşmazlığını konu alan bir arabuluculuk sürecinde, inşaatta meydana gelen yangının, kullanılan yeni ve farklı bir malzemeden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışılıyorsa, yanıcı maddeler konusunda uzman bir kimya mühendisine danışılması mümkündür. Arabulucunun inşaat uyuşmazlıklarında uzman olması, o alanda her türlü bilgiye sahip olacağı anlamına gelmez. Yangının kaynağı, büyümesinin sebepleri ve yangının yol açtığı hasarların giderilmesi için yapılması gerekenlerin taraflarca anlaşılması, çözüm sürecini kolaylaştıracağından taraflar uzmanların müzakereye katılması konusunda hemfikir olabilirler. Sonuç olarak, uzman kişilerin taraf iradesiyle arabuluculuk sürecine katılması, uzman arabuluculukta da mümkündür.

Arabulucuların genel ve özel uzmanlık eğitimi almaları, arabuluculuk türü bakımından da öneme sahiptir. Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilk kabul edilen hâlinde kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli benimsenmiş ve arabulucuların çözüm önerisinde bulunması kanunda düzenlenmemiştir. Kolaylaştırıcı arabuluculukta, arabulucudan bir çözüm önerisi beklemeyen taraflar, arabulucunun uyuşmazlık konusunda ihtisas bilgisi sahibi olup

[23] RG, 02.06.2018, S. 30439.

[24] Seda Özmumcu, Arabuluculuk Modelleri, "Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 38.

olmamasını doğrudan dikkate almazlar[25]. Buna karşılık, 7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle arabulucuların çözüm önerisinde bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Çözüm önerisinde bulunmak için söz konusu uyuşmazlık türüne ilişkin ihtisas bilgisi sahibi olması gerekliliği düşünüldüğünde, arabuluculukta genel ve özel uzmanlık alan eğitimlerinin verilmesi, arabulucuların çözüm önerilerinin başarısını artıracaktır. Bu bağlamda, belirli bir uzmanlık alanına sahip arabulucular o uyuşmazlığa ilişkin değerlendirici arabuluculuk yaparken daha iyi sonuçlara ulaşabilirler. Uyuşmazlığı sona erdirecek ve tarafların menfaatlerine uygun çözüm önerilerini destekleyen uzmanlaşmanın, değerlendirici arabuluculuğa da hizmet edeceğini ifade etmek gerekir.[26] Özellikle arabulucunun çözüm önerisini, uzmanlık bilgisine göre gerekçelendirerek açıklaması, tarafsız, objektif ve şeffaf bir şekilde süreci yürüttüğü konusundaki güveni pekiştirecektir; çözüm önerisinin taraflarca anlaşılmasını ve kabul edilmesini kolaylaştıracaktır.[27]

Uzmanlaşmanın, amaca özel (ad hoc) arabuluculuk ile kurumsal arabuluculuk açısından da değerlendirilmesi mümkündür. Kurumsal arabuluculuk, uzman arabulucu listelerinin oluşturulması ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak yardımı yapabilecek arabuluculara ulaşılması hususunda amaca özel arabuluculuğa nazaran daha avantajlıdır.[28] Amaca özel arabuluculukta taraflar kendi hazırladıkları kurallara veya bir ülkenin kurallarına tâbi olmayı seçecekleri için arabulucunun uzmanlığı tali bir öneme sahip olacaktır. Ülkemizde, kurumsal arabuluculuğun yansıması olan arabuluculuk merkezlerinin ağırlığı artmaktadır. Nitekim, arabuluculuk merkezlerinin hukukî statüsünün belirlenmesi, kurulması ve denetlenmesine ilişkin standartların oluşturulması hususu adalet politikasına ilişkin temel bir belge olarak 2021'de yayımlanan İnsan Hakları Eylem Planı'nda benimsenmiş somut hedeflerden birisidir. Uzman arabuluculuk uygulamasının arabuluculuk merkezlerinin gelişmesiyle birlikte daha etkin bir şekilde uygulanması imkânı doğmuş bulunmaktadır.

---

[25] Ermenek, 2021, s. 212.

[26] Hakan Albayrak, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", Etik Özel Sayı, C.17, Y.2018, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 16.

[27] Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 439. Değerlendirici arabuluculuğun, arabuluculuk kurumunu, tarafların uyuşmazlığı kendi iradeleri çözmelerine ilişkin asli fonksiyonundan uzaklaştırarak yarı yargısal bir faaliyete dönüştürme tehlikesine ilişkin eleştiri için bkz. Ermenek, 2021, s. 16.

[28] Merve Uysal,, "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk," No. 44, 2019, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 15, s. 901.

B. UZMAN ARABULUCULUĞUN SAKINCALARI

Uzman arabuluculuk, gelişmekte olan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak birtakım sakıncaları da bünyesinde bulundurmaktadır. Öncelikle uzman arabuluculuk uygulamasının tam anlamıyla sisteme dâhil olması, ancak gelecek yıllarda mümkün olabilecektir. Şöyle ki, uzmanlaşma, eğitim ve uygulamayla geçecek uzun bir sürecin sonunda sağlanabilmektedir. Bu bağlamda, uzman arabulucu olmak için arabulucuların hem eğitim masraflarına katlanması hem de yeterli tecrübe edinmek için emek ve zaman harcamaları gerekmektedir. Dolayısıyla, daha nitelikli uzman arabulucu sayısına yakın bir gelecekte ulaşılması pek de mümkün değildir Elbette, ilerleyen yıllar içinde arabuluculukta uzmanlaşmada istenilen seviyeye gelinebilir.

Uzman arabuluculuk uygulamasına geçilebilmesi için, öncelikle uyuşmazlığın hangi uzmanlık alanına dâhil olduğunun tespit edilmesi gerekir. Ancak, uyuşmazlıkları belirli uzmanlık alanlarına göre sınıflandırarak kategorize etmek her zaman mümkün olmayabilir. Uyuşmazlık türlerine ilişkin kesin sınırlar çizmek, uzmanlık alanlarını birbirinden tam olarak ayırmak çeşitli güçlükler içermektedir[29]. Uyuşmazlıklarının grift niteliği çerçevesinde, bir uyuşmazlığın hangi uzmanlık alanına girdiği hususunda belirsizlik yaşanabilir. Zira, uyuşmazlıkların çok boyutlu niteliği, birden fazla uzmanlık alanı kapsamında değerlendirilmelerine neden olabilir. Özel mahkemeler arasında yaşanan görev uyuşmazlıklarına benzer şekilde, uyuşmazlığın dâhil olduğu uzmanlık alanın belirlenmesi süreci uzatabilir; arabuluculuğun doğasındaki serbestlikle çelişebilir.

Her ne kadar kanunda dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklara ilişkin belirleme yapılmış olsa da doktrinde, birtakım uyuşmazlıklar bakımından uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı ve hangi tür dava şartına dâhil olduğu hususunda farklı görüşler ve içtihatlar bulunmaktadır.[30] Dava şartı arabuluculuk

---

[29] Muhammet Özekes, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2018, s.128.

[30] Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", 2020/147, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 111- 142; Muhammet Özekes/Pınar Çiftçi, "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dâhil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), 2020/148, Türkiye Barolar Birliği Dergisi ss. 101-134 ; İbrahim Ermenek/Betül Azaklı Arslan, "İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu", 2020/148, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.135-196; Ali Paslı, "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması," Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ed. Ceyda Süral/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019; Abdülhamit Yılmaz, "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", 2018/1, AndHD, ss. 219 - 238; Barış Toraman, Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu, C.5, S.1, Nisan 2020, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 3141-

kapsamına giren uyuşmazlıkların kolaylıkla belirlenmesini sağlayacak açık kanun hükümlerinin düzenlenmesine ihtiyaç vardır.[31] Uzman arabuluculuk uygulamasında, uzmanlık alanının doğru şekilde belirlenmesini dava şartı arabuluculuğun geçerlilik şartı olarak addedilmesi, mahkemeler arasındaki görev sorunun arabuluculuk aşamasına taşınmasına, arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmamasına rağmen bir eksen kaymasına uğramasına yol açacaktır. Uzmanlık alanlarına göre uyuşmazlığın doğru bir şekilde sınıflandırılmaması hâlinde arabuluculuk dava şartı eksikliğinden davanın usulden reddi şeklinde bir uygulamanın gelişmesi, hak arama özgürlüğünü makul olmayacak şekilde sınırlandıracaktır.[32]

Uzmanlaşma, arabulucuların genel bakış açılarının körelmesine yol açabilir. Zira, spesifik bilgi, insan zihninde ön plana çıkarak genel bilgiyi ötelemektedir. Uzmanlık bilgisi, arabulucuların uyuşmazlıklara tabiri caizse "at gözlüğü" ile bakmasına yol açabilir. Şöyle ki, uzman arabulucunun geçmiş tecrübeleri onun için sınır oluşturabilir. Uzmanlaşma sürecinde o alanla ilgili sorunlarda gördüğü geçmiş çözümlere odaklanması arabuluculuğu akamete uğratabilir. Arabulucu her ne kadar uzman olsa ve pek çok tecrübe biriktirmiş olsa da, arabuluculukta çözüm için sonsuz seçenek olduğu bilinciyle sürece yaklaşmalı; zamanın gereklerine ve tarafların özelliklerine özgün çözümlerin düşünülmesini sağlamak üzere süreci yönetmelidir. Bu çerçevede, uzman arabulucuların kendi tecrübeleriyle süreç yönetimini sınırlandırma ihtimali başka bir handikap olarak değerlendirilebilir.

Arabulucunun spesifik uzmanlığı dolayısıyla, tarafların sürecin tüm sorumluluğunu arabulucunun omuzlarına yüklemeleri ihtimali, uzman arabuluculuğa ilişkin bir başka kuşkulu hususdur[33]. Taraflar,

---

3170; Cenk Akil, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler", Y.11, S.41, 2020, TAAD, ss. 307-324; Ermenek, 2021, s. 76-82; Elif Irmak Büyük, "Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi", Haziran 2021, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2/ 1, ss. 777-797; Harun Eryiğit, "Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti", Ocak 2021, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7 / 2, ss. 259-288; Tanrıver, 2022, s. 155 vd.

31 Levent Akın, "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", 2020 10(1), Sosyal Güvenlik Dergisi (Journal of Social Security), ss. 1-18.

32 İbrahim Ermenek, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi", Vol.46, No.4, 2020, Yargıtay Dergisi, s. 1045; Zeynep Bahadır, "Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usuli Sorunlar", 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu, 2021, Asos Yayınevi (https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2021/asoshukuk_tam_metin_kitabi.pdf, S.e.t. 20.03.2022), s. 394.

33 Alexander, s. 108.

arabulucunun uzman olmasına güvenerek sürece etkin katılmak yerine, arabulucunun uzmanlığını bir sihirli değnek gibi görerek uyuşmazlığı çözmesi beklentisi içine girebilirler. Arabulucunun uzman sıfatıyla çözüm süreci için gerekli bilgilere zaten sahip olduğu varsayımına dayanan taraflar, arabulucuya uyuşmazlığa ilişkin yeterli açıklama yapmayabilirler. Yahut arabulucunun aynı sektörde faaliyet göstermesi hâlinde bu bilgilerin aleyhlerine kullanılabileceği şüphesiyle çözüm için gerekli bilgileri vermekten imtina ederek saklayabilirler. Arabulucunun bu sebeple sürecin başında arabuluculuğun iradilik, gizlilik, tarafsızlık gibi temel ilkelerini taraflara tam olarak yansıtması gerekir. Arabuluculukta tarafların etkin katılımı sağlanmadan olumlu sonuç alınması güçtür. Bu sebeple uzman arabuluculukta, spesifik uzmanlık bilgisi ile arabuluculuğa ilişkin tekniklerin orantısal kullanımı, arabuluculuğun başarısı bakımından temel kurallardan birisi olarak kabul edilmelidir.

Alan uzmanı arabuluculara göre, herhangi bir uzmanlık sahibi olmayan arabulucular, kendilerini birer katalizör gibi görerek, taraflarda arabuluculuk sürecini keşfetmeye ve çözüm için merak uyandırmaya yönelik çaba uyandırırlar. Uzman arabulucuların taraflara karşı üstenci bir yaklaşım sergileyebildikleri; taraflarla iletişimlerinde direktif içeren ifadeler kullanabildikleri; yer yer uzmanlıklarını taraflara yansıtmaya/dayatmaya çalıştıkları belirtilmektedir.[34] Ancak, bu olasılıklara karşın uzmanlığın, arabuluculuk açısından olumsuz değerlendirilmemesi, uyuşmazlığın ve tarafların özellikleri bakımından arabulucuların yeteneklerini kullanarak en uygun yaklaşım yöntemini sergilemesi gerekir. Tarafların sürece güvensizlik duyduğu hâllerde arabulucunun uzmanlığını vurgulaması, üstenci bir yaklaşımla iletişim sürecinde hâkimiyet sağlayarak, sürece inancı artırması uygun bir teknik olarak kabul edilebilir. Önemli olan bu farklı yaklaşım yöntemlerinin uygun zamanda ve dozda kullanılmasıdır. Aksi halde, kullanılan teknikler tarafların arabuluculuktan soğumasına, süreci faydasız görmelerine neden olabilir. Keza, arabulucunun uzmanlığı sebebiyle spesifik bir alana yoğunlaşması, geniş bir yelpazede çözüm önerilerinin geliştirilmesine de engel teşkil edebilir.

Uyuşmazlık konusunda uzmanlık bilgisi sahibi olma, kolaylaştırıcı arabuluculuk yönteminde arabulucuların daha temkinli bir şekilde süreci yürütmelerine yol açmaktadır. Şöyle ki, arabulucu sahip olduğu uzmanlık bilgisiyle tarafların haklarına ilişkin hukukî değerlendirme yapmaya yoğunlaştığından uyuşmazlığın çözümünü sağlayacak menfaatlerin tespitinde güçlük yaşayabilir. Arabulucunun hak temelli hukuk uzmanlığı, uyuşmazlıkta haklı - haksız ayrımı yapmasına ve bu sebeple tarafsızlık ilkesine gölge düşmesine yol açabilir.[35] Keza, uzman arabulucunun uygulama alanına ilişkin tecrübelerini arabuluculuğa

[34] Alexander, s. 106.

[35] Dür, s. 434.

kalıplaşmış şekilde aktarması da, her bir arabuluculuk sürecinin özgün bir şekilde yönetilmesine engel olur. Tarafların çözüm seçeneği üretmelerine ilişkin tasarruflarını sınırlandırarak; kendi kaderlerini kendilerinin belirlemesi ilkesinin bertaraf edilmesine de yol açabilir.

Türkiye'de uzmanlık eğitimleri bakımından, uzmanlık alanının hukukî boyutunun eğitimlerde öne çıkması, teknik ya da uygulamaya ilişkin hukuk disiplini dışındaki hususların arka planda kalması diğer bir sakıncadır. Eğitimlerde, tarafların maddi hukuktaki haklarının yanı sıra olası menfaatleri üzerinde de durulmalı, uzmanlık alanına özgü olarak taraf menfaatlerini tespit etmek için kullanılabilecek yöntemler araştırılmalıdır. Örneğin inşaat uyuşmazlıklarında uzman arabuluculuk eğitiminde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukukî boyutunun yanı sıra bu sözleşmelerin uygulanmasında etkili olan, demir, beton, işçilik maliyetleri, arsa ile maliki arasındaki duygusal bağ gibi o uyuşmazlık türüne özgü menfaatlerin neler olabileceği değerlendirilmeli; arabuluculuğun doğası bakımından gerekli teknik eğitim konularına ayrı bir önem verilmelidir. Bu alanda uzmanlaşmak isteyen arabulucuların takip etmesi gereken sektör yayınları, istatistiki bilgiler aktarılmalı; güncel gelişmelerin öğrenilmesini sağlayacak yöntemler üzerinde durulmalıdır. Zira, arabulucular hâkimler gibi uyuşmazlığı karara bağlamak için gerekli olan maddi hukuk bilgisinden ziyade tarafların menfaatleri çerçevesinde kazan-kazan ilkesine hizmet edecek menfaat temelli çözüm seçeneklerine ulaşılmasını sağlayacak özel uzmanlık bilgisine sahip olmalıdırlar.[36] Taraf vekillerinin arabulucu seçiminde arabulucunun empati yeteneği, dürüstlüğü, uyuşmazlıkla ilgili hukukî ve teknik bilgisi, sebatkârlığı gibi özelliklerini dikkate almaları önerilmektedir.[37]

Genel arabuluculuğa göre daha fazla gider ve çabayla kazanılan uzman arabulucu sıfatı, mesleki tatmine ilişkin beklentileri de artırmaktadır. Uzman arabulucuların faaliyetlerinden genel arabuluculara nazaran daha fazla gelir ve menfaat elde etmeyi beklemeleri doğaldır. Uzman arabuluculukta, arabuluculuk ücretlerinin genel arabuluculuğa göre daha yüksek olması gerekir. Bu bağlamda, özel uzmanlık alanlarına uygun ücret tarifesi hazırlanmalıdır.

Toplumsal ve teknolojik gelişmeler, sürekli yeni uzmanlık alanlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bir uzmanlık alanının bölünmesi, alt dallara ayrılması mümkündür. Bu durum, arabulucuların kendisini yenilemesi ve geliştirmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede, uzmanlık alanlarının kesin sınırlarının çizilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bir alandan alt uzmanlık alanlarının çıkması hâlinde, uzman arabulucuların yeni alanlarda nasıl konumlanacağı, tercih yapmaya zorlanmaları ayrı bir sorun olabilir.

---

[36] Dür, s. 423.

[37] Goldberg/ Shaw s. 416.

III. ARABULUCULARIN UZMANLIK ALANLARINA GÖRE UYUŞMAZLIKLARI GÖRMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE BUNA BAĞLANAN SONUÇLAR

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk tanımı yapılırken arabuluculuğun "uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi"nin katılımıyla yürütülen çözüm yöntemi olduğu belirtilmiş; arabulucunun uzmanlık eğitimi aldığına dikkat çekilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 2,1/b'de geçen uzmanlık eğitimi, belirli bir uyuşmazlık türüne ilişkin olmayıp, müzakere süreçleri ve iletişim becerilerini konu alan arabuluculuk yönteminin kendisi hakkındaki uzmanlıktır. Keza, kanunda, arabulucu olmak için, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak şartı aranmakta; buna karşılık belirli bir uyuşmazlık alanına ilişkin uzmanlığa sahip olmak şartı yer almamaktadır.[38] Doktrinde de arabulucuların taraflara hukukî bilgi ve tavsiye sunamamasından hareketle somut uyuşmazlık bakımından uzman olmaları gereğinin aranmadığı görüşü savunulmaktadır.[39] Dolayısıyla, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bir arabulucunun, arabuluculuk yapabilmesi için belirli bir uyuşmazlık türünde uzman olması bir şart olarak düzenlenmemiştir. Hâli hazırda bir uyuşmazlık alanında uzmanlık sahibi olma gereği arabulucunun nitelikleri arasında düzenlenmiş değildir. Ancak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndaki düzenlemeler esas itibariyle ihtiyari arabuluculuğa ilişkin olduğundan, kanun koyucu ihtiyari arabuluculukta arabuluculuk yapabilmek için uzmanlaşma şartı aramamaktadır. Buna karşılık, dava şartı arabuluculukta uzmanlaşma esası kabul edilmiştir. Şöyle ki, dava şartı arabuluculukta görevlendirme alabilmek için bu hususstaki listede kayıtlı arabulucu olmak gerekir (HUAK m. 18/A). Listelere kayıtlı olmak için de uzmanlık eğitimi alma şartı aranmaktadır. Özel uzmanlık alanlarına göre uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle giderilmesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin özel bir türüdür.

7036 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 6'ya eklenen 3'üncü fıkrada, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na verilmiştir. Daire Başkanlığı'nın uzmanlık esasına ilişkin düzenlemeleri idarenin düzenleyici işlemi

[38] Türkiye'de arabulucuların büyük bir kısmı avukat olmakla beraber, Avukatlık Kanunu'nda uzmanlaşamaya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna mukabil, avukatlık mesleğinde reklam yasağı çerçevesinde uzmanlık alanların belirtilmesi uygun bulunmaktadır. Avukatlar fiilen belirli bir uyuşmazlık alanında uzmanlaşsalar dahi hukuken uzmanlığını ortaya koyabilmesi ya da belgeleyebilmesi mümkün değildir.

[39] Kekeç, s. 218; Seda Özmumcu, "Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", 2013 C: LXXI, S: 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 1372

olarak kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Daire Başkanlığı'nın uzmanlaşmaya ilişkin düzenleyici idari tasarrufları, kanuna ve Anayasaya uygun olarak, hak arama özgürlüğünü koruyan ve adalete erişimi kolaylaştıran düzenlemeler olmak durumundadır. Daire Başkanlığı uzmanlık alanlarına ilişkin düzenlemelerle arabuluculukta kaliteyi ve etkinliği artırmayı amaçlamaktadır. Anılan düzenlemeler, kanundaki yetkiye dayandığından şekil açısından uygundur.

Ancak, dava şartı arabuluculukta uyuşmazlığın dâhil olduğu uzmanlık alanının belirlenmesi ve uzman olmayan arabulucuların görevlendirilmesinin adalete erişim hakkının sınırlandırılması bakımından değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki; arabulucuların uzmanlık alanlarına göre uyuşmazlıklara bakmaları, özel görevli mahkemelerin dava ve işlere bakmasına; bir anlamda mahkemeler arasındaki görev ilişkisine benzetilebilir. Görev, Anayasa uyarınca kanunla düzenlenir. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup dava şartıdır. Davaya bakan mahkeme görevli olup olmadığını re'sen dikkate alır ve taraflar da yargılamanın her aşamasında görev itirazında bulunabilir. Fakat, arabuluculuk bir yargılama olmadığı için bu konuda tam bir kıyas yapılamaz. Ayrıca, uzmanlık alanlarının mahkemelerin görevine kıyasen belirlenmesi, uyuşmazlığın çözümünde kullanılan yöntemlerin farklılığı, hâkim ve arabulucuların nitelik ve özellikleri sebebiyle de yerinde değildir.

Dava şartı arabuluculuk, bir adalete erişim yöntemi olmakla birlikte, devlet mahkemelerinde doğrudan dava açılmasını engellediğinden hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaktadır[40]. Hak arama özgürlüğü, Anayasa'da özel bir sınırlandırma hâlleri düzenlenmediğinden, Anayasa'nın 13'üncü maddesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ise, hakkın özüne dokunulmaması, sınırlandırmanın ölçülü olması ve meşru bir amacın varlığı hâlinde, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılabileceği; bu esasları aşan sınırlandırmaların hak arama özgürlüğünün ihlaline yol açacağı kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ihlâl etmediğine karar vermiştir[41]. Bu noktada, dava şartı arabuluculukta, genel ve özel uzmanlık alanlarının belirlenmesi sonrası, bu alanlardaki listelerden arabulucuların görevlendirilmesini hak arama özgürlüğü ve adalete erişim bakımından değerlendirmek gerekir.

İhtiyari arabuluculukta, uzman arabulucu olmak zorunluluğu bir şart olarak açıkça kanunda düzenlenmemiştir. Ancak, arabulucunun bir uzmanlık alanı varsa bu husus listede belirtilecektir. İhtiyari arabuluculukta tarafların uyuşmazlığın niteliğine göre uzman

[40] Ersin Erdoğan, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", 2017, C. 14, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s. *55*.

[41] AYM. T. 11.7.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 K. (RG., 11.12.2018, S., 30622).

arabulucuya başvurmaları zorunlu değildir; tarafların genel arabuluculuk veya uzman arabuluculuk listelerinden herhangi bir arabulucuyu seçebilmeleri mümkündür.

Dava şartı arabuluculukta ise, süreçte görev alacak arabulucular kanunla sınırlandırılmıştır. Dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk türüne göre arabulucuların listelere kayıtlı olması düzenlenmiştir. Genel uzmanlık alanları olan iş, ticari ve tüketici uyuşmazlıkları bakımından, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A,3 ve 5 hükümlerinde dava şartı arabuluculuk alanında arabuluculuk yapmak isteyen arabulucular için tutulacak listeler düzenlenmiştir. Buna göre, "*Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri,* ***varsa uzmanlık alanlarını*** *da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir..... Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir.*"

Kanun'da, dava şartı arabuluculuk bakımından listeye kayıtlı bir arabulucunun atanma veya taraf seçimiyle belirlenmesi şartı öngörülmüştür. Dava şartı arabuluculukta, tarafların, listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir (HUAK m. 18/A). Bu kuralın mefhumu muhalifinden tarafların listede yer almayan bir kişiyi arabulucu olarak seçmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir[42]. Büronun dava şartı arabuluculuk kapsamında yapılan bir başvuru hakkında ilgili listede yer almayan bir arabulucuyu görevlendirmemesi gerekir. Buna göre, dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlıkta görevlendirilecek olan arabulucunun, ilgili uyuşmazlık alanında uzmanlığına ilişkin sertifikasının olması[43] ve bu hususta listeye kayıtlı olması zorunludur. Listeye kayıtlı olmayan bir arabulucunun, taraflar üzerinde anlaşmış olsa da arabulucu olarak görevlendirilmesi mümkün değildir.[44] Doktrinde, dava şartı arabuluculukta, uyuşmazlığın türü bakımından ilgili uzmanlık listesinde kayıtlı olamayan arabulucularla arabulucu sözleşmesi akdedilemeyeceği; aksi halde, kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle arabulucu sözleşmesinin kesin hükümsüz olacağı; keza, dava şartının gerçekleştirilmemiş olacağı ifade edilmektedir.[45]

---

[42] Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 s. 150.

[43] Ermenek, 2020, s. 120.

[44] Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 311.

[45] Emel Badur, "Arabulucu Sözleşmesi", C.15, S.162, Y.2020, Terazi Hukuk Dergisi, s. 251.

Dava şartı arabuluculuk kamu düzenine ilişkin olduğu için, uygulamada arabulucular, görev aldıkları uyuşmazlığı hukukî olarak vasıflandırarak bu uyuşmazlıkların, dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını re'sen değerlendirmişlerdir. Bu bağlamda, arabulucular, uyuşmazlığın arabulucuya başvuru zorunluluğu kapsamında olmadığı kanaatine vardıkları hâllerde, uyuşmazlıkları "sehven yapılmış başvuru" olarak nitelendirerek arabuluculuk sürecini kendiliklerinden sona erdirmişlerdir. Ancak Yönetmelikte, sehven kaydın nasıl belirleneceği açıkça düzenlenmemekle birlikte, arabuluculuk sürecinin sehven kayıt nedeniyle sona erdirilmesi hâllerinde arabulucuya anlaşmama sebebiyle Bakanlık bütçesinden ücret ödenmeyeceği belirtilmektedir (HUAKY m. 26,3). Doktrinde, tasarruf ve taleple bağlılık ilkesi gereği, taraf iradesine aykırı bir şekilde, başvuru konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa tâbi olmadığı gerekçesiyle arabulucu tarafından sehven kayıt suretiyle arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi eleştirilmektedir.[46]

Öte yandan, açılan davada, mahkeme, uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını, dava şartı kapsamında ise arabuluculuk son tutanağının mahkemeye sunulup sunulmadığını gözetmelidir. Doktrinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 115,1 uyarınca, mahkemelerin arabuluculuk sürecinin usulüne uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini de re'sen denetlemesi gerektiği belirtilmiştir.[47] Keza, dava şartının yerine getirildiğinin tespiti ve yerine getirilmemişse, yapılacak işlemlerle ilgili Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A hükmünden hareket edilmesi hususuna da dikkat çekilmektedir.[48] Dava açmazdan evvel arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olduğu ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunluluğundan hareket edilerek mahkemenin inceleme yetkisinin kapsamı belirlenmelidir. Mahkeme, uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını[49]; bu uyuşmazlığa ilişkin

---

46 Ermenek, 2020, s. 1052.

47 İlhan Dinç, Ticari Davlarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 407; Seyhan Selçuk, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı", 8.16, (2020), Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1201.

48 Selçuk, s. 1202.

49 Uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında olmamasına rağmen, tarafların kapsamındaymış gibi arabuluculuğa başvurdukları hâllerde, Dinç'e göre, arabuluculuğa başvurulmasından kaynaklanan arabuluculuk ücreti ve diğer masrafların arabuluculuğa başvuran tarafça karşılanması gerekir. Zira, arabuluculuğa ilişkin giderlerin yargılama gideri sayılması hakkındaki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A ,13-14 hükümleri, dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlık bakımından uygulama alanı bulur. Dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin açılan dava aleyhine sonuçlanan davalıya, arabuluculuk ücretinin yargılama gideri olarak yüklenmesi mümkün değildir. Kanunî zorunluluk olmamasına rağmen arabuluculuğa başvuran davacının bu başvurusu sebebiyle ortaya çıkan arabuluculuk giderinin davacıdan alınarak Hazineye gelir kaydedilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

olarak arabuluculuk son tutanağının tutulup tutulmadığını, tutanakta belirtilen tarafların, davanın tarafı olup olmadığını; süreci yönetenin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca arabulucu sıfatı taşıyıp taşımadığını denetlemelidir. Kanaatimizce bunun dışında sürece ilişkin ayrıca araştırma yapma yetkisi ve görevi bulunmamaktadır. Zira, dava şartı arabuluculuğa başvurmak zorunlu olduğundan, tarafların kendi kusuru dışında süreçte meydana gelen usulsüzlükler sebebiyle dava şartının sağlanmadığı sonucuna varmak hak arama özgürlüğünün kullanılmasının önüne geçmek olur. Diğer taraftan, dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle tarafların yeniden arabuluculuğa başvurmak mecburiyetinde bırakılması, zaman kaybına ve masrafa yol açarak, usûl ekonomisine aykırı olacaktır.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı da, arabuluculuk bürosuna yapılan başvuruda belirtilen nitelikten daha farklı bir niteliğe sahip olan (örneğin ticari uyuşmazlık olarak nitelendirilen ama daha sonra tüketici uyuşmazlığı olduğu anlaşılan) dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk sonunda anlaşmama belgesi tutulmuşsa, dava şartının yerine getirilmiş sayılacağına ilişkin görüş bildirmiştir: "*Bir uyuşmazlıkla ilgili yapılan arabuluculuk başvurusunun, gerek ticari, gerek iş ve gerekse tüketici uyuşmazlığı adı altında yürütülüp, görüşme sonunda anlaşmama olarak sonlandırılmasının ardından, o uyuşmazlıkla ilgili, arabuluculuk süreci tamamlanmış olacağından, açılacak olan dava, hangi görevli mahkemede açılırsa açılsın, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili dava şartının yerine getirilmiş olacağı, bu şekilde yapılacak değerlendirmenin usul ekonomisi de uygun olacağı düşünülmektedir*." [50]

Aynı durumun, özel uzmanlık alanları bakımından da ortaya çıkması mümkündür. Özel uzmanlık alanına ilişkin listede yer almayan bir arabulucunun, dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlıkta, özel uzmanlık alanına ilişkin farklı değerlendirme yapılarak, tarafların iradesiyle seçilmesi veya arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilmesi suretiyle arabuluculuk sürecini yürütmesi ihtimal dâhilindedir. Bu halde anlaşamama tutanağı tutulursa, bu tutanağın dava şartı arabuluculuk şartını sağlayıp sağlamadığını değerlendirmek gerekir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda dava şartı arabuluculuğa ilişkin olarak listelerde kayıtlı olan uzman arabuluculara başvurma, kanunlarda ayrıca düzenlenmiş olan iş, ticaret ve tüketici hukuku uyuşmazlıkları bakımından zorunludur. Buna karşın, özel uzmanlıklara ilişkin spesifik dava şartı uzmanlık düzenlemesi bulunmadığından özel uzmanlık alanlarındaki listelere kayıtlı arabulucuların görevlendirilmesinin zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, hem dava şartı hem de özel uzmanlık alanında bir

---

Bölge Adliye Mahkemelerinin kararları da bu yöndedir. Bkz. Kayseri BAM 6. HD. 05.06.2020, E. 2020/350, K. 2020/412 (Dinç, s. 419).

[50] https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/5320211164348adbg%C3%B6r%C3%BC%C5%9F1.pdf (S.e.t. 01.06.2021).

uyuşmazlığın, ilgili dava şartı alanına ilişkin uzmanlık listesine dâhil bir arabulucu tarafından görülmesi yeterli sayılmalı; özel uzmanlık listesine kayıtlı olma arabuluculuğun geçerliliği için şart olarak aranmamalıdır. Özel uzmanlık alanındaki bir uyuşmazlıkta, o alanda uzmanlığa sahip olmayan bir arabulucunun arabuluculuk sürecini yürütmesi hâlinde, tutulan anlaşamama tutanağını hâli hazırdaki mevzuat bakımından geçersiz sayarak tarafları tekrar arabuluculuk sürecine başvurmak durumunda bırakmak adalete erişimi zorlaştıracak[51]; hak arama özgürlüğüne ölçüsüz bir sınırlama getirecektir. Diğer taraftan Türkiye'nin her yerinde özel uzmanlık alanında arabulucu bulmak her zaman mümkün olamayabileceğinden, tarafların uzman arabuluculara erişmek için daha fazla masraf yapması ve zaman harcaması gerekebilecektir. Bu bağlamda, dava şartı arabuluculuk genel uzmanlık alanları dışında özel uzmanlık alanlarında uzman arabuluculara başvurulmaması süreci geçersiz kılmamalıdır.

IV. UYUŞMAZLIĞIN TÂBİ OLDUĞU ARABULUCULUK TÜRÜNE GÖRE ARABULUCUNUN GÖREVLENDİRİLMESİ

A. İHTİYARİ ARABULUCULUKTA ARABULUCUNUN GÖREVLENDİRİLMESİ

Taraflar, içine düştükleri uyuşmazlığı dava açmadan çözmek istiyorlarsa ihtiyari arabuluculuk yöntemine başvurabilirler. Bu yöntemde, tarafların arabuluculuğa başvurmaktaki amacı dava açma şartını sağlamak değil; tam tersine uyuşmazlığı mahkemeye yansımadan çözmektir. İhtiyari arabuluculukta, arabulucunun uyuşmazlık konusunda uzman olması şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla, sicile kayıtlı herhangi bir arabulucu tayin edilebilir.

Taraflar ihtiyari arabuluculuğa başvurmuşlarsa, sicile kayıtlı herhangi bir arabulucuyu aralarındaki uyuşmazlığı çözümlemek üzere arabulucu olarak seçebilirler. Bu şekilde başlayan bir arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmasının hukukî sonuçlarının değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle liste dışından bir arabulucu süreci yürüttüğü için Yönetmeliğin 24'üncü maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde bir görevlendirme söz konusu olmayacak ve ilgili arabulucu iki saatlik ücret tutarının Tarifenin Birinci Kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenmesini talep edemeyecektir. Bu durumda ücretin tamamını tarafların ödemesi gerekir.

Bu ihtimalde, arabulucunun tuttuğu son tutanakla taraflardan birinin dava açması hâlinde dava şartının yerine getirilip getirilmediği ayrıca tartışılmalıdır. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerde arabulucunun bu hususta uzmanlık alanı listesine kayıtlı olmamasının

[51] Bahadır, s. 394.

hukukî sonucu açıkça düzenlenmiş değildir. Büroların listeden görevlendirmesi düzenlemesinin temelinde, genel olarak dava şartı arabuluculuk sürecinin ve özel olarak arabulucuların ve arabulucu ücretlerine ilişkin uygulamaların denetlenmesini sağlamak olduğu söylenebilir. Tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için ihtiyari arabuluculuğa başvurduğu, anlaşarak arabulucuyu seçtiği ve anlaşamadığı[52], arabulucunun ücretini ödediği; dava açmak istediklerinde uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunun tespit edildiği hâllerde, anlaşamamalarına ilişkin tutanağın arabulucuya başvurma zorunluluğuna ilişkin dava şartını sağladığı kabul edilmelidir. Bu halde, tarafların seçtiği arabulucunun, dava şartına ilişkin uyuşmazlık konusuna göre uzmanlık listesine kayıtlı olmaması sebebiyle, davanın usulden reddedilmesi, tarafların yeniden arabulucuya başvurmak zorunda bırakılması hâlinde hak arama özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırılması sonucu doğar.

B. DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA ARABULUCUNUN GÖREVLENDİRİLMESİ

Arabuluculuk sürecine gönüllü olarak başvurmayan ve dava açmak isteyenlerin ise, uyuşmazlıkları dava şartı kapsamındaysa öncelikle arabuluculuğa başvurmaları zorunludur. Taraflar bu zorunluluğu çeşitli şekillerde öğrenebilirler. Bunlara örnek olarak, vekillerinin yönlendirmesi, arabuluculuğa başvurmadan açtıkları davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesi, kendilerinin bu hususta bilgi sahibi olması hâlleri verilebilir. Ancak, hukukçu olmayan kişilerin dava şartı arabuluculuğun kapsamına giren uyuşmazlıkları bilmesi ve bu hususta bir değerlendirme yapması güçtür. Ülkemizde hukuk yargılamasında kural olarak vekille temsil zorunluluğu bulunmadığından, bireylere iş, tüketici ve ticari uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuğa ilişkin değerlendirme yapma mecburiyeti getirilmesi hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bireylerin bu zorunluluğu bilmemelerinden kaynaklı masraflara katlanması, bir diğer sınırlamadır. Bu durum karşısında, dava şartı arabuluculuk uygulamasında bireylerin hak kaybına uğramalarını engelleyecek bir sistem kurgulanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Arabuluculuk büroları, tarafların uyuşmazlığa ilişkin nitelendirmesine göre arabulucu atamasını gerçekleştirmektedir. Doktrinde de, arabuluculuk bürosunun başvuru hakkında şeklî hususlar

[52] Bir uyuşmazlığa ilişkin olarak ihtiyari arabuluculukta tarafların anlaşması hâlinde, ise ne dava açmaları ne de dava şartı arabuluculuğa başvurmaları mümkündür. Açılan davanın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18,5 uyarınca reddedilmesi; dava şartı arabuluculuk başvurusunun ise, daha önce yapılmış bir anlaşmanın varlığı gerekçe gösterilerek, dosyanın sehven kayıt şeklinde kapatılması gerekir. Bkz. Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın 05.03.2021 tarihli görüşü https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/53202116482922.pdf (s.e.t. 01.06.2021).

dışında işin esasıyla ilgili inceleme yapamayacağı; yetkisini veya uyuşmazlığın niteliğini, böyle bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ya da zorunlu arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığını inceleyemeyeceği; temel işlevinin organizasyon merkezi olduğu ifade edilmektedir.[53] Keza, arabuluculuk bürosunun, kendisinin yetkili olmadığını veya uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını ya da zorunlu arabuluculuk kapsamında bulunmadığını tespit etse dahi, başvuruyu işleme koyması gerektiği kabul edilmektedir.[54] Çünkü, idari bir birim olan arabuluculuk bürosunun uyuşmazlığın tâbi olduğu uzmanlık alanını belirlemesi, yargısal bir yetkinin kullanılması sonucunu doğuracak[55] ve fonksiyon gaspına yol açacaktır. Bir uyuşmazlığa ilişkin vasıflandırma yaparak, o uyuşmazlığın tâbi olduğu uzmanlık alanını belirlemek mahkemelerin görevidir. Bu sebeple, arabuluculuk bürolarının yetkisini uyuşmazlık konusunu vasıflandırmak biçiminde genişletmek yargı yetkisinin idari bir organa devri anlamına geleceğinden kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de çatışır. Bu noktada mahkeme içi arabuluculuk bu tür sorunların ortaya çıkmasını engelleyebilir. Dava açılıp, bu davada esasa girmeden hâkimin yapacağı vasıflandırmaya göre uzmanlık listelerinden arabulucuların atanması düşünülebilir. Ancak, mahkemelerde dava açılması zaman ve emek kaybıyla, masrafa yol açacaktır.

Uygulamada, arabuluculuk başvuruları matbu formlar kullanılarak yapılmakta; bu formları dolduran taraf uyuşmazlığın niteliğine ilişkin belirleme yapmaktadır. Arabuluculuk bürosu da bu hususta değerlendirme yapmaksızın belirlenen alana göre listeden uzman görevlendirmektedir. Dava şartı arabuluculuk uygulaması, arabulucunun görevlendirildiği dosyalarda hukukî bir değerlendirme yapmasını zorunlu kılmaktadır. Arabulucunun öncelikle uyuşmazlığın iş, ticari veya tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin dava şartı kapsamına girip girmediğini; bu alanlardan hangisinin kapsamındaysa o alandaki listeye kayıtlı olup olmadığını gözetmek durumundadır. Bu değerlendirmeden sonra arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde görev alabilir ya da dosyayı iade ederek görevden çekilme kararı verebilir[56].

Uygulamada görevlendirilen arabulucu, uyuşmazlığın kendi uzmanlık alanına girmediği kanaatindeyse, dosyayı büroya iade etmekte; bu suretle yeni bir uzman atanmaktadır. Ancak, bu uygulamaya ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Lakin Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın bu hususta yaptığı açıklama[57] uyarınca Hukuk Uyuşmazlıklarında

---

53 Ekmekçi/Ozekes/Atalı/Seven, s. 165-166; Bahadır, s. 391.

54 Ekmekçi/Ozekes/Atalı/Seven, s. 166; Bahadır, s. 391.

55 Bahadır, s. 391.

56 Ermenek, 2020, s. 1029.

57 https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/26220211511134Bir%20Uyu%C5% 9F m azl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20Dava%20%C5%9Eart%C4%B1%20Kapsam%C4%B1nda

Arabuluculuk Kanunu'na göre arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisine sahip olan arabulucunun, mesleki kıdemi, almış olduğu arabuluculuk temel eğitimi ve uzmanlık eğitimi doğrultusunda uyuşmazlık türü ile ilgili hukukî değerlendirme yaparak söz konusu uyuşmazlık türünün hangi hukukî alana girdiğini (Ticaret, İş ve Tüketici Hukuku) tespit etmesi; uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında hukukî değerlendirme yaparak, ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığına karar vermesi ve ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmadığını tespit etmesi hâlinde tutanakta bu durumu gerekçeleriyle birlikte belirtilmesi gerekmektedir.

Arabulucunun, görevlendirildiği uyuşmazlığın niteliğini belirleyerek, dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını değerlendirmesi, bir mahkemenin açılan davada görevli olup olmadığını değerlendirmesine nazaran oldukça güçtür. Çünkü, arabulucunun sürecin başında uyuşmazlığın niteliğini belirlerken kullanabileceği tek malzeme, büro tarafından kendisine gönderilen başvuru evrakıdır. Bu başvuru dava dilekçesindeki gibi uyuşmazlığa ilişkin ne vakıaları ne de talebi içermektedir. Arabulucunun uyuşmazlığın niteliğini belirleyebilmesi çoğu zaman taraflarla yaptığı görüşmeler neticesinde mümkün olabilmektedir.[58] Arabulucunun bu halde yapması gereken değerlendirme, bir mahkemenin açılan bir davada görevli olup olmadığına ilişkin yaptığı değerlendirmeyle benzerlik göstermektedir.

Doktrindeki[59] bir görüşe göre, arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını araştırma yetkisi yoktur. Bu görüşe dayanak olarak, arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmaması, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı sorunun yargısal bir sorun olduğu ve davaya bakan mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerektiği, arabulucunun böyle bir değerlendirme yapmasının arabuluculuk kurumunun ruhu ile bağdaşmadığı ve böyle bir uygulamanın arabulucunun, idari, cezaî ve hukukî sorumluluğunu da gerektirebileceği belirtilmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabulucunun süreci sona erdirmesi gereken hâller arasında uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi düzenlenmiştir (HUAK m. 17, 1-d). Keza Kanun'un kapsam hükmünde, bu Kanun'un yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirtilerek (HUAK m. 1,2) kanunu uygulayan arabuluculara arabuluculuğa elverişlilik incelemesi yapma görev ve yetkisi verilmiştir. Bu çerçevede, anılan görüş uyarınca, arabulucunun

---

%20Olup%20Olmad%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Ve%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1k%20T%C3%BCr%C3%BCn%C3%BCn%20Belirlenmesine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20G%C3%B6r%C3%BC%C5%9F.pdf ((S.e.t. 01.06.2021).

[58] Ermenek, 2020, s. 1040.

[59] Ermenek, 2020, s. 1041-1043; Bahadır, s. 393.

uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını değerlendirme yetkisi ve görevi bulunmamaktadır. Bu görüşe göre arabulucu sadece uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını inceleyecektir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, uyuşmazlığın niteliğine göre dava şartı arabuluculuk türünün belirlenmesi usulü, arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamına girip girmediğine ilişkin değerlendirme yapması, kapsamda değilse nasıl hareket etmesi gerektiği açık bir hükümle düzenlenmiş değildir. Hukuk yargısında, uyuşmazlığın özel veya genel mahkemelerden hangisi tarafından görüleceği, görev sorunu olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık uyuşmazlığın hangi yerdeki mahkeme tarafından görüleceği yetki sorunudur. Anayasa'nın 142'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Görev kuralları ile kesin yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olup, mahkemeler tarafından re'sen gözetilir. Bu durum, tabii hâkim ilkesinin, adil yargılanma hakkının ve hukuk devletinin gereğidir. Adil yargılanma hakkı tabii hâkim ilkesi çerçevesinde yargılamaların kanunî, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yapılmasını teminat altına almak üzere yargılama konusu ortaya çıkmadan önce ve kanunla yargılamanın yapılacağı mahkemenin düzenlenmesi gerekir.

Yargısal faaliyet bakımından geçerli olan bu ilkeleri arabuluculuk bakımından tam olarak uygulamak mümkün değildir. Zira, arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değildir. Ancak, uyuşmazlığın çözümü bakımından benzeyen yönleri bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki, her ne kadar bir yargısal faaliyet olmasa da adli hizmet kapsamında değerlendirilen arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucuların bağımsız ve tarafsız olması, ilgili sicile kayıtlı olması kanunî bir zorunluluktur. Yetki açısından ise arabulucuyu görevlendiren arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A uyarınca arabuluculuk bürosunun yetkisi arabulucu tarafından re'sen dikkate alınmaz; ancak tarafların itirazı üzerine sulh hukuk mahkemesi tarafından incelenebilir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, bir uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı ve uyuşmazlık türünün belirlenmesine ilişkin görüşünü, 20.02.2021 tarihinde internet sitesi üzerinden açıklamıştır[60]. Görüş şu şekildedir: "*6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucuyu; hukuk fakültesi*

[60] https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2622021151134Bir%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20Dava%20%C5%9Eart%C4%B1%20Kapsam%C4%B1nda%20Olup%20Olmad%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Ve%20Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1k%20T%C3%BCr%C3%BCn%C3%BCn%20Belirlenmesine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20G%C3%B6r%C3%BC%C5%9F.pdf ((S.e.t. 01.06.2021).

mezunu, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip olan ve arabuluculuk faaliyetini yürüten gerçek kişi olarak tanımlamıştır. Bu itibarla, Arabuluculuk Kanunu uyarınca arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisine sahip olan arabulucunun, gerek mesleki kıdemi, gerek almış olduğu arabuluculuk temel eğitimi ve gerekse uzmanlık eğitimi doğrultusunda uyuşmazlık türü ile ilgili hukukî değerlendirme yaparak söz konusu uyuşmazlık türünün hangi hukukî alana girdiğini (Ticaret, İş ve Tüketici Hukuku) tespit etmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, arabulucularımız, Arabuluculuk Kanununda belirtilen söz konusu nitelikleri gereği, arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında hukukî değerlendirme yaparak, ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığına karar vermesi ve ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmadığının tespit etmesi hâlinde tutulacak tutanakta bu durumun gerekçeleriyle birlikte belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca arabulucularımızın, dava şartı kapsamına girmediği çok net olan ve ilk bakışta anlaşılan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında yaptıkları hukukî değerlendirme sonucunda, ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olduğuna karar verip arabuluculuk görüşmelerine devam etmeleri durumunda, emek ve mesailerinin karşılığı olarak arabuluculuk ücretine hak kazanacakları değerlendirilmektedir."

Daire Başkanlığı'nın açıklaması, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 30/1,a uyarınca, arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlama görevine dayandırılabilir. Zira, dava şartı arabuluculukta arabulucuların uyuşmazlığın niteliğine ilişkin değerlendirme yapıp yapmayacağı uygulamada tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaları bertaraf etmek, yeknesak uygulamayı sağlamak gerekmektedir. Dava şartı arabuluculuk hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığından bu hususta düzenlemelerin herhangi bir tartışmaya yol açmayacak açıklıkla ve kanunla yapılması gerekir.

Daire Başkanlığı, arabulucuların görevlendirildikleri uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı ve türü hakkında değerlendirme yapması gereği bulunduğu yönünde açıklama yapmış, arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmadığı sonucuna varması hâlinde gerekçeli bir şekilde tutanak tutması gerektiğini belirtmiştir. Dava şartı kapsamına girmediği açıkça anlaşılanlar hariç olmak üzere, arabulucunun dava şartı kapsamında olduğu kanaatiyle arabuluculuk yaptığı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk ücretine[61] hak kazanacağı belirtilmiştir. Açıklamanın

[61] Buna karşılık arabulucunun dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığına ilişkin tutanak tuttuğu uyuşmazlıklarda bu değerlendirmeyi yapmak üzere sergilediği emeğin karşılığı olarak kendisine herhangi bir ücret ödenmeyecektir. Bazı uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın niteliği belirlemenin önemli bir mesai gerektirdiği düşünüldüğünde arabuluculuk ücreti alınmaması eleştiriye açıktır. Uygulama bakımından arabulucuların açıkça dava şartı kapsamında olmadığı belli olanlar dışındaki uyuşmazlıkları görmeye devam etmeleri kuvvetle muhtemeldir.

yapıldığı tarihte henüz özel uzmanlık alanlarına ilişkin uygulamaya geçilmediğinden bu hususta bir bilgi yer almamaktadır. Ancak, açıklamada dava şartı arabuluculuk türünün belirlenmesi gereği, arabulucuların hukukçu olmasına, temel eğitim ve dava şartı uzmanlık eğitimi almalarına dayandırıldığından, özel uzmanlık eğitimi almış arabulucuların bu hususu da gözetmeleri Daire Başkanlığı'nın açıklamasına uygun bir yorum olacaktır.

Uyuşmazlığın niteliği bakımından arabuluculuğa tâbi olmadığı veya dava şartı uyuşmazlık kapsamında bulunmadığı açık olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk bürosunun arabulucu görevlendirmesi yapmaması suretiyle arabuluculuk giderlerinin azaltılması düşünülebilir. Bunun için, arabuluculuk bürolarında uyuşmazlıkları sınıflandırma bilgi ve becerisine sahip uzman hukukçu personel yetiştirilmeli ve arabuluculuk bürolarının etkinliği arttırılmalıdır. Lakin, uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığının belirlenmesi yargısal bir faaliyet olduğundan, bu hususta arabuluculuk bürosunun karar vermesi sorunludur. Bu halde, Yargı Reformu çerçevesinde uygulamaya geçmesi planlanan hâkim yardımcılarının, uyuşmazlığın niteliği, dava şartına tâbi olup olmadığı, hangi uzmanlık alanına dâhil olduğu gibi hususlarda karar vermek üzere yetkilendirilmesi düşünülebilir. Bürolarda görev alacak hakim yardımcıları hem yargısal yetkiye sahip olacakları için yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin sorun ortadan kalkacak; hem de uyuşmazlığın niteliğine ilişkin sorunlar usûl ekonomisi çerçevesinde çözülebilecektir.

Olması gereken bakımından arabuluculuğun niteliğinin arabulucular tarafından gözetilmesi gereği, uyuşmazlığın dava şartı kapsamına girip girmediğine ilişkin değerlendirmeleri neticesinde verecekleri karar ve bu kararın sonuçlarının kanunla düzenlenmesi gerekir. Zira, dava şartı arabuluculuk hak arama özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Anayasa Mahkemesi bu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiş olmakla birlikte temel kriterleri de çizmiştir. Öncelikle sınırlamanın kanunla yapılması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Arabulucuların bir uyuşmazlığı dava şartı kapsamında olmadığına ilişkin değerlendirmeleri hak arama özgürlüğünün kullanılmasına sınırlama getirmektedir. Mamafih bu düzenlemelerin idarenin düzenleyici işlemi ile değil; kanunla yapılması gereği vardır. İnsan Hakları Eylem Planı ve bu hususdaki uygulama takviminde uygulama sonuçları dikkate alınarak sistemin etkinliğinin artırılması amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun bir yıl içinde gözden geçirileceği belirtilmektedir.[62] Bu kapsamda, dava şartı arabuluculuğun daha kapsamlı bir şekilde düzenlendiği bir kanun

[62] https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3042021071917%C4%B0nsan%20 Haklar %C4%B1%20Eylem%20Plan%C4%B1%20ve%20Uygulama%20Takvimi.pdf (s.e.t. 03.06.2021).

değişikliği yapılması; bu değişiklikte arabuluculukta uzmanlaşmanın daha ayrıntılı düzenlenmesi muhtemeldir.

C. ÖZEL UZMANLIK ALANINA GÖRE ARABULUCUNUN GÖREVLENDİRİLMESİ

Özel uzmanlık alanları bakımından, Daire Başkanlığı'nın "Dava Şartı Arabuluculukta Uzmanlık Alanlarının Uygulamasına İlişkin İlan"ında[63] sürecin nasıl işleyeceğine ilişkin temel bilgiler bulunmaktadır. Buna göre, arabuluculuk bürosu öncelikle uyuşmazlığın bir özel uzmanlık alanı kapsamında olup olmadığını değerlendirecektir. Eğer uyuşmazlık bir özel uzmanlık alanına giriyorsa öncelikle bu hususta görevlendirme yapılacaktır. Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlığın, özel uzmanlık alanlarından herhangi birine dâhil olması durumunda, dosya adliye arabuluculuk bürosu tarafından o alanda uzman bir arabulucuya tevzi edilecektir. Keza, UYAP sistemi üzerinden yapılan başvurularda, özel uzmanlık alanına ilişkin seçim yapma imkânı da sağlanmıştır.

Başvurunun yapıldığı yerde, özel uzmanlık alanlarına ilişkin listede kayıtlı uzman arabulucu bulunmaması ihtimali ayrıca değerlendirilmiştir. İlgili komisyon veya sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü, arabulucular listesinde başvuruya konu uyuşmazlıkta uzman arabulucu bulunmaması durumunda, uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülecek bir uyuşmazlık ise tüketici hukuku genel uzmanlığı olan bir arabulucuya, tüketici mahkemesinde görülmeyen ticari davaya konu bir uyuşmazlık ise ticaret hukuku genel uzmanlığı olan bir arabulucuya ve iş uyuşmazlığı ise iş hukuku genel uzmanlığı olan bir arabulucuya tevzi edilecektir.

Arabuluculuğa ilişkin mevzuatta, özel uzmanlık alanlarının kapsamını belirleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Göreve ve dava türüne ilişkin çok sayıdaki yargı içtihadında yer alan uyuşmazlıkların niteliklerine ilişkin tartışmalar uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının belirlenmesinde önemli bir kaynaktır. Esasen özel uzmanlık alanları bakımından kapsamı açıklayan herhangi bir kanun maddesinin bulunmaması önemli bir handikaptır. Zira, özel uzmanlık alanlarına kurulmuş özel görevli mahkemeler de bulunmadığından mahkemelerin görev alanına ilişkin kıyas yaparak da özel uzmanlık alanını belirlemek mümkün değildir. Örneğin Türkiye'de spor uyuşmazlıklarına ilişkin özel mahkeme bulunmamaktadır. Her ne kadar dava şartı arabuluculukta genel uzmanlık alanları bakımından özel görevli mahkemeler bulunsa dahi; bu mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıkları düşünüldüğünde genel uzmanlık alanlarının sınırlarının çizilmesi her zaman mümkün değildir. Keza, bir uyuşmazlık aynı anda

[63] https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/uzmanlik-alanlarinin-uygulamasi28042021033931 (s.e.t. 13.10.2021).

birden fazla özel uzmanlık alanının kapsamına girebilir. Örneğin, enerji sektöründe yapılan yatırım sürecinde, bir banka kredi sözleşmesi yapılmış olabilir. Uyuşmazlığın hem enerji hukuku hem de banka ve finans boyutu olabilir. Bazı uyuşmazlıklar içerikleri gereği birden fazla uzmanlık alanını ilgilendirebilir.

Diğer bir açıdan hukuk yargısında mahkemelerin görev sınırlarının net çizgilerle çizilmesi mümkün olmadığından pek çok görev uyuşmazlığı yaşanmakta, davaların niteliğinin belirlenmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Bu güçlükler elbette ki özel uzmanlık alanlarında da yaşanacaktır. Gri alanlar olarak ifade edilen bu alanlarda, aslında uyuşmazlığın çözümünde birden fazla uzmanlık alanında bilgiye ihtiyaç olduğu muhakkaktır. Birden fazla uzmanlık alanına ilişkin gri alandaki bu uyuşmazlıkların çözümünde eş arabuluculuk yöntemine başvurulabilir. Bu hususta arabuluculuk giderleri gözetilerek uyuşmazlığın parasal değeri çerçevesinde, arabuluculuk sürecinin eş arabuluculuk biçiminde yürütülmesi önerilebilir.[64] Özellikle miktar veya değeri yüksek olan ve gri alandaki uyuşmazlıklarda birden fazla uzman arabulucunun görevlendirilmesi yolu tercih edilebilir. Uyuşmazlık değerinin düşük olduğu hâllerde ise, uyuşmazlığın kapsamına giren uzmanlık alanlarının her ikisinde de uzmanlığı bulunan tek bir arabulucunun görevlendirilmesi önerilebilir.

Arabulucunun özel uzmanlığa ilişkin bir uyuşmazlıkta, süreç içinde uyuşmazlığın kendi uzmanlık alanı dışında olduğunu tespit etmesi hâlinde görevlendirmeyi iade etmesi gerekir. Bu durum, "Türkiye Arabulucular Etik Kuralları" madde 7 çerçevesinde arabulucuların aynı zamanda etik bir yükümlülüğüdür. Şöyle ki, arabulucu, somut bir uyuşmazlıkta, gerekli olan mesleki yeterliliğe sahip değilse arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir. Bu çerçevede, dava şartı arabuluculuk kapsamında görevlendirilen arabulucu ilk etapta uyuşmazlığın kendi özel uzmanlık alanına girip girmediğini değerlendirmelidir. Zira, uyuşmazlık çözümü sürecinde uyuşmazlığın esasına girilip değerlendirme yapılması gerekir. Bunun için de hukuk bilgisine sahip olmak ve hukuk fakültesi mezunu olmak şarttır. Bu bağlamda,

[64] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bu hususta açık hüküm bulunmamakla birlikte, madde 14'te " arabulucu ve arabulucular taraflarca seçilir" denmek suretiyle eş arabuluculuğun mümkün olduğu kabul edilmiş; keza, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nde arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, arabuluculuk ücretinin nasıl ödeneceği belirlenmiştir. Buna göre, aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin birinci kısmında belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, her bir arabulucuya Tarifede belirtilen ücret ayrı ayrı ödenir. Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin ikinci kısmında belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, Tarifede birden fazla arabulucu için belirtilen orandaki ücret her bir arabulucuya eşit bölünerek ödenir (2022 ArAÜT. m. 3).

arabulucuların uyuşmazlığın türünü gözetmeleri gereğinin benimsenmesi arabulucuların uzman hukukçu olmaları nitelikleri ile bağdaşmaktadır. Öte yandan arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilir nitelikte hazırlanabilmesi için de arabulucunun hukukî uzmanlığının bulunması zorunludur.[65] Fakat, arabuluculuktaki uyuşmazlık çözümünün özünde bulunan yargılama yapılmama gereği, uyuşmazlığın esasını inceleyerek dâhil olduğu uzmanlık alanının belirlemesiyle çelişmektedir. Dolayısıyla, arabulucunun görev yaptığı uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak mesleki yeterliliği açısından somut uyuşmazlığın gerektirdiği uzmanlık bilgisine sahip olup olmadığını değerlendirmesi etik bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, etik bir ihlaldir. Arabuluculuk Kurulu, Etik Kuralların ihlali hâlinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 21'inci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde ilgili arabulucunun sicilden silinmesi de dâhil olmak üzere arabuluculuk mevzuatında öngörülen diğer yaptırımları uygulayabilir.

Öte yandan, bir arabulucunun uyuşmazlığın niteliğine ilişkin değerlendirme yaparak türünü ve kendi uzmanlık alanına dâhil olup olmadığını tespit etmesi, belirli bir emek ve zamanı harcanmasını gerektirdiğinden arabulucunun süreci tamamlayamadığı hâllerde de harcadığı mesaiye göre ücret alması icap eder. Aksi durum, Anayasa'nın 18'inci maddesinde düzenlenen angarya yasağının ihlali olur.[66] Bu hâlde, arabulucunun ücreti Bakanlık bütçesinden karşılanmalıdır.

V. ÖZEL UZMANLIK ALANINA GÖRE GÖREVLENDİRMELERDE ARABULUCUNUN VE İDARENİN SORUMLULUĞU

Arabulucu, uyuşmazlık konusuna ilişkin uzmanlık alanı hususunda hukukî nitelendirme yapmakta zorlandığında, uyuşmazlığın birden fazla disiplini ilgilendirdiği ve mesleki bilgisinin yeterli olduğu sonucuna ulaşırsa, süreci yönetmesinde bir mahsur görülmemelidir. Keza, gri alanda bulunan bir uyuşmazlığa ilişkin başvurulan dava şartı arabuluculukta anlaşmama nedeniyle tarafların açtığı davada, mahkemece uyuşmazlığın arabulucunun uzmanlık alanına girmediği sonucuna varılırsa, öncelikle dava şartının gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Ancak, özel uzmanlık alanlarına ilişkin henüz bir içtihat bulunmadığından hareketle, anlaşamama tutanağına dayanılarak açılan davada, mahkemenin, gri alandaki uyuşmazlığa ilişkin özel uzmanlık alanına ilişkin vasıflandırmanın doğru yapılmamış olmasından dolayı dava şartı arabuluculuğunun yerine getirilmemiş olması gerekçesiyle davayı usulden reddetmesi olasılığı da vardır. Şöyle ki, dava şartı arabuluculuğa tâbi bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk süreci

[65] Dür, s. 373.

[66] Ermenek, 2020, s. 1052.

tamamlanmadan dava açılması hâlinde, dava usulden reddedilmekte; arabuluculuk sürecinin tekrar işletilmesi; anlaşma sağlanamazsa yeniden harç yatırılarak dava açılması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak, zaman ve yargılama giderlerine ilişkin kayıp dolayısıyla arabulucunun hukukî sorumluluğu bulunmadığı kanaatindeyiz. Çünkü, uyuşmazlıkların niteliklerinin vasıflandırılmayı güçleştirdiği; görevli mahkemeye ilişkin farklı içtihatların bulunduğu hâllerde, uyuşmazlığın niteliğinin tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Arabulucunun burada kusurlu bir eyleminden bahsedilemez. Arabulucuların hukukî sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Arabulucu, dava şartı arabuluculuk kapsamında görevlendirildiğinde, arabuluculuk türüne göre uzman arabulucunun görevlendirilmesinde uzmanlık alanına göre hatalı belirlenmesi hâlinde ortaya çıkan hukukî zararlardan dolayı hem idarenin hem de arabulucunun sorumluluğu tartışılabilir. Öncelikle, görevlendirmeyi idari bir organ olarak nitelendirmemiz gereken arabuluculuk büroları gerçekleştirmektedir.[67] Büroların faaliyeti yargısal bir faaliyet değil; idari bir faaliyettir. Dolayısıyla bu halde, idarenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Doktrinde, arabulucunun büro tarafından görevlendirildiği hâllerde, dava şartı arabuluculuk başvurusu sebebiyle tarafların arabulucunun kusuruyla uğradıkları zararlardan dolayı açılacak tazminat davalarının devlet aleyhine açılabileceği görüşü savunulmaktadır.[68] Kanaatimize de, taraflar kanunî bir düzenleme çerçevesinde arabuluculuk bürosuna başvurduğu ve görevlendirmeyi temelde arabuluculuk bürosu yaptığı için öncelikle idarenin yani Adalet Bakanlığı'nın birinci derecede sorumlu olması gerekir. Bu durumda, arabulucu ikinci derece sorumlu olmalıdır.[69] Açılacak rücu davalarında,

---

[67] Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 28/3, "Arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Bakanlık tarafından uygun görülen adliyelerde arabuluculuk büroları kurulur. Adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından, münhasıran bu bürolarda çalışmak üzere bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel görevlendirilir. Arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir."

[68] Betül Azaklı Arslan, "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu", Cilt: 8, Sayı: 1, Haziran 2018, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 218; Ermenek, 2020, s. 1054; Ermenek, 2021, s. 246; Tanrıver, 2022, s. 171.

[69] Bu davanın konusu, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Bürolarının görevlendirme yapmasından kaynaklanan bir idari işlem olduğundan, hâli hazırda böyle bir davanın idari yargıda açılması gerekir. Ancak, tapu sicilin tutulmasından doğan sorumlulukta (TMK m. 1007) ve icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunda (İİK m. 5) olduğu

uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmamasından ya da özel uzmanlık alanına dâhil olup olmamasından doğan zararlarda, açık bir kanun hükmüne aykırılık olması hâlinde arabulucu sorumlu tutulmalıdır. Buna karşılık, uyuşmazlık türü bakımından hangi kapsamda değerlendirileceği konusunun tartışmalı olduğu, açık bir kanun hükmünün bulunmadığı hâllerde arabulucunun ikinci derece sorumluluğuna gidilemez. Zira, temel vazifesi hukuku uygulamak olan hâkimler bakımından dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'ncı maddesi uyarınca "farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar" vermeleri hâlinde devlet aleyhine tazminat davası açılabilmekte; devletin tazminat öderse sorumlu hâkime rücu söz konusu olabilmektedir. Yargı uygulamasında görüş ayrılıkları bulunan, uyuşmazlık türünün dava şartı kapsamında olup olmadığının doktrin ve yargı uygulamasında tartışmalı olan uyuşmazlıklar bakımından arabulucunun uyuşmazlığın niteliğine ilişkin kararı kusurlu olarak verdiği kabul edilemez.

Arabulucuların taraflarla sorumsuzluk anlaşma yapması hâlinde, bu anlaşmanın geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Türk Borçlar Kanunu madde 115 uyarınca, arabulucunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca, "*uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*". Arabuluculuk, sicile kayıtla icra edilen ve uzmanlık gerektiren bir meslek olduğundan arabulucunun hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk anlaşma ve kayıtları geçersizdir. Bu noktada arabulucuların hukukî sorumluluğu hakkında kanunda açık düzenlemelere yer verilmesi arabuluculuk mesleğinin daha sağlıklı gelişmesine önemli katkı sağlayacaktır.

VI. ÖZEL UZMANLIK ALANLARINDA GÖREV YAPAN ARABULUCULARIN ÜCRETLERİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca, arabulucu, arabuluculuk sürecindeki faaliyetlerinin karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Ayrıca arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Taraflar, ücret ve masraflara ilişkin aksi yönde sözleşmeler yapabilirler. Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır (HUAK m. 7).

---

gibi bu davaların adli yargıda görülmesine ilişkin özel hüküm ihdas edilmesinde fayda bulunmaktadır.

Dava şartı arabuluculukta ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısmına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Ancak, bu ücret, Tarifenin Birinci Kısmında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. Dava şartı arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifenin Birinci Kısmına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen durumlarda arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısmına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez. Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir (TKHK m. 73/A, 3-4).

Hâli hazırda, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret uyuşmazlığın niteliğine göre gruplandırılmıştır. Bu gruplar şu şekilde sıralanır: 1. Aile hukuku uyuşmazlıkları, 2. Ticari uyuşmazlıklar, 3. İşçi-işveren uyuşmazlıkları, 4. Tüketici uyuşmazlıkları, 5. Diğer tür uyuşmazlıklar

Görüleceği üzere 2022 yılına ilişkin Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde özel uzmanlık alanlarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuk başvurusu neticesi görevlendirilen özel uzmanlık alanına tâbi arabulucuya hangi ücretin ödeneceği konusu Tarifede belirlenmemiştir. Ancak, Daire Başkanlığı özel uzmanlık alanlarına ilişkin yaptığı açıklamada bu hususta mevcut düzenlemelerden hareketle uzmanlık alanlarında ücretin nasıl hesaplanacağına ilişkin soruları cevaplamıştır. Buna göre, özel uzmanlık alanı kapsamında görevlendirilen bir arabulucu, çözümlediği uyuşmazlık hangi dava şartı arabuluculuğa dahilse, ona göre ücret talep edebilecektir. Özel uzmanlık alanı kapsamındaki uyuşmazlığın genel uzmanlıklardan hangisinin kapsamına girdiğini arabulucu bizatihi belirleyecektir.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında görevlendirilen arabulucular, anlaşma sağlanamaması durumunda arabuluculuk ücretlerini,

uyuşmazlığın niteliğini de dikkate alarak Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre tayin edebileceklerdir. Bu çerçevede, eğer uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülecek bir uyuşmazlıksa tüketici uyuşmazlıkları için belirlenen ücrete göre, tüketici mahkemesinde görülmeyen ticari davaya konu bir uyuşmazlıksa ticari uyuşmazlıklar için belirlenen ücrete göre, iş davasına konu bir uyuşmazlıksa iş uyuşmazlıkları için belirlenen ücrete göre belirleme yapılması gerekir. Örneğin, arabulucunun özel uzmanlık alanlarından spor hukuku kapsamında görevlendirildiği dosyada anlaşma sağlanamaması durumunda, ilgili uyuşmazlık işçi-işveren uyuşmazlığı niteliğinde ise arabuluculuk ücretinin iş uyuşmazlıklar için belirlenen ücrete göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu durum taraflar ve arabulucu arasında ücret konusunda tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Çünkü tarafların nitelendirmeleri ile arabulucuların nitelendirmelerinin farklı olması muhtemeldir. Örneğin, taraflardan birinin tüketici uyuşmazlığı iddiasıyla başlattığı bir arabuluculuk sürecinde, arabulucunun uyuşmazlığın her iki tarafının tacir olması ve ticari işletmelerini ilgilendirmesi gerekçesiyle ticari uyuşmazlık olarak nitelendirmesi hâlinde, sorunun nasıl çözümleneceği belirsizlik arz etmektedir. Daire Başkanlığı'nın yaptığı açıklamada, bu hususta arabulucunun genel uzmanlık alanını ve bu suretle ücreti belirlemeye yetkili olduğu belirtilmektedir. Anlaşma hâlinde, arabulucunun belirleyeceği ücret taraflarca ödenmezse, arabulucunun takip başlatması; tarafların da arabuluculuk ücretinin arabulucunun belirttiği miktarda olmadığına ilişkin menfi tespit davası açmaları gündeme gelebilir. Önemle belirtmelidir ki, arabulucu ücretiyle ilgili yeni uyuşmazlıkların çıkması arabuluculuğun ruhu ile bağdaşmaz.

Diğer taraftan özel uzmanlık sahibi arabulucuların, uzmanlık sahibi olmak adına harcadığı zaman ve emeğin yanı sıra, uyuşmazlığın daha etkili çözümü için arabulucunun gösterdiği çaba dikkate alındığında, genel uzman arabuluculuğa nazaran özel uzmanlık alanlarına ilişkin arabuluculukta arabulucuların daha fazla ücret alması gerekir. Bu çerçevede, temel saat ücreti belirlenirken özel uzmanlık türlerinde daha fazla bir ücret kararlaştırılarak uzmanlaşmanın karşılığının verilmesi beklenir.

VII. ARABULUCUNUN UYUŞMAZLIK UZMANLIK ALANI VEYA DAVA ŞARTI KAPSAMINDA OLMADIĞI İÇİN GÖREVLENDİRMEYİ KABUL ETMEDİĞİ HÂLLERDE ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELER

Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (HUAK 18/A, 15). Dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk bürosuna yapılan başvurudan sonra görevlendirilen arabulucu uyuşmazlığın niteliğinin

belirtilenden farklı olması sebebiyle sehven kaydıyla görevlendirmeyi kabul etmeyebilir ya da dosyayı iade edebilir; arabuluculuk bürosu başka bir arabulucuyu görevlendirebilir. Bu hâllerde, zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü sürelerin nasıl hesaplanacağı hususunda bir açıklık yoktur. Ancak, dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne getirdiği sınırın makul olması için, sehven kayıttan kaynaklı hak kayıplarının yaşanmaması gerekir. Bu sebeple, kanaatimizce, sehven kayıt hâlinde, arabuluculuk bürosuna başvuru tarihinden başlayarak zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira, bu halde, dava açılmasına engel bir durum söz konusudur. Sehven kayıt nedeniyle başka bir arabulucunun görevlendirilmesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/A,15'in uygulanmasını etkilemez. Arabuluculuk bürosunda sehven uyuşmazlık türü yanlış belirlenmiş olsa da arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durmalı ve hak düşürücü süre işlememelidir. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı da dosya türü değişikliği hâlinde, yetkisiz büroya başvuruya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini belirterek, dava şartı arabuluculuğa başvuru tarihinin, ilk başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.[70]

Uyuşmazlık niteliğinin tartışmalı olduğu bir halde, arabuluculuk başvurusu uzmanlık kapsamında olmadığı için iade edilir; bu arada zamanaşımı ve hak düşürücü süreler dolarsa kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu madde 158 hükmünün uygulanması mümkündür. Çünkü anılan hüküm, mahkemelerin görevsizlik ve yetkisizlik kararlarına göre daha kapsamlı bir içeriğe sahiptir.

Türk Borçlar Kanunu madde158 uyarınca, dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş ve bu arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir. Hükümde geçen, düzeltilebilecek bir yanlışlık ifadesi geniş yorumlanmaya uygundur. Bu hükmün temelinde davanın esasına girilmeden herhangi bir düzeltilebilecek yanlışlık sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde[71],

---

[70] "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin sekizinci fıkrasında, yetki itirazının kabulü durumunda kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabileceği; bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihinin yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edileceği düzenlenmiş olmakla, söz konusu Kanun hükmü kıyasen uygulandığında, dosya türü değişikliğinin olduğu durumlarda, başvuru tarihinin, ilk başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir".
https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2622021150952Dosya%20T%C3%BCr%C3%BC%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi%20Talebi%20ile%20%C4%B0lgili%20G%C3%B6r%C3%BC%C5%9F%20Talebi.pdf (S.e.t. 03.06.2021).

[71] Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2017, s. 637.

elinde olmayan sebeplerle süreyi kaçıran alacaklının hukukî himaye ihtiyacının karşılanması düşüncesi vardır. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin eksikliğin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Görev, yetki, dava şartı arabuluculuk gibi davanın esasına girilmeden evvelki eksiklikler, farklı değerlendirmeler ve yanlışlıklar sebebiyle dava reddedilmiş ve zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolmuş olması hâlinde, alacaklı tarafa altmış gün ek süre verilebilecektir.

SONUÇ

1. Uzman arabuluculuk yönteminde, uyuşmazlığa düşen taraflar uzman arabuluculara nitelikleri gereği daha fazla güven duyarlar. Arabuluculuk sürecinin sağlam ve doğru işleyişi bakımından tarafların arabulucuya duyacakları güven büyük öneme sahiptir. Sağlıklı iletişim kurulması, müzakerelerin etkin bir şekilde ilerlemesi için, tarafların süreci yöneten arabulucuya güven duyması gerekmektedir. Arabulucunun uzmanlık bilgisi ve tecrübesi, taraflarla empati kurabilmesini ve uyuşmazlığı anlayabilmesini ve çözüm bulunması sürecinde daha etkin olmasını kolaylaştırır. Uzmanlık esasına geçişin arabuluculuğun etkisini ve uygulanırlığını artıracağını; genel arabuluculuğa göre sosyal barışa daha fazla katkı sunacağını söylemek gerekir. Bu bağlamda, uzman arabuluculuk uygulaması, Türkiye'de arabuluculuğun kalitesini ve etkinliğini artırmaya yönelik iradenin ürünüdür.

2. Arabulucunun uyuşmazlığa ilişkin uzmanlık bilgisi sahibi olması, çözüm önerisi sunmadaki başarısını artıracaktır. Bu bağlamda, pasif arabuluculuk modelinden daha aktif bir arabuluculuk modeline geçildiğini söylemek mümkündür.

3. Uyuşmazlığın niteliğine göre, dava şartı arabuluculuk uzmanlık alanları bakımından başvuruda, uyuşmazlığın taraflarının avukatla temsil mecburiyetleri olmadığı düşünüldüğünde uzmanlık alanını doğru olarak tespit etmeleri, yanlış olarak tespit edilmesi hâlinde bundan doğacak hukukî sonuçlara katlanmaları beklenemez. Aksi durum tarafların adalete erişimlerini güçleştirir; hak arama özgürlüklerini sınırlandırır.

4. Dava şartı arabuluculuk, hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığından dava şartı arabuluculukta arabulucunun görevlendirilme sürecinin kanunla açıkça düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, dava şartı arabuluculuğun geçerlilik şartları bu hususta özel kanun hükümlerinin kapsamını aşar şekilde idari düzenlemeyle belirlenmemelidir. Keza, arabuluculukta özel uzmanlık alanları uygulaması, hak arama özgürlüğünün kullanımını sınırlandırdığından bu hususun kanunla düzenlenmesi gereğinin anayasal bir zorunluluk olduğunun altının önemle çizilmesi gerekir.

5. Hak arama özgürlüğü açısından bireylerin dava açmazdan evvel arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun bulunduğu sistemimizde, dava

şartına ilişkin uzmanlık alanlarının yanı sıra özel uzmanlık alanına ilişkin arabulucuya başvurulması zorunluluğu getirilmesi, hak arayanların aşması gereken bariyerleri yükseltecektir. Zira hem özel uzmanlık alanının belirlenmesi güçtür; hem de özel uzmanlık alanlarında yeterince arabulucu Türkiye genelinde mevcut değildir. Bu bağlamda genel uzmanlık alanlarındaki listelerden arabulucuların görevlendirilmesi yeterli olmalı; bunun dışında özel uzmanlık alanlarına ilişkin arabulucu görevlendirilmesi ihtiyari nitelik taşımalıdır.

6. Dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirilen arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını ve türünü re'sen araştırması gerekir. Uyuşmazlığın türünün doğru bir şekilde belirlenmesini sağlayacak şekilde başvurunun açıklayıcı ve anlaşılır şekilde yapılmasının temin edilmesi ve arabuluculuk bürolarının etkinliğinin arttırılması gerekir. Başvurularda kullanılan formların yeniden düzenlenmesi, bir yazılımla uyuşmazlığın niteliğini belirlemek üzere alınan cevaplara göre yeni sorular yöneltecek ve bu suretle doğru bir şekilde başvuru yapılmasını sağlayacak uygulama geliştirilmesi önerilebilir. Büro, uyuşmazlığı dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirmez veya türünün farklı olduğu kanaatine varırsa, kaydın düzeltilmesini sağlamalıdır. Bu halde arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu, uyuşmazlıkların niteliği gereği türünün tasnifinde yaşanacak sıkıntılarla süreci uzatmamak ve yeni usuli problemlere sebebiyet vermeyecek şekilde uygulamanın gelişmesinin istendiği söylenilebilir.

7. Bakanlığın açıklamasında ihtiyari arabuluculukta özel uzmanlık alanlarının nasıl uygulanacağı açıklanmamıştır. Bu bağlamda ihtiyari arabuluculukta, uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamına giriyorsa listeden bir uzman seçilmesi uygun olur. Ancak, ihtiyari arabuluculuk sonucunda tarafların anlaşamaması hâlinde, arabulucunun ilgili uzmanlık listesine kayıtlı olmaması, dava şartının yerine getirilmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Keza, özel uzmanlık alanları kapsamındaki uyuşmazlıkta, ihtiyari arabuluculuğa başvuran taraflar özel uzmanlık arabulucu listelerinden bir arabulucuyu seçmek zorunda bırakılmamalıdır.

8. Hukuk fakültesi mezunu olmayanların da arabulucu olabilmesi yönünde görüşlere rastlanmaktadır. Kanaatimizce, uzman arabulucuların mutlaka hukuk fakültesi mezunu olması ve uzmanlık alanıyla ilgili hukuk uygulaması tecrübesine sahip olması gerekir. Arabuluculukta uzmanlaşma, arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olmasını ve bu uzmanlık alanlarında hukuk uygulamasında yer almalarının önemini artırmaktadır. Arabuluculuk çözüm yöntemi her ne kadar menfaat temelli bir çözüm yöntemi olsa da arabulucunun tarafların menfaatlerini anlamalarını sağlayabilmesi için onların haklarının ne olduğunu tespit etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle arabulucu, uyuşmazlık bakımından mahkemeye başvurulsa verilmesi

muhtemel karar ile tarafların menfaatleri arasında ilişki kurabilecek vasıfta olmalıdır. Öte yandan arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilir nitelikte hazırlanabilmesi için arabulucunun hukukî uzmanlığının bulunması ihtiyacı vardır. Bu durum ise arabulucununum hukukçu olmasını gerektirmektedir. Özel uzmanlık alanlarına ilişkin arabuluculuk uygulamasına geçilmesi, hukuk fakültesi mezunu olmayanların arabulucu olmasına imkan vermemelidir.

9. Uzmanlık eğitimlerindeki hukukî bilgi yoğunluğu dikkate alındığında arabuluculuğun bir yargılama türüne yaklaştırılmış olduğu düşünülebilir. Arabuluculuğun temelindeki felsefe dikkate alındığında uzman arabuluculuk eğitimlerinde belirli bir uyuşmazlık türündeki müzakerelerde dikkate alınması gereken menfaate ilişkin bilgiler verilebilir; bu hususstaki gelişme ve değişmelerin nasıl izlenebileceği anlatılabilir. Uzmanlık eğitimlerinde konunun hukukî boyutuyla birlikte özellikle teknik konulardaki menfaatlerin tespitindeki yöntemler üzerinde de durulmalıdır.

10. Uzmanlık bilgisinin eğitimden ziyade tecrübeyle edinilmesi mümkündür. Teorik bilgi uygulama tecrübesiyle birleşince anlam ifade eder. Bu sebeple bir kişinin uzman sayılması için, o alanda belirli bir sayıda arabuluculuk görüşmesine katılması şartı getirilebilir. Keza, uzman arabuluculuğun gelişmesi için, belirli alanlarda uzun süre arabuluculuk yapılarak o alandaki uyuşmazlıklara özgü müzakere yürütme becerileri kazanmak gerekir. Bu bağlamda, arabuluculukta uzmanlaşmada, eğitimin yanı sıra uygulama becerisi de kazandırılmalıdır. Buna göre, özel uzmanlık alanlarında arabulucu olmak için, o alanda belirli bir süre ön koltuk-arka koltuk arabuluculuğu yapmış olma şartının aranması yerinde olur.

11. Belirli bir konuda uzmanlaşmak, genel arabuluculuk becerilerinin körelmesine neden olabilir. Belirli bir konuda arabuluculuk ile genel arabuluculuk arasında arabuluculuk becerilerinin gelişmesi bakımından negatif korelasyon olduğu söylenilebilir. Aşırı uzmanlaşma, arabuluculukta teknokrasiye de yol açabilir. Bu bağlamda, uzman arabuluculukta başarı sağlanabilmesi için, arabulucuların hem genel olarak arabuluculuğa ilişkin becerilerini geliştirmesi hem de uzmanlık alanına ilişkin gelişmeleri yakın takip ederek o alandaki bilgisini artırması gerekir. Bu suretle, arabulucular uyuşmazlıklara sadece kendi uzmanlık açılarıyla bakmaz; bütüncül bir yaklaşım sergileyerek, çözüme ulaşılmasını kolaylaştırabilirler.

KAYNAKÇA

Akın L, "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", 2020 10(1), Sosyal Güvenlik Dergisi(Journal of Social Security), ss. 1-18.

Akil C, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler", Y. 11, S. 41, 2020, TAAD, ss. 307-324.

Albayrak H, "Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", C.17, 2018, Etik Özel Sayı, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 12-24.

Alexander, N, "The mediation metamodel: Understanding practice" (2008). Conflict Resolution Quarterly. 26, (1), 97-123, Research Collection School Of Law .

Yeşilırmak A/Kekeç E K (Ed.), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2019.

Azaklı Arslan B, "Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu", C.8, S.1, Haziran 2018, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 189-223.

Badur E, "Arabulucu Sözleşmesi", 15.162, (2020), Terazi Hukuk Dergisi, ss. 248-265.

Bahadır Z, "Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usuli Sorunlar", 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu, 2021, Asos Yayınevi (https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2021/asoshukuk_tam_metin_kitabi.pdf), ss. 387-398.

Büyük, E I, "Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa tâbi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2/ 1 (Haziran 2021), ss. 777-797.

Çil S, Arabuluculuk Sürecinde Taraf Vekilliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Dinç İ, Ticari Davlarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2021.

Dür O, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Ekmekçi Ö/Özekes M/Atalı M/Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Erdoğan E, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi." C.14, S 55, 2017, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi , ss. 1211-1242.

Ermenek İ, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi", Vol.46, No.4, 2020, Yargıtay Dergisi, s.1017 – 1062.

Ermenek İ, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021

Ermenek İ/Azaklı Arslan B, "Icra ve Iflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu", 2020/148, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 135-196.

Eryiğit H, "Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7 / 2 (Ocak 2021), ss. 259-288 .

Goldberg S B/ Shaw M L., "The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued, Studies Two and Three", Negotiation Journal October 2007, ss. 393-418.

Goldberg S B, "The Secrets of Successful Mediators", Negotiation Journal July 2005, ss. 365-376.

Ildır G, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Kekeç, E. Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Linden J, "The Expert Mediator Versus the Subject Expert." Nov. 2004, bkz. www.mediate.com//articles/linden20.cfm (S.e.t. 20.06.2021).

Mustafa E, Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Nadja A, "The mediation metamodel: Understanding practice" (2008). Conflict Resolution Quarterly. 26, (1), 97-123. Research Collection School Of Law, s. 105.

Oğuzman K/Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Özbek M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Özekes M, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2018, ss. 111-136.

Ozekes M/Çiftçi P, "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dâhil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), 2020/148, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 101-134.

Özmumcu S, "Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", C.LXXI, S.1, 2013, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 1369-1389.

Özmumcu S, Arabuluculuk Modelleri, "Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Paslı A, "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması," Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Peksan S/Delen M/Yorgun S, "İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma," 2020, 64(1), Çalışma ve Toplum, s. 321-346.

Selçuk S, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı”, 8.16, 2020, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1173-1213.

Tanrıver S, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara, 2020/147, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 111- 142.

Tanrıver S, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin Yayınları Ankara, 2022.

Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II-Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Taşpolat Tuğsavul M, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Toraman B, “Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu”, C.5, S.1, Nisan 2020, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 3141-3170.

Uysal M, “Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 15, No. 44, 2019, ss. 885-960.

Yeend N N/Clarke A, “The Power of Collaboration: An Expert’s Role in Developing a Mediation Brief”, Value Examiner, July / August 2020, ss. 22-24.

Yılmaz A, “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, 2018/1, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 219 - 238.

https://www.mediate.com/divorce/pg86.cfm

7343 SAYILI KANUNLA İİK'DA YAPILAN PARAYA ÇEVİRME VE İHÂLENİN FESHİ'NE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN TAKDİM VE İZAHI

Presentation and Explanation of the Changes Regarding the Realisation of Goods and Annulment of Public Auction in the Turkish Act of Debt Enforcement and Bankruptcy Made with the Law No. 7343

Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU*

Öz: 7343 Sayılı Kanun'la İİK'da önemli sayılabilecek bazı değişiklik ve yenilikler husûle getirilmiştir. Söz konusu yenilik alanlarından birisi de takip prosedürlerinde el koyulan malların paraya çevrilmesi ve buna karşı başvurulabilecek hukuki çare yoluna ilişkindir. Bu mevzuat takdim ve izah çalışmasında söz konusu yeni ve değişik düzenlemeler kısaca incelenip hukuk camiasının dikkate sunulmaktadır. Söz konusu yeni ve değişik düzenlemelerle hukuk düzenimizde cebri icraya ilişkin bazı yeni kurumlar kazandırılıp eleştirilen bazı hükümler de değiştirilmiştir. Bu kapsamda, takip prosedürlerinde haczolunan malların paraya çevrilmesinde cebri satışın yanı sıra rızai satış yönteminden yararlanma imkanı getirilmiştir. Keza, mahcuz-nerhun malların cebri satışında başlıca yöntem olan açık artırma tümüyle elektronik ortama taşınmıştır. Ayrıca, ihalenin feshi talebinde bulunabilecek kişilere ilişkin kanuni sınırlama muhafaza edilmekle birlikte kısmen esnetilmiştir. Söz konusu yeni ve değişik düzenlemelerde bazı noksan ve iyileştirilmesi gereken veya katı hükümler de bulunmaktadır. Bu meyanda: i)Rızai satışa ilişkin hükümler menkul ve gayrimenkuller hakkında cari iken borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin süreci tanzim eden kuralların formülasyonuna sicilli malların temel alınması, ii)Cebri satışta elektronik açık artırmanın tek araç haline getirilmesi ve teklif süresinin menkul-gayrimenkul mallar bakımından aynı olması, iii)Cebri satışta icra müdürünün menkuller bakımından artırma tarzı belirlemeye ilişkin takdir yetkisinin kaldırılmış olması; sayılabilir. Bakanlıkça taslak hazırlama çalışması yürütüldüğü ve sona gelindiği bilinen İİK'nın tümüyle yenilenmesi projesi kapsamında söz konusu eksik ve katı düzenlemelerin ikmal iyileştirilip geliştirilmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Cebri icrada rızai satış, e-satış, ihalenin feshi

Abstract: With the Law No. 7343, some important changes and innovations were accepted in the Turkish Act of Debt Enforcement and Bankruptcy. One of the innovation areas in question is about the realization of the seized goods in the enforcement proceedings and the legal remedy that can be applied against it. In this legislation presentation and explanation work, the new and different regulations in question are briefly examined and brought to the attention of the legal community. With the aforementioned new and different regulations, some new institutions regarding forced enforcement were brought in Turkish legal system, and some of the criticized provisions were also changed; legal arrangements have been made for the correct-effective-efficient course of forced execution. In this context, the opportunity to benefit from the amicable sale method, as well as the forced sale method, has been introduced in the realisation of goods in the enforcement proceedings. Also, the auction process in the forced sale method has been completely transferred to the electronic environment. In addition, the legal limitation on the persons who can request annulment of the public auction has been preserved, but partially relaxed. In the new and different provisions in question, there are also some deficiencies and strictness, which needs to be improved: i) While the provisions regarding the amicable sale are valid for movables and immovables, the formulation of the rules governing the granting of amicable sale power to the debtor is based on the registered goods, ii) Making the electronic auction the only tool in the forced sale and the bidding period in the movable-immovables properties iii) The enforcement officier's discretion in determining the auction style in forced sales has been removed. It is possible to rectify said deficiencies and strict regulations within the scope of the project for the renewal of the Turkish Act of Debt Enforcement and Bankruptcy, which is known to be carried out by the Ministry.

Keywords: Amicable sale, electronic auction, annulment of public auction.

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD, cengiztc@uludag.edu.tr, ORCİD: 0000-0003-1261-4379.

Makale Geliş Tarihi: 15.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 24.05.2022

GİRİŞ

Yakın zaman önce yürürlüğe giren 7343 sayılı Kanun[1] kapsamında 2004 Sy. İİK'da önemli sayılabilecek bazı değişiklikler yapılıp ilave hükümler de ihdas olunmuştur. Bahse konu yeni düzenlemeler, çoğu itibariyle, yürürlük tarihinden (30.11.2021) itibaren altı ay içinde çıkarılacak yönetmelikleri takiben bir yıllık zaman zarfında ve kademeli olarak uygulamaya girmiş olacaktır.

Söz konusu yeni ve değişik hükümler, İİK düzenleme alanı kategorileri bazında şu şekilde belirtilebilir: i) icra teşkilatı, ii) takip prosedürleri, iii) takip prosedürlerinde taraf ve icra organı işlemlerine karşı hukuki koruma-hukuki çare yolları. İcra teşkilatı hususunda Adalet Bakanlığı nezdindeki sorumlu yönetim-denetim makamına (İcra İşleri Daire Başkanlığı) ilaveten taşra teşkilatında yeni bir idari yönetim-denetim mercii olarak 'icra daireleri başkanlığı' oluşturulmakta; keza, muayyen icra-iflas dairelerinde müdür dışında ilaveten 'başmüdür' istihdamıyla yeni bir personel rejimi getirilmektedir (İİK, değişik m.1/II, 3a[2]). Takip prosedürlerine ilişkin değişiklikler para ve paradan başka alacak taleplerinin cebri icrasına ilişkin takip yollarına saridir. Paradan başka alacak takipleri kaideten ilama dayanmakla, bu hususta çocuk teslimi (çocuk velayeti) ve çocukla kişisel ilişki kurulması (çocuk ziyareti) kararlarının yerine getirilmesine ilişkin İİK m.25-25b ve 341 hükümleri ilga olunmuş ve dolayısıyla bu iş icra dairelerinin görev alanından çıkarılmıştır. Bu hususta 5395 Sy. Çocuk Koruma Kanunu'na (RG:15.07.2002/25876) yeni kısım ve madde ihdasıyla muadil hükümler koyulmuştur (ÇKK, m.41a-41i). Para alacaklarının cebri icrasını havi takip prosedürlerine ilişkin değişiklik temelde haciz yoluyla takip hakkındadır. Bu hususta takibin haciz ve paraya çevirme temel aşamalarına ilişkin yeni- değişik düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan paraya çevirme aşamasına ilişkin olanlar daha kapsamlıdır. Keza, takip

---

[1] İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG, 30.11.2021, S. 31675).

[2] Hukuk düzenimizde mevcut kanuna madde ilave olunurken, madde numaralarını muhafaza etmek üzere, mevcut madde numarasından sonra taksim (/) işareti koyulup alfabe sırasıyla büyük harf kullanılması ilkesi kabul edilmiştir (RG, 24.02.2022, S.31760 Sy. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m.16/2). Bu hususta yakın zaman önceki değişikliğe dek aynı yöntemle ve fakat küçük harf tercihinde de bulunulabilmekteydi (7343 Sy. İİK değişikliklerinde küçük harf kullanılmıştır). Kanımızca bu yöntem isabetsizdir. Zira, uygulama ve özellikle akademik yazında kanun fıkrasına atıfta bulunulurken (de) madde numarası sonrasına taksim işareti koyulması yazım kolaylığı sağlamaktaydı; şimdi iki adet taksim işareti koyulması karışıklığa yolaçacaktır (büyük harf kullanımı da madde numarasının algılanmasını zorlaştırmaktaydı). Bu açıdan, biz harf öncesindeki taksim işaretini koymadan (m.3/a yerine m.3a) ve keza gereğinde (ör: 5395 Sy. ÇKK, m.41/A yerine m.41a) büyük harf yerine (de) küçük harf kullanarak yazmakta beis görmüyoruz.

prosedürlerinde hukuki koruma-hukuki çare yolları bakımından ilamlı icrada icranın iadesinin önünü alan tehiri icra kararı prosedüründe (İİK, m.36) görevli mahkeme değişikliğine gidilmiştir. Ayrıca ihâlenin feshi davasının ikame ve karar rejimi de (İİK, m.134) değiştirilmiştir.

Belirtilen değişiklik alanları meyanında, çocuk teslimi bir tarafa bırakıldığında, takip prosedürleri kategorisinde para alacağına ilişkin başlıca takip prosedürünün temel aşamalarına ilişkin yeni ve değişik hükümler akademik açıdan incelemeyi en fazla mucip olanlardır. Bu açıdan, hûsule getirilen değişiklik alt başlıklarının her biri ayrı birer inceleme konusu teşkil edebilir. Ancak, kanımızca, öncelikle söz konusu kategorik değişikliklerin takdimi ve genel bir izahı da yararsız değildir. Böyle bir ön çalışma, öncelikle uygulamanın mesleki hazırlığına katkıda bulunacaktır. Keza, sınırlı da olsa, çıkarılacak ikincil mevzuat için entelektüel hazırlığa ve yeni düzenlemelerin iyileştirilme-geliştirilme girişimlerine de hizmet edebilir. Ezcümle, bu mevzuat takdimimizde, takibin paraya çevirme aşamasına ilişkin başlıca taraf ve icra organı işlemleri ile buna muhalefeten ihalenin feshine ilişkin yargısal prosedür hakkındaki yeni ve değişik hükümleri aktarıp izah edeceğiz. Bu meyanda bunlardan bazıları hakkında görüş bildirme fırsatı da kullanacağız.

I-PARAYA ÇEVİRME İŞLEMLERİNE İLİŞKİN YENİ VE DEĞİŞİK HÜKÜMLER

7343 Sy. Kanunla, para alacağı takiplerinin paraya çevirme aşamasına ilişkin iki madde ilavesiyle, yeni bir kurum (rızai satış) İİK'ya dahil olunmuş ve mevcut cebri satış kurumunda da başlıca yöntem olan resmi müzayede[3] (açık artırma) işleminde köklü bir usûl-şekil değişikliğine gidilmiştir (İİK, m.111a ve m. 111b). Bu minvalde, yeni ihdas olunan rızai satış kurumuyla borçluya mahcuz mal hakkında satış yetkisi verilmesi esası kabul edildiği gibi, cebri satışta da resmi müzayede (RM) ihâlesinin e-ortamda cereyan eden teklif toplama ön aşaması sonrasındaki yüz yüze icra olunacak olan son aşaması da elektronik ortama taşınarak bileştirilmiştir. Keza, RM'nin hazırlık ve ihâle safhasını tanzim eden kurallarda yeni RM modeline uyarlama sadedinde bazı

[3] İİK'da açık artırma terimiyle ifade edilen bu paraya çevirme yöntemi hakkında, maddi hukuk mevzuatında satımın bir nevilerinden biri olarak düzenlenen artırma yoluyla satım hükümleri kapsamında -ihtiyari açık artırma'nın karşıtı olarak ve cebrilik vasfına da vurgu yapar surette- cebri artırma terimi kullanılmıştır (TBK, m.275/II). Bu terimden ilhamla ve artırma kelimesinin klasik Türkçe'deki karşılığı olan müzayede kelimesi daha yaygın olduğundan, açık artırma terimi yerine resmi müzayede terimini kullanmayı tercih ediyoruz (Bağlama göre cebri artırma terimini de kullanacağız).

değişiklikler yapılmıştır. Bunları aşağıdaki gibi takdim ve izah edebiliriz.

A) YENİ BİR HACİZ TASFİYE ŞEKLİ OLARAK BORÇLUYA MAHCUZU SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

Külli icrada borçlunun tüm malvarlığı aktifine el koyulması akabindeki iflas tasfiyesinden mülhem, cüzi icrada da borçlunun malvarlığına kısmi el koyma zımnındaki mahcuz-merhun şeyin tasfiyesine haciz-rehin tasfiyesi denilebilir[4]. Haciz-rehin tasfiyesi, kural olarak mahcuz-merhun şeyin icra organınca paraya çevrilmesi suretiyle yapılır ve dolayısıyla takip alacaklısı bundan elde edilen dosya mevcudundan tatmin edilir (İİK, m.106/I, 138/I). Haciz yoluyla takipler bakımından alacaklının doğrudan tatminine imkan veren surette mahcuzun para olduğu veya idaresi gelir getirici türden bir borsa veya piyasada fiyatı bulunan bir mal-hak olduğu ya da böyle olmayan bir hak-alacak olup da alacaklı tarafından bunun kendisine devrinin talep edildiği haller müstesnadır (İİK, m.83/II, 121; 120)[5].

Paraya çevirme işlemi İİK ve Mehazında halihazırda resmi müzayede veya pazarlık yoluyla ihâle yöntemi üzerinden cebri satış suretiyle gerçekleştirilmektedir (İİK, m.114, 119, 123; SchKG, art. 125, 130, 133). Bu hususta rızai satış yöntemine fırsat tanınan hukuk sistemleri de mevcuttur[6]. 7343 Sy. Kanun değişikliğiyle hukuk düzenimiz -Mehaz'dan (bu yönden de) ayrılarak- paraya çevirmede ilave bir yönteme daha sahip olan hukuk sistemleri arasına katılmış oluyor.

---

4 Haciz el koyması iflas el koymasından nitelikçe değil nicelikçe farklıdır. Bu yönde bkz. B. Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üni. İİBF Yayını, İzmir, 1973, s.251,254; C. T. Çelikoğlu, İcra Dairesi Kararı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s.170.

5 Nedim Meriç, Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Başvuru Yolları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s.28.

6 Bu hususta, Kıta Avrupasında, çeşitli ülke örnekleri mevcuttur: Fransız Hukuku için bkz. F. Andrieux, EU-CECL/IUJO, Enforcement Atlas, France-Narrative National Report, 2020, p.35-38, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-sytems/france> (SET: 21.02.2022); İtalyan Hukuku için bkz. A. Mascioli, EU-CECL/IUJO, Enforcement Atlas, Italy-Narrative National Report, 2020, p.47, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-sytems/italy> (SET: 21.01.2022). Kısmen benzer surette ayrıca Avusturya Hukuku için bkz. B. Michtner, EU-CECL/IUJO, Enforcement Atlas, Austria-Narrative National Report, 2020, p. 21, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-sytems/austria> (SET: 21.01.2022); Bu raporlar, 2020 yılı sonu itibariyle, EU Enforcement Atlas projesi sorumlu birimine sunulmuştur; bkz. EU-CECL/IUJO, EU Enforcement Atlas, Updates of national information: Phase I, April 2021, p.5, https://www.enforcementatlas.eu/wp-content/ uploads/ 2021/07/ d11-updates-of-national-information-phase-1.pdf (SET: 22-102.2022).

Cebri satış işleminde icra organının malı satış kararı ve ihâle alıcısına temlik beyanı borçlunun iradesi yerine kaimdir[7]. Rızai satışta borçlunun iradesi (işlem icra mahkemesinin onayıyla tamamlansa da) bizzat tahakkuk etmektedir. Borçlunun mahcuz malda mülkiyet hakkından doğan tasarruf yetkisi kısıtlı olup[8] kural olarak izne tabidir (İİK, m.86; 91). Rızai satış kurumu borçlunun (aksi halde tasarruf muamelesini yapamayacağından akim kalacak olan) alıcıyla akdedeceği iltizami muamelenin (icra mahkemesinin onayıyla) neticeye müncer olmasına imkan sağlamaktadır (İİK, m.111a/III).

İcra ve İflâs Kanunu'na *Borçluya satış yetkisi verilmesi* başlığıyla eklenen m.111a düzenlemesiyle rızai satış kurumu mahcuz mallar (menkul-gayrimenkul) bakımından ve haciz tasfiyesi itibariyle kabul edilmiştir. Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde paraya çevirme aşaması bakımından Kanunda haciz yoluyla takiplerdeki ne kıyasen uygulama zımnında atıf yapılmış olmakla birlikte (İİK, m.150g), m.111a hükmü bu atıf kapsamında kalmamaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, borçlunun rızai satış talebi hakkını kıymet takdir işleminin tebliğini müteakip yedi gün içinde icra dairesi nezdinde kullanabileceği düzenlenmiştir. Kıymet takdiri (KT) kural olarak haciz aşamasında yapılır (İİK, m.87)[9]. Haciz yoluyla takiplerde paraya çevirme aşamasına haciz işleminin kesinleşmesiyle gelinmiş olur. Bununla birlikte mahcuz sicilli mal ise kıymet takdir işlemi temelde cebri satış talebiyle birlikte yapılmaktadır (İİK, değişik m.106/III-IV). Bu fıkrada yer alan, 'kıymet takdirinin kesinleşmesini müteakip icra müdürünün cebri satışı durdurup on beş gün süre vereceği' yolundaki üçüncü cümle hükmü iyi formüle edilmemiştir. Bu hüküm, diğer hükümler paralelinde, paraya çevirme aşamasına dek kıymet takdirinin yapılmamış olduğu durumdaki bir rızai satış talebine ilişkindir. Cebri satış süreci, KT'nin bu aşamada yapıldığı hallerde (de), ancak icra organının satışa arz kararı vermesiyle başlar[10]. Dolayısıyla, borçlunun KT tebliği üzerine satış yetkisi talebi halinde, durdurulacak bir cebri satış süreci henüz yoktur. Bu açıdan, söz konusu düzenlemeyi, 'sicilli mallar bakımından haciz aşaması sonrasında yapılan bir KT

---

7 Çelikoğlu, s.172-175. Cebri satışın bir kamu hukuku tasarrufu olduğu kabul edilmekle birlikte bu paraya çevirme işleminin maddi hukuka göre oluşturulmuş bir şekli hukuk yöntemi olduğu hususunda neticeten benzer yönde bkz. F. C. Sadioğlu, Artırma Yoluyla Satış, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020, s.163-dn.113.

8 Umar, s.250, 254. Ayrıca bkz. A. Başözen, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.103-108.

9 Nilüfer Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.135-139.

10 Çelikoğlu, s.165-dn.95, 166-167.

işleminin tebliği akabinde borçlunun talepte bulunması halinde ve KT'nin kesinleşmesi üzerine icra müdürünün borçluya on beş gün mehil verip cebri satışa arz kararını erteleyeceği' şeklinde anlamak gerekir[11]. Nitekim, fıkranın son cümlesindeki "alacaklının satış talep süresinin rızai satışın icra mahkemesi onay süreci sonuna dek işlemeyeceği" düzenlemesi de, rızai satışın cebri satış süreci öncesinde gündeme gelebileceğine işaret etmektedir. Öte yandan, haciz işlemi esnasında yapılmadığında, KT işlemi bu aşama içinde[12] icra dairesi tarafından resen tesis edilebileceği gibi, taraflar meyanında borçlu da KT talebinde bulunabilir. Bu surette (de) borçlu paraya çevirme aşaması ve cebri satış süreci başlamadan rızai satış yetkisi talep edebilmek gerekir[13]. Ezcümle, borçlunun rızai satış yetkisi talebi, mahcuz malın KT'sinin haciz aşamasında yapılmış olup olmamasına göre alacaklının cebri satış talebi öncesinde veya sonrasında husûle gelebilir. Bunun pratik sonucu şudur ki; borçlu rızai satış talep hakkını ancak bir kez kullanabilir. Neticeten, icra müdürü, sicilsiz mallarda temelde haciz aşaması sonundaki ya da sicilli mallarda temelde paraya çevirme aşamasındaki KT tebliği üzerine, borçluya talebi halinde ve KT'nin kesinleşmesiyle, borçluya satış işlemini tesis etmesi için on beş günlük süre verecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında, rızai satış işleminin içeriğe ilişkin şartı olan satım bedeli eşiği (asgari satım bedeli) düzenlenmektedir. Cebri satıştakinden farklı olarak, rızai satışta asgari satım bedeli, malda muaccel rüçhanlı alacak takyidatı varsa karşılama ilkesi de sağlanmak kaydıyla, mahcuzun muhammen değerinin yüzde doksanı ve yapılmış takip masrafları toplamıdır (İİK, m.111a/II)[14].

---

[11] Rızai satış kurumu hususunda ülkemiz için mukayeseli hukuk kaynağı teşkil edebilecek Fransız Hukuku'nda, borçlu menkuller için hacizden sonraki bir aylık sürede mala alıcı bulup icra görevlisine bildirerek rızai satış teklifinde bulunabilmekteyken, gayrimenkuller için icra mahkemesince tertip olunan paraya çevirme kararı oturumu öncesinde alacaklılara bildirimle veya oturum günü teklifte bulunabilmektedir (bkz. Andrieux, p.35,38). Kanımızca, İİK m.111a hükmünün formülasyonunda Fransız Hukuku'ndan yararlanılmış ve gayrimenkullere ilişkin düzenleme temel alınmış olup özellikle sicilsiz menkuldeki farklılık dikkatten kaçmıştır.

[12] Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.269; R. Arslan/E. Yılmaz /S. Taşpınar Ayvaz, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.233; Boran Güneysu, s.140-142; Yarg. 17 HD, E: 2012/2006, K: 2012/3125, T. 14.03.2012 (KİBB).

[13] Bkz. Serdar Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", Lexpera Blog-27.11.2021, Bent III-para.2, <http://www.blog.lexpera.com.tr > (SET: 16.01.2022).

[14] Rızai satış düzenlemesi bakımından mukayeseli hukuk kaynağı olarak yararlanıldığını sandığımız Fransız Hukuku'nda, asgari rızai satım bedeli menkullerde borçlunun izin talebinin iletildiği alacaklıların muvafakatiyle ve gayrimenkuller bakımından rızai satış iznine yetkili olan icra mahkemesi tarafından belirlenmektedir; bkz. Andrieux, p.35, 38; EU- EJE, Information Sheet / France, E-note:1-5, E-note 3: The attachement

Maddenin üçüncü fıkrasında, 'borçlunun rızai satışta -bizzat satıcı olmakla birlikte- satım bedelini kabz yetkisi bulunmadığı ve asgari satım eşiğini karşılayan bedelin on beş günlük işlem tesis süresi içinde takip dosyasına ödenmesi' lazımesi düzenlenmektedir. Bu meyanda, tamamlayıcı bir işlem olarak işlemin icra hakimi tarafından onaylanması gerektiği kabul edilmiştir. Rızai satış da temelde takipli alacaklılar yararınadır. Bu yüzden, fıkra hükmü kapsamında tamamlayıcı işlem (icra mahkemesi onayı) için satım bedeli eşiğini aşma şartını karşılayan satım bedelinin takip dosyasına ödenmiş olduğunun icra müdürü tarafından teyidi gerekli görülmüştür[15]. İcra müdürü, taraflardan satım sözleşme belgesini de temin ederek, dosyayı icra mahkemesine sevk edecektir. Fıkranın müteakip hükmü uyarınca, icra mahkemesi dosya üzerinden incelemeyle, şartların tahakkuku halinde onay ve aksi durumda da ret kararını on gün içinde verecektir. Bu açıdan, onay kararı için ilgililerin dinlemesi ve malın rızai satım bedeli kapsamında ödenemeyecek diğer hacizli alacakları da karşılayacak daha yüksek bir bedelle satılıp satılamayacağının araştırılması söz konusu değildir[16]. Onay kararı halinde hacizlerin fekkiyle birlikte malın devir teslim müzekkeresi tanzim olunacaktır (İİK, m.111a/III). İcra mahkemesinin onayı, kanımızca, menkuller bakımından alacaklının muvafakati (İİK, m.86/I) yerine (de) kaimdir. Gayrimenkuller bakımından, mahcuz malda tasarruf rejimi farklı olmakla (İİK, m.91/I-ilk c; TMK m.1010), bu sözkonusu değildir. İcra mahkemesinin onay kararı, sicilsiz menkuller bakımından varsa malda başka hacizleri hükümden düşürmenin yanı sıra, sicilli menkuller ve gayrimenkuller bakımından da yine varsa diğer hacizler ile muaccel rüçhanlı alacak haklarına ilişkin (akdi-kanuni rehin) takyidatların -satım bedelinden tatmin imkanı (İİK, m.206 ve 100-101 hükümleri dairesinde) baki olarak- terkinini temin etmektedir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, İİK'daki diğer hükümlerin rızai satış hakkında da kıyasen uygulanması esası kabul edilmiştir. Bu hükmün, bu Kanun'da hakkında düzenleme bulunmayan tüm haller bakımından, anlam ve isabeti izaha muhtaçtır[17].

---

of tangible movable property, I.4 (Sale of the assets seized) ve E-note 5: The attachment of immovable property, III.3 (Sale), <http://europe-eje.eu/en/fiche-thematique/pays/france> (set. 05.02.2016). Ayrıca, menkuller bakımından bkz. M. A. Alpaslan, İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevliliği, Onikilevha Yayınevi, İstanbul-2018, s.126; gayrimenkuller bakımından bkz. M. Namlı, İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Satışı, İstanbul, 2019, s.576-577.

15 Kale, agy, Bent III-para.4.

16 Bkz. Kale, agy, Bent III-para.7.

17 Elverişli bir durum örneği olarak satış bedelinin nemalandırılması işlemi için bkz. Kale, agy, Bent III-para.6.

Örneğin, icra mahkemesinin söz konusu onay kararına karşı bir hukuki çare hakkında İİK'da açık bir düzenleme yoktur. Gerçi, icra mahkemesinin söz konusu kararının kesin olduğu tasrih olunmaktadır (İİK, m.111a/III). Ancak, söz konusu kesinliğin sonuçları bu kararın mahiyetine bağlıdır. İcra mahkemesinin rızai satış onay kararı satış sözleşmesindeki tasarruf işleminin[18] yerini tutmakta ve aleniyeti de temin etmekte olup satılan malın mülkiyetinin gayrimenkuller bakımından tescilsiz ve menkuller bakımından teslimsiz devri hükmündedir (İİK, m.111a/III)[19]. Bu açıdan, söz konusu karar, mahcuz menkullerde borçlunun tasarruf işlemi tesisi için aranan alacaklı muvafakati ve mülkiyetin nakli için gereken zilyetlik devri yerine ve gayrimenkuller bakımından da satım akdi için gerekli resmi şekil ve tescil için aranan borçlu talebinin yanı sıra, takyidatların terkini zımnında icra dairesi kararı yerine kaim olmaktadır. Dolayısıyla, rızai satış onayı kararı, takibe etkili hukuki işlem istihsal eden bir icra işlemi teşkil etmekte olup yargısal işlem değildir. Öte yandan, ret kararı tümüyle bir icra işlemidir. Bu mahiyet, icra mahkemesinin verdiği söz konusu kararlar hakkında hukuki çare imkanı mevcudiyeti araştırılırken göz önünde tutulmalıdır. Bu açıdan, İİK'da rızai satış onay-ret kararlarına karşı hukuki çare yolu hakkında kıyasen tatbik olunacak bir kural yoktur.

Maddenin son fıkrasında, ikincil mevzuat olarak Bakanlıkça uygulama yönetmeliği çıkarılacağı tasrih olunmaktadır.

B) CEBRİ SATIŞ TALEBİNE İLİŞKİN DÜZENLEME DEĞİŞİKLİKLERİ

Cebri satış talebi Kanun'da temelde m.106 ve 110 hükümlerinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte bazı münferit hükümler de bu hususta düzenleme içermektedir (ör: İİK, değişik m.115/III).

7343 Sy. Kanun kapsamında cebri satış talebine ilişkin kurallarda önemli değişiklikler husûle getirilmiştir. Bunları aşağıdaki gibi aktarıp izah edebiliriz.

---

[18] Bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2014, s.114-116, 189 ve 246, 250.

[19] Haciz işleminin borçlu bakımından sonucu tasarruf yetkisi sınırlandırılması olup; malikin tasarruf işlemi tesis etmesi kaideten icra dairesinin alacaklının muvafakatini sorarak vereceği izne tabidir (İİK, m.86,92). Ancak, temlik tasarruf işlemi bakımından, kanun koyucu yeni hükümle söz konusu izin işleminin alacaklıya sorulmaksın tesisini benimsemekte ve fakat bunu icra dairesinin ön izni ve icra mahkemesinin onayı şeklinde iki etap halinde bir kollektif işlem olarak kabul etmektedir (İİK, m.111a/III). Tasarruf yetkisi kısıtlaması halinde işlemi tesisi için izin-onay ön işlemi hakkında bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s.373-378.

1-Madde 106: Talep için Müddetler ve Giderlerin Yatırılması

Cebri satış talebi Kanun'da temelde m.106 hükmüyle düzenlenmiştir. Bu madde hükmü cebri satış talebinin süresine ilişkindir.

Madde kapsamında önemli değişiklikler yapılmış olup bunlar m.111b uygulama yönetmeliğini müteakip azami bir yıl içinde ve Bakanlıkça ilan edilen mahallerde uygulanılmaya başlayacaktır (İİK, Geçici m. 18/II).

Değişik düzenlemeler Bakanlığın yapacağı söz konusu ilan tarihinden itibaren tesis olunan haciz tasfiyesine ilişkin cebri satış talepleri hakkında uygulanacaktır (İİK, Geçici m.18/II-1).

Değişik maddeyle husûle getirilen değişiklikler şunlardır.

(1) Birinci fıkra hükmüyle:

i)Satış talep süresi menkuller bakımından da bir yıla çıkarılmıştır.

Bu durum haczen satılacak mallara özgüdür. Merhun paraya çevirme işlemlerinde haciz yoluyla takiptekine atıf yapılmışsa da satış talebi ayrık hükümle düzenlenmiştir (İİK, m.150e,g).

ii) Borçluya da satış talebinde bulunma yetkisi tanınmıştır.

Rızai satış kapsamında borçluya satış yetkisi isteme imkanı tanındığına göre, bu değişikliğin gereksiz olduğunu söylemek mümkündür[20].

Temelde menkuller bakımından husûle gelen zaruri paraya çevirme halleri bağlamında, icra dairesinin resen satış yetkisinin yanı sıra borçlunun talepte bulunma yetkisi mevcuttur (İİK, m.113). Bu yetkinin sınırlı olarak zuhur edebilecek olsa da benzer durumlar bakımından gayrimenkullere teşmili de kabul edilebilir[21].

Esasen, satış talep süresi ve bunun geçirilmesine bağlanan haczin düşmesi sonucu da alacaklının satış talebi bakımından bir yaptırıma bağlanmış olup bunun borçlununki bakımından bir anlamı olmadığı açıktır (İİK, değişik m.110)[22].

(2) İkinci fıkra hükmüyle:

---

[20] Aksi görüşte bkz. ve krş. E. Yardım, "İcra ve İflas Kanununda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklik ve Yenilikler", Bent II-para.1, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Web Site Yayını-24.12.20021, <https://www.law.khas.edu.tr > (s.e.t: 01.12.2021).

[21] Bu hususta biraz farklı olarak benzer yönde bkz. Hakan Pekcanıtez / Nedim Meriç, "Borçlunun Talebiyle Satış", Y.2020, S.151, TBBD, ss.235-258, s.242-243 ve orada dn.17'de zikrolunan Yarg. 23 HD, E: 2014/1819, K: 2014/6058, 30.09.2014 T.

[22] Pekcanıtez/ Meriç , s.239, 251.

RM akim kaldığında, talep süresinin, satış isteyen alacaklı bakımından bir yıl uzaması esası kabul edilmiştir.

Bu açıdan ilk talep süresinden bakiye mevcutsa, uzama süresi, hemen değil; onun hitamından sonra başlayacaktır. Bu sonuca, satış talep süresine ilişkin de düzenleme içeren ilgili diğer iki maddeden hareketle ulaşılabilmektedir (İİK, değişik m.115/III; 110/I).

Uzama süresi dahilindeki sonraki bir talep üzerine tertip olunan yeni RM de sonuçsuz kalırsa artık yeni bir cebri satış talep süresi tanınması mümkün olmayacak gibidir[23].

***(3)** Üçüncü fıkra hükmüyle:*

Satış talebiyle birlikte satış masraflarının yanı sıra kıymet takdiri masraflarının da depo edilmesi zorunlu kılınmıştır.

Burada söz konusu edilen, haciz aşamasında yapılmamış olan ve ilk defa paraya çevirme aşamasında yapılacak olan kıymet takdiridir. Dolayısıyla, şayet haciz aşamasında kıymet takdiri yapılmış bir mal için cebri satış istendiğinde kıymet takdiri masrafı depo edilmesine ihtiyaç yoktur[24].

İlk kıymet takdirini etkileyen bir mükellefiyet tesbiti halinde sonradan da yeniden kıymet takdiri gerekir (İİK, m.128/II). Bununla birlikte, yeniden kıymet takdiri için baştan ikinci bir kıymet takdir masrafı depo edilmesi gerekmez. Zira, ihtiyaç duyulan hallerde sonradan masraf ikmal mehili verilmesi kabul edilmiştir (İİK, değişik m.106/VI).

***(4)** Dördüncü fıkra hükmüyle:*

Sicilli motorlu taşıtların, kıymet takdirinin yanı sıra muhafaza işleminin de satış talebiyle birlikte yapılması esası kabul edilmiştir.

Bağlı olarak, bunlar bakımından, kıymet takdiri ve satış masraflarına ilaveten muhafaza masraflarının da depo edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Esasen, takibin önceki aşamasına ilişkin işlemlerine değişiklikler kapsamında, İİK m.88/IV- cümle 4 hükmüne göre, para-mücevher vb. dışındaki menkul mallar masrafı peşin olarak ödetilerek haciz sırasında muhafaza altına alınır. Fıkra dört hükmüyle getirilen yeni düzenlemeyle, haciz esnasında muhafaza önlemi alınmamış olan söz konusu mahcuz menkuller, satış talebi üzerine muhafaza altına alınacak veya alıcıya teslime hazır kılınacak olup aksi takdirde satışa arz edilmeyecektir. Bu düzenleme sicilsiz menkullere ilişkindir. Fıkra

---

[23] Haczin düşeceği şeklinde bu yönde bkz. Yardım, agy, Bent II-para.3.

[24] Kale, agy, Bent II-para.5. Benzer görüşte ayrıca bkz. Yardım agy, Bent II-para.4.

hükmü kapsamında sicilli motorlu taşıtlara ilişkin söz konusu düzenlemenin (İİK, değişik m.106/IV) saklı olduğu da tasrih olunmuştur. Düzenlemenin anlamı açık değildir[25]. Kanımızca, bu hüküm uyarınca, diğer sicilli veya sicilsiz mahcuz menkullerin satış talebi bakımından KT talep ve masraf ikmali bir geçerlik unsuru değildir. Bu iki düzenleme birlikte dikkate alındığında, sicilli motorlu taşıtlarda –diğer sicilli veya sicilsiz menkullerinkinin aksine- haciz talebi esnasında muhafaza masrafı (İİK, m.95) peşin alınmayacaktır. Bu itibarla, sicilli motorlu taşıt harici menkuller hakkında haciz işlemi akabinde muhafaza işlemi resen tesis olunacak ve bu esnada KT'si de yapılabilecektir. Ancak, haciz sırasında muhafaza işlemi tesis olunamayan böyle mahcuzlar bakımından bu işlem artık paraya çevirme aşamasında tesis olunacaktır.

Neticeten, mahcuz sicilli motorlu taşıt ancak satış talebi üzerine muhafaza altına alınabilecektir.

(5) Beşinci fıkra hükmüyle:

Önceki fıkralar hükümleriyle getirilen, masraf avansı depo zorunluluğuna uyulmamış olduğunda, satış talebinin vaki olmamış sayılması yaptırımı kabul edilmiştir.

Hukuken, bir irade beyanının vaki olmamış sayılması, o işlemin yok hükmünde kabul edilmesi anlamına gelir. Yok hükmündelik söz konusu işlemin kurucu unsurlardan yoksun olması durumundaki sakatlık halidir[26]. Dolayısıyla, burada, masraf avansı depo edilmesi satış talebi işleminin kurucu unsuru olarak kabul edilmiş olmaktadır.

Böyle bir durumda, satış talebiyle duran cebri satış isteme süresi de durmayıp işleyecek ve masraf ikmalli yeni talep itibariyle arada sürenin dolmuş olması halinde maldaki haciz düşmüş olacaktır.

(6) Altıncı fıkra hükmüyle:

Talep esnasında depo ettirilen masraf avansının yeterli olmaması halinde, ikmal için on beş gün süre verilmesi ve ikmal olunmaması halinde de satış talebinin vaki olmamış sayılması yaptırımı kabul edilmiştir.

---

25 Aynı yönde bkz. Yardım, agy, Bent II-para.5.

26 Bkz. Kemal Oğuzman/H. Nami Barlas, Medeni Hukuk, 22.Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2016, s.219-223 (Cebri satış talebi bir taraf icra işlemidir. Taraf icra işlemleri kaideten tek başına sonuç doğurmayıp bir kamu hukuku ilişkisi bağlamında tesis olunmakla özel hukuk işlemi sayılmaz; bkz. Çelikoğlu, s.116-dn.216]. Bununla birlikte, özel hukuk işlemlerine ilişkin kurallar TMK m.5 hükmü uyarınca özel hukuk ilişkisiyle sınırlı olsa da, genel hükümler meyanında, hukuki işlemlere ilişkin geçersizlik esasları niteliğine uygun düştüğü ölçüde kamu hukuku meyanında idari işlemlerinkine de tatbik olunabilir. Bu hususta, bkz. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I-IV, Akgün Kitabevi, İstanbul, 1966, C.I, s.112; K. Gözler, İdare Hukuku, C.I-II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, C.I, s.120-121. Bu yönde ayrıca bkz. Çelikoğlu, s.385.

Bu düzenleme bazı sorunlara yol açabilecek özelliktedir.

Böyle bir durumda, ilk talep kapsamında tesis olunan hazırlık işlemleri de temelsiz kaldığından, talep yenilendiğinde eski işlemlerden yararlanmaya teorik olarak imkan yoktur. Bunun için, mümkün olan hallerde, eski işlemlerden yararlanılmasını tasrih eden bir düzenleme yapılması gerekir.

(7) Yedinci fıkra hükmüyle:

Bu madde hükümleri uyarınca, ödenecek masraf avans tutarlarının Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak tarifeyle belirlenmesi esası kabul edilmiştir.

Masraf avans tarifesi, bu madde hükümlerinin uygulamaya sokulmasından itibaren yıllık dönemler halinde yayımlanacaktır.

Bu fıkra uyarınca çıkarılacak tarifenin uygulamaya girmesi öncesindeki cebri satış talepleri bakımından yatırılmamış veya eksik yatırılmış olan masraf avansları tarife çıkarılmasını takiben bir yıl içinde ikmal edilebilecektir (İİK, Geçici m.18/III).

2- Madde 110 : Haczin Kalkması

İcra ve İflâs Kanunu m.110 hükmü, cebri satış talep kurallarının (alacaklı tarafından) ihlaline bağlanan sonuçlara ilişkindir. Bu kapsamda, haczin düşmesi ve düşen haciz-muhafaza masraflarının borçluya tahmil olunmaması yaptırımları caridir. Maddede, söz konusu yaptırımlar hakkında bir değişiklik yoktur.

Bununla bağlantılı bir mesele bakımından bir yenilik ortaya çıkmaktadır. Tertip olunan RM'nin akim kalması üzerine, satış isteyen alacaklı bakımından, İİK değişik m.106/II hükmü uyarınca uzayan talep süresi dahilinde, sonraki bir talep üzerine tertip olunan yeni RM de sonuçsuz kalırsa, artık yeni bir cebri satış talep süresi tanınmaması karşısında, haciz düşecektir.

Maddenin birinci fıkrası, yeni m.106 (V,VII) hükmü *(masraf avansının tarifeyle belirlenmesi ve satış talebiyle birlikte yatırılmaması halinde talebin vaki olmamış sayılması kuralı)* doğrultusunda, yeniden düzenlenmiştir.

Bu minvalde, eski fıkra hükmünde, haczin (*süresinde talepsizlik hali dışında*) bir diğer düşme sebebi olarak kabul edilmiş olan; 'satış talebi üzerine icra müdürü tarafından masraf avansı belirlenmesi ve on beş gün içinde depo edilmesi ' kuralı metinden çıkarılmıştır.

Değişik düzenleme, Bakanlıkça ilan edilen mahallerde ve bu ilan tarihinden sonra tesis olunan hacizler bakımından uygulanılmaya başlayacaktır (İİK, Geçici m. 18/II-1).

C) RESMİ MÜZAYEDE USÛL-ŞEKLİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK: e- RM

İİK yeni hükümleri kapsamında asli cebri satış yöntemi olan açık artırma suretiyle paraya çevirme işleminin (RM) usûl-şekline yönelik önemli bir değişiklik-yenilik getirilmiştir. Bu minvalde, *Elektronik ortamda açık artırma yoluyla satış* başlıklı İİK m. 111b hükmü ilave madde ihdası suretiyle Kanuna girmiştir. Bu düzenlemeyle artırma yoluyla paraya çevirme bakımından başlıca yöntem olarak e-RM kurumu benimsenmiştir (İİK, m.111b/I).

Maddeyle, mevcut durumda kısmen e-ortamda icra olunan RM'nin tümüyle e-ortamda icrasına yönelik hükümler sevk edilmiştir. Bu maddeyle benimsenen e-RM kurumu, cebri satışın olağan haliyle başlıca paraya çevirme yöntemi olan RM icrasına ilişkin yeni bir usûl-şekil modeli teşkil etmektedir.

Halen ilgili hükmün uygulamaya sokulmadığı yerlerde uygulanan, önceki modelde RM'nin ihâle safhası da ön aşama ve son aşama şeklinde iki aşama halinde yapılandırılmıştır (İİK, mülga m.115/I,129/I). Burada, ihâlenin ön aşaması olarak UYAP adliye bilgisayar işletim sistemi üzerinden teklif yarışı başlatılmakta ve son aşama olarak "yarış" fiziki ortamda yüzyüze sürdürülüp neticelendirilmektedir (İİK, mülga m.115/I ve 129/I). Yeni düzenlemeyle benimsenen e-RM'de bu bölümlendirme yer almamakla, RM'nin tümüyle e-ortamda başlatılıp sonuçlandırılması esası caridir.

Maddi hukukta artırma yoluyla satış TBK ve Mehazı'nda emredici olmayan hükümlerle düzenlenmiş olup bu hususiaki yöntem ve tarafların hak-yükümleri müzayede şartnamesiyle belirlenmektedir[27]. Artırma yoluyla satışın e-ortamda icrası olarak e-müzayede özel hukuk uygulamasında bilinen ve başvurulan bir yöntemdir[28]. Bu meyanda, hukuk sistemimizde, şekli hukukta da, RM'nin kısmen e-ortamda icrasıyla elde edilen tecrübe ve mevcut sistem altyapısından yararlanılarak, etkin ve verimli bir ihâle için, yeni düzenlemeyle artık e-müzayede cebri artırmada kanunen benimsenmiş olmaktadır [29]. Bu

---

27 Sadioğlu, s.148-149, 344-345.

28 Bkz. Zarife Şenocak, "İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi", Y.2001, C.50, S.3, ss.93-114, AÜHFD, s.98-101; Sadioğlu, s.13, 307-309, 310-314.

29 Bkz. 7343 Sy. Kanun Teklif Gerekçesi- Madde 13, TBMM Yasama Dönemi 27-Yasama Yılı 5 / Sıra Sayısı : 285 (2/3911 numaralı Kanun Teklifi ve Adalet Komisyon Raporu), ss.95/95, s.13, <http://www5.tbmm.gov.tr> (SET: 23.01.2022). Cebri icrada bu müzayede usul-şekil modelinin (e-RM) başka hukuk sistemlerinde de kullanıldığı bilinmektedir; bkz. H. Gramckov, "Court Auctions: Effective Processes and Enforcement Agents", World Banks's Justice Reform Practice Group, Working Paper Series About the Justice and Development, Washington DC, 2012, pp.22/22, p.17; M. A.

hususta ihdas olunan yeni hükme göre, asgari satım bedeli ve bunun tahakkuksuzluğunda ikinci artırma icrası hakkında bir değişiklik yoktur. Ancak, e-RM (ihâle safhası da), kural olarak yedi günlük zaman aralığı dahilinde ve önceden ilan edilen tarihten itibaren iştirakçilerin erişimine açık kalacak olan UYAP e-satış portalı üzerinden mesafeli teklif yarışması şeklinde cereyan edecek olup; teklif verme gün- saat hitamında süreç tamamlanmış olacaktır. Keza, e-RM'nin neticesi de sürecin tamamlanmasını müteakip tutanağa bağlanıp ilan edilecektir (İİK, m.111b/II ve III-İlk c; değişik m.115/IV). Dolayısıyla, cebri satış ilişkisinin kurulması (TBK, m.275/II) için yeni modelde müzayede yetkilisinin malın uygun teklif sahibine ihâle olunduğuna ilişkin sözlü beyanı söz konusu değildir (İİK, değişik m.115/II). Bu açıdan, icra-iflâs organının mahcuz-merhun malı müzayede (açık artırma) yoluyla satışa koymasının ve keza isteklilerin pey sürmesinin hukuki niteliği (ihâle safhası iki aşamada tamamlanan) eski RM modelindekinden farklıdır[30].

Elektronik ortamda hukuki işlem tesisi bazı handikaplar içermektedir[31]. Bu açıdan, söz konusu ilave madde ve irtibatlı düzenlemelerinde e-RM'nin güvenli cereyanı bakımından bazı tedbirler öngörülmüştür.

Söz konusu tedbirler şunlardır: i) Katılımcıların hak-menfaatlerine zarar verilmemesi ve e-satış portalının güvenli işleyebilmesi için, öncelikle RM iştirakçilerinin e-satış portalı bünyesindeki kimlik ve iştirak bilgileri hakkında kişisel verilerin korunması kapsamında ifşa yasağı koyulmuştur; ii) Sistemi bloke eden veya kötüye kullanan işlemci veya web sitesi işleticilerinin e-satış portalına muayyen bir müddetle erişimden ve/veya ihâleden yasaklanacak olup bunlar hakkında 5651 Sy.

Lupoi, Enforcement of a Claim with the Support of the New Information Technology. Protection of Creditor and the Debtor, Electronic Technology and Civil Procedure (Eds. M. Kengyel/ Z. Nemessanyi), Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2012, pp.181-209, p.200-205.

30 Yeni modelde icra organının malı satışa koyması (satışa arz kararı ve akabindeki satış ilanı), belirlenen süre içinde daha yüksek bir teklif verilmiş olmadıkça, malı asgari satım eşiği üzerinden satımına ilişkin belirsiz kişilere yönelik bir öneri (geciktirici veya bozucu şarta bağlı icap) ve iştirakçinin teklifi de kabul beyanı niteliğindedir. Mevcut model bakımından kabul edilen görüşe göre ve şartnameyle aksi kabul edilmiş olmadıkça, müzayedecinin (cebri artırmada icra organı) malı asgari satım bedeli üzerinden satışa koyma ilanı bir icaba davet ve iştirakçinin teklifi icap olup malın uygun teklif sahibine ihâle olunma beyanı da kabul beyanı niteliğindedir; ayrıntılı bilgi için bkz. Sadioğlu, s.379-dn.301,381-dn.309,382,384,390-391,394-395. İnternet ortamında artırmada satışa çıkarılmasının öneri ve verilen teklifin kabul beyanı olduğu hususunda Alman Federal Mahkemesinin 07.11.2001 T. kararı (BGH VIII ZR 13/01) için bkz. Sadioğlu, s.311-dn.22.

31 Yardım, agy, Bent IV-para.3.

Kanun'a[32] göre suç duyurusunda bulunulabilecektir (İİK, m.111b/III ve VII-VIII). Bu caydırıcı - bastırıcı işlemlerin tesis edicisi icra müdürlükleri değil; doğrudan, Adalet Bakanlığı UYAP/ E-Satış Portalı birim yetkilileri olacaktır (İİK, m.111b/VIII-Son c).

Öte yandan e- teklif verme sırasında UYAP bilişim sisteminde bakım-onarım ihtiyacının zuhur etmesi halinde işlemlerin kesintiden etkilenmemesine yönelik bazı araçların devreye sokulması öngörülmüştür (İİK, m.111b/VIII,IX). Bu kapsamda, e-satış portalı bakım-onarım kesintisinin RM'nin geçerliliğine halel getirmeyeceği tasrih olunmuştur (*Ayrıca, RM'nin ihâle safhasını düzenleyen İİK değişik m.115/III hükmüyle arıza halinde ek teklif verme süresi tanınması kabul edilmiştir*).

E-satış portalının işleyişi ve RM organizasyonu bakımından katılımcılar ve icra dairesi ile UYAP işleticisi olarak hizmet sağlayan Bakanlığın süreçteki rolleri bu ilave maddenin uygulanma şekline ilişkin ikincil mevzuat düzenlemelerini de gerektirmektedir. Bu açıdan, Bakanlıkça altı ay içinde RM'ye mahsus bir uygulama yönetmeliği çıkarılması öngörülmüş (İİK, m.111b/X) olup söz konusu yönetmelik çıkarılmıştır[33].

Yeni modele ilişkin hükümler, "e-RM Yönetmeliği"nin yürürlüğe girmesinden (08.03.2022) itibaren Bakanlıkça bir yıl içinde uygulamaya sokulan yerlerde ve uygulamaya giriş tarihi itibariyle satış ilanı yapılmamış olan RM'ler hakkında caridir. Fakat, satış ilanı yapılmış bir RM'nin semereli olmaması halinde, yeniden cebri satış talebi üzerine artık yeni hükümler uygulanacaktır (İİK, Geçici m.18/II-2,3,4).

İnternet ortamında müzayede fiziki ortamdakine nazaran daha kolay ve rahattır[34]. Bu açıdan, bu satış yönteminin cebri icra prosedürlerinde kullanılması hukuk sistemlerinde giderek yaygınlaşmaktadır[35]. Yeni kurumun e-ortamda işlem tesisine ilişkin

---

[32] İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (RG, 23.05.2007, S.26530).

[33] "İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik" çıkarılmış olup; 08.03.2022 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir (RG, 08.03.2022, S. 31772). Yönetmelik düzenlemeleri temelde Kanun hükümlerinin tekrarından ibaret olmakla, görevli idari makamlar meyanında e-satış portalı işleticisi olan Bakanlığın yeni RM modeli itibariyle süreçteki rolü ve isteklilerin katılım araçlarına ilişkin teknik detayların diğer adsız düzenleyici işlemlerle tasrih olunacağı anlaşılmaktadır.

[34] Şenocak, s.99.

[35] Kıta Avrupasında cebri icrada elektronik ortamda müzayede çeşitli ülkelerde farklı düzey ve kapsamlarda kullanılmaktadır; bkz. EU/European e-Justice, Judicial Auctions, List of EU countries in which the on-line judicial auction is already in place (Last update: 17/11/2021), <https://www.e-justice.europa.eu/473EN/judicial_auctions> (SET:

hukuk-işlem güvenliği dezavantajları Kanunda öngörülen tedbirlerin yanı sıra çıkarılacak ikincil mevzuat kapsamında telafi olunması mümkündür[36].

Neticeten, e-RM, süreçlerde kullanılan insan kaynağı faktörünü azaltmakla cebri icrada iş yükü sorunuyla mücadeleye[37] hizmet edebilir[38]. Nitekim, yeni modele vücut veren düzenlemeler uyarınca RM hazırlık safhası işlemlerinin tesisi kolaylaştırılmış ve ihâle safhası süreci de kısaltılmıştır[39].

Öte yandan yeni madde hükmü, cebri satışta artırma tarzını ve usûl- şeklini teke irca etmekle, bu yönden eleştiriye açıktır[40]. Nitekim, Almanya Hukuku'nda söz konusu artırma yoluyla paraya çevirme işleminin elektronik (online) veya fiziki ortamda icrası hakkında icra

---

21.02.2022). Bu hususta genel bir eğilim mevcut olduğu yönünde ve örnek ülke isimleri hakkında bkz. EU-CECL/IUJO, Enforcement Atlas, Civil enforcement in the EU: a comparative overview, Comparative Report (Project Deliverable D.8), February 2021, p.34,36, <https://www.enforcementatlas.eu/comparative-overview/> (SET: 21.02.2022).

36 Bkz. Kale, agy, Bent V-para.9.

37 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. C. T. Çelikoğlu, Cebri İcra Organizasyon Reformu İhtiyacı, Prof. Dr. N. Berkin'e Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, ss.363-445. Yozlaşma ve suiistimali azaltıp şeffaflığı artırarak sürecin doğru işleyişine katkı sağlayacağı yönünde ayrıca bkz. Lupoi, p.205; mealen aynı yönde bkz. Y. Akbulak, "Yeni İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Teklifinde Ticari Yaşamı İlgilendiren Temelde Neler Var", Legal Blog-09.11.2021, Bent 3-para.2, <https://www.legal.com.tr/blog/genel > (SET: 01.12.2021).

38 Ülkemizin (de) üyesi olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan ilgili birim uzman görüş raporlarında, takibin makul sürede sonuçlandırılmasına katkıda bulunabilecek araçlar meyanında online açık artırma kurumuna da (electronic auctioning) işaret edilmiştir; bkz. CoE-CEPEJ, Good practice guide on enforcement of judicial decisions, December 2015 (Ed. G. Payan), para.44, <https://www.rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-good-practice/16807477bf> (set. 21.02.2022).

39 Hazırlık işlemleri elektronik ortama taşınarak kaydileştirilip (dematerialisation) iş görme süresi azaltılmış; satışa çıkarılan mal için teklif verme süresi, mevcut yarı elektronik RM'de menkullerde 10+1 (11) gün ve gayrimenkullerde 20+1 (21) gün iken (bkz. Büşra Kazmaz Tepe, İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.102-104), ihâle safhası itibariyle tek aşamalı icra olunacak olan e-RM 'de 7 gün (menkul-gayrimenkul) olmakla, kısaltılmıştır.

40 Bkz. Yardım, agy, Bent IV-para.1. Bu düzenlemeyle aynı zamanda RM'nin tarzı da cebri artırmanın elektronik ortamda sadece açık artırma suretiyle yapılması kabul edilmekle, yine elektronik ortamda muayyen kişiler arasında kapalı olarak yapılmasına da cevaz verilmemiştir. Bu hususta menkuller bakımından icra müdürüne verilen takdir yetkisi de kaldırılmıştır (İİK mülga m.114/II). Kanımızca bu husus da eleştiriye açıktır; buna aşağıda irtibatlı madde bağlamında temas edeceğiz.

organının takdir yetkisi bulunmaktadır (dZPO, 814/2-2) [41]. Avusturya Hukuku'nda da durum benzerdir (öEO, 277a-c)[42]. Keza Mehaz İsviçre Hukukunda da maddi hukuk hükümlerine kıyasen online artırmaya da cevaz verilmekle[43], iki seçenek de mevcuttur. Ayrıca, Kanunda teklif verme süresinin menkul-gayrimenkul bazında aynı olması ve keza satışa koyulan mal bazında belirlenmeye imkan tanınmaması karşısında, ilgili düzenleme esnek olmaması yönüyle eleştirilebilir[44].

Ç) YENİ e-RM CEREYANI ve SONUÇLARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Cebri satış işleminin açık artırma suretiyle tesisi İİK'da haciz yoluyla takipler kapsamında menkul-gayrimenkul mahcuzlar bakımından ayrı hükümlerle ve fakat temelde paralel olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler, kıyasen, rehin tasfiyesi ile iflas tasfiyesi ve hatta kural olarak izaleyi şüyu tasfiyesine ilişkin paraya çevirme işlemlerine de şamildir (İİK, m.150g, 243; HMK, m.322/2)[45].

Maddi hukukta isteğe bağlı müzayede, artırma hazırlığı ve artırma ihâlesi şeklinde, iki safhada tamamlanır[46]. Şekli hukukta cebri müzayede (RM) bakımından da durum farklı değildir (İİK, m.114-115;126-129). Bu iki safha hakkında menkul-gayrimenkul RM hakkındaki bazı ortak şartların yanı sıra, mahsus şartlar da söz konusudur. Yeni model (e-RM) nedeniyle, Kanunda söz konusu artırma safhalarının cereyanı farklılıklar ayrık olarak ve kaideten menkullerinki üzerinden yeniden düzenlenmiştir[47]. Bu minvalde, bazı maddelerde uyarlama[48] yönünde

---

41 Bkz. P. Holzwarth, EU Enforcement Atlas, Germany Narrative National Report, p. 23, <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/germany/> (set. 21.02.2022); Lupoi, p.205.

42 Bkz. Michtner, p.20.

43 Bkz. Ömer Çon, İcra Hukukunda İhalenin Feshi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.22-23 ve orada dn.53 -55.

44 Bazı hukuk düzenlerinde icra organına teklif süresini belirleme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır: Örneğin, Slovenya Hukuku için bkz. EU-CECL/IUJO, Enforcement Atlas, Updates of National Information: Phase I-April 2021, p.16-17. <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/slovenia/> (s.e.t.21.02.2022).

45 İİK m.150g hükmünde merhun mal paraya çevrilmesinde atıfta bulunulmuş olan mahcuz mal paraya çevirme hükümleri arasında haliyle yeni ilave olunan m.111b hükmü yeralmamaktadır. Ancak, e-satışa ilişkin düzenlemeler bu hususdaki genel hükümle (m.111b) sınırlı olmayıp; atıf yapılan m.112-137 hükümleri arasındaki m.114 -115 ile m.126 ve 129 düzenlemeleri e-satış genel hükmüne (m.111b) uyarlanmıştır. Dolayısıyla, m.150g hükmüyle yapılan atıf m.111b'ye de şamil sayılır.

46 Sadioğlu, s.149.

47 Yardım, agy, Bent IV-para.2.

değişikliğe gidilmiş (İİK, m.114,115,118,124,126,127,130) ve bazıları (İİK, m.125, 133) da ilga olunmuştur. Bunlar, aşağıdaki gibi aktarılıp izah edilebilir.

1-Menkul Mal Hakkında e-RM Cereyanına İlişkin Değişik Düzenlemeler

a)Madde 114 : (Menkul RM) Artırma Hazırlık Tedbirleri (İşlemleri)

İİK m.114 hükmü temelde sicilsiz menkul cebri satış hazırlıklarına ilişkindir.

Sicilsiz menkul mal RM hazırlık safha işlemleri, sicilli mallar bakımından kıyasen tatbik olunan gayrimenkul RM hazırlığından farklı olarak, şartname tanzimi ve satış gün-saati ilanıdır[49].

Yeni maddede, iki cümleden ibaret eski madde birinci fıkra ikiye bölünüp ikinci cümle hükmü ikinci fıkraya alınmış ve eski ikinci fıkra metni de kısmen üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilmiştir. Bu meyanda eski birinci fıkra ilk cümle düzenlemesi yeni ilk fıkra olarak aynen muhafaza edilmiş ve diğer düzenlemeler büyük ölçüde yeni RM modeline uyarlanmıştır. Şu değişiklikler söz konusudur.

(1) İkinci fıkra hükmüyle:

i) RM ihâle safhasına ilişkin teklif verme gün-saatinin on beş gün önceden ilan edilmesi kuralı koyulmuştur.

Eski metinde bu hususta bir hüküm yokken uygulamada teamülen Mehaz'daki gibi üç gün önceden yapılan[50], duyuru zamanı yeni hükümde ihâle tarihinden on beş gün öncesi olarak kanunen düzenlenmiştir.

ii) Teklif verme gün-saat bilgisini havi satış ilanı her halûkarda e-satış portalında yayımlanacaktır.

Eski metinde 'satış ilanı e-ortamda da yapılır' şeklindeki düzenlemede bu mecraya atfen kullanılan 'e-ortam' ibaresi 'e-satış portalı' olarak redakte edilmiştir.

---

48 Akbulak, agy, Bent 4-para.2.

49 Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku –El Kitabı, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.620; Ramazan Arslan, İcra-İflâs Hukukunda İhâle ve İhâlenin Feshi, AÜHF Yayını, Ankara, 1984, s.39-40. Ayrıntılı bilgi için, ayrıca bkz. Mine Erturgut, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.82-90.

50 Erturgut, s.83.

iii) Gereğinde devreye sokulacak olan ikinci ihâle teklif verme gününün ilkinin hitamını takiben en geç bir ay sonrası olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Eski metne göre (İİK, mülga m.114/IV), birinci ihâleyi takiben beşinci gün e-ortamda başlayacak ön aşama on gün sürecek olmakla, ikinci artırma ihâle gününün en erken ilkinden on beş gün sonraki tarih olarak belirlenmesi gerekmekteydi[51].

2) *Üçüncü fıkra hükmüyle:*

İmla ve redaksiyon değişikliği dışında, eski madde ikinci fıkrası ilk cümlesi kapsamında yer alan icra müdürünün Kanunda menkuller bakımından tasrihen zikrolunmuş olan "artırmanın tarzını belirleme yetkisi" kaldırılmıştır. Bu değişiklikle, RM kanunen muayyen umumi tarz (açık artırma) ile sınırlanmış olmaktadır.

Maddi hukukta isteğe bağlı müzayede umuma açık veya özel (kapalı) olmak üzere başlıca iki tarzda icra edilmektedir[52]. Hukuk düzenimizde özel artırma kısmen düzenlenmiştir (TBK, m.274/IV). Şekli hukuk alanında cebri müzayede (RM) temelde açık artırma suretiyle icra olunmaktadır. Bununla birlikte, RM'nin belli şartları haiz kişiler arasında icrasına da ihtiyaç duyulan haller vardır (ör: malikin kanunen muayyen kişiler olabileceği malların cebri satışı hali)[53]. Kanunen icra müdürüne tanınmış olan takdir yetkisi kapsamındaki özel şart belirleme imkanı (İİK, değişik m.124), bunu temin etmez. Böyle haller bakımından, RM'nin umuma kapalı icrası için, Kanunu zorlayarak, İİK m.121 uyarınca icra hakiminin paraya çevirme tarzını belirleme yetkisi cihetine gitmek gerekecektir.

Kanımızca, taraf ve kamu yararına bir RM icrası için, bu düzenlemenin cebri icra organına alternatif artırma tarzı belirleme hususunda takdir yetkisi tanınması yönünde değiştirilmesi gerekir.

(3) *Dördüncü fıkra hükmüyle:*

Cebri satış ilanının gazete vasıtasıyla da yapılacak olması hali bakımından, gazete ilan metnine cebri satış şartnamesinin özetinin

---

51 Bkz. Kazmaz Tepe, s.92.

52 Arif Barış Özbilen, "İsteğe Bağlı Açık Artırma Yoluyla Yapılan Satışlarda Müzayede Evlerinin TBK Hükümleri Çerçevesinde Ayıptan ve Zapttan Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Anlaşmalar", Y.2016, C.22, S.2, MÜHF-HAD, ss.271-330, s.275; Sadioğlu, s.3-4.

53 Kayıtlı menkul kültür varlığı mahcuz-merhun cebri satışı bakımından bu şekilde bkz. Oğuz Sadık Aydos, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", Y.2008, C.66, S.4, Ankara Barosu Dergisi, ss.62-75, s.72.

yazılmasının yanı sıra, e-satış portalındaki ilan metninin link adresinin koyulması lazımesi eklenmiştir.

E-satış portalındaki ilan metni içeriğinin şartnameyi tümüyle aksettirecek olması nedeniyle, bu düzenleme isteklilerin RM süreci ve özellikle satışa koyulan mal hakkında yeterli düzeyde bilgilendirilmesini kolaylaştıracaktır.

(4) Beşinci fıkra hükmüyle:

Satış ilanını düzeltme keyfiyeti menkul mal RM'si üzerinden ve yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme, gayrimenkul cebri satış ilanı hakkındaki düzeltme hükmünden (İİK, m.126/II) alınmış olmakla birlikte kısmi farklılık mevcuttur.

Gazetede yayımlanan ilan metninde e-satış portalındakinden farklılık husûle getirilmiş olması durumunda, e-satış portalındaki ilan metnine itibar olunup e-satış portalındaki RM gün ve saati değiştirilmeden, mevcut hatanın giderilmesi sadedinde, e-satış portalı vasıtasıyla bir düzeltme ilanı yayımlanacaktır. Bu hükümde söz konusu düzeltmeli ilan metninin ilgililere tebliğ olunmayacağı da tasrih olunmuştur. Böylece, e-satış portalının cebri satış takipçileri için önemi artmış olmaktadır[54].

(5) Altıncı fıkra hükmüyle:

E-satış portalında yayımlanan e-RM ilan metninin içeriği, gazete vasıtasıyla yayımlanacak olandan farklı olarak adeta şartname mesabesinde[55], 13 bent halinde kanunen tasrih olunmuştur. Bu meyanda, somut duruma göre şartname kapsamında takdir olunacak özel şartların da satış ilan metnine ilave olunacağı anlaşılmaktadır (İİK, değişik m.114/VI-b.1 ve 12).

Maddi hukukta (isteğe bağlı) açık artırma yoluyla satımda, ilan metninin esaslı unsurunu artırma şartları oluşturmakta olup artırma şartnamesi satım sözleşmesinin kuruluş sürecine ve satım bedeli haricinde içeriğine ilişkin şartları içerir[56]. Cebri açık artırmada da durum benzer olmakla birlikte, şartname içeriği, isteğe bağlı açık artırmadakinden farklı olarak[57], temelde mevzuaten belirlenmiştir[58]. Bu

---

54 Kale, agy, Bent IV-para.5.

55 Taşınmazların açık artırması hazırlık safhası da menkullere paralel düzenlenilmiş (İİK, m.126/I) ve şartnamenin icra dairesinde incelemeye açık tutulması hükmü (de) kaldırılmıştır (İİK, m.124/II).

56 Sadioğlu, s.62,151,152-dn.45 ve s.344.

57 Sadioğlu, s.63,114,151-152 (Yazar, TBK ve Mehazı'nda artırma şartnamesi içeriğinin kanunen düzenlenmiş olmayıp sınırlamalara uygun olarak taraflarca –temelde malı satışa çıkaran tarafça- belirlendiğini belirtiyor).

açıdan, değişik hüküm uyarınca, şartnameyi aksettiren e-RM ilan metni, satışa koyulan malın vasıflarının yanı sıra Kanunun münferit madde hükümlerinde yer alan RM hazırlık ve ihâle safhasına ilişkin kuralları - isteklilerin bilgilenmesini ve artırmaya bu surette iştiraken bunlarla bağlı olmasını teminen- topluca ihtiva etmektedir. Temelde muhafaza olunan söz konusu kurallardan, 7343 Sy. Kanunla hûsule getirilen az sayıdaki değişikliği ilgili madde takdimi sırasında belirteceğimizden burada zikretmiyoruz.

(6)*Yedinci fıkra hükmüyle:*

İhâle alıcısına malın RM'nin kesinleşmesi ve damga vergisi ile katma değer vergisinin ödenmesi akabinde teslim edileceği ve sicilli mallarda gerekli tescil-terkin işlemlerinin bundan sonra yapılacağı düzenlenmiştir.

Bu hüküm vergilerin ödenmesi kısmı itibariyle yenidir. Ancak, 3065 Sy. KDV Kanunu[59] m.1/3-d hükmü ve KDV Tebliği[60] m.6.2.2 düzenlemesi 'müzayede satışlarının KDV'ye tabi olduğu ve icra dairesince KDV öde(til)meden malın alıcıya teslim edilemeyeceği' hükmünü amir olmakla; ilave fıkra hükmü değişiklik öncesi itibariyle meri olan husus Kanuna alınmıştır. Keza, KDV yükümlülüğünün bu Kanun m.23-d hükmü uyarınca ihalenin kesinleşmesiyle doğduğu da kabul edilmekteydi [61]. Hakeza, ihâle kararları 488 Sy. Damga Vergisi Kanunu[62] m.1 hükmü gereğince Kanun eki (1 nolu) Tablo (başlık II/2) kapsamında damga vergisine de tabi olup; DVK Tebliği[63] m.2/3 ve 3 hükümleri uyarınca icra dairesince karar muhatabına ödetilmesi gerekmekteydi.

Bu hüküm, menkul satış ilan metninin kanuni içeriğinden olan (İİK, değişik m.114/IV-b.13) ve Kanunda ihalenin sonucu meyanında münferit hüküm kapsamında (İİK, değişik m.118/II) bulunan (… *satılan mal İhâle kesinleşmeden teslim olunmaz ve resmi sicilde alıcı adına tescil*

---

58 İİK'da menkul şartname içeriği doğrudan düzenlenmemiştir (Kanundaki cebri satış süreci ve sonuçlarını tanzim eden kurallar dolaylı olarak şartname içeriğine dahil sayılacağı gibi, kanımızca özellikle sicilli menkuller bakımından gayrimenkul satış şartname hükümleri burada da kıyasen tatbike medardır). İkincil mevzuat meyanında "e-RM Yönetmeliği" hükmünde menkul satış şartnamesi içeriği numune olarak belirtilmektedir.

59 RG, 02.11.194, S.18563.

60 RG, 26.04.2014, S.28983.

61 Namlı, s.439 ve orada dn. 539' da anılan Yarg. 12 HD, E: 2016/31042, K: 2017/8122, 25.05.2017 T.

62 RG, 11.07.1964, S.11751.

63 RG, 29.09.2016, S.29842.

edilmez) düzenlemesiyle temas halindedir. İlaveten diğer bir şart olarak, vergilerin öde(til)mesi gerektiği (de) bu hükümde tasrih olunmaktadır. Bu arada belirtmek gerekir ki, artık RM'nin ihale safhası da fiziki ortamda cereyan etmeyeceğinden tellal görevlendirme lüzumu kalmamakla tellaliye tahakkuk etmeyecektir[64].

Aslında, vergilerin ödetilme işlemi RM'nin hazırlık ve hatta ihâle safhasıyla değil; sonuçlarıyla ilgilidir. Dolayısıyla, bu hükme İİK değişik m.118 kapsamında yer verilmesi beklenirdi. Bununla birlikte, bu hüküm gayrimenkul RM hükümleri meyanında buna mahsus şartname içeriği arasında yer verilen .. *hangi masrafların müşteriye ait olduğunun tasrihi* unsuruyla da ilişkilendirilebilir. Şöyle ki, bu düzenlemede geçen masraf terimi geniş anlamlı olup vergileri de kapsar[65]. Söz konusu vergiler menkul mallar için de meri olmakla, bu hüküm menkul şartname içeriğine de şamildir. Bu minvalde, e-satış ilan metni şartnameyi aksettireceğinden onu içerik unsuru olarak saymak da mümkündür. Ezcümle, bu fıkra hükmüne, muhtemelen bu yüzden Kanunun m.118 değil de m.114 kapsamında yer verilmiş gibidir.

b) Madde 115: (Menkul RM) *İhâlenin Yapılması*

Bu madde menkul mal cebri satış RM'sinin ihâle safhasını düzenlemektedir. Önceki RM (karma usûl-şekil[66]) modelinde, prosedürün ihâle safhası ön aşamasına ilişkin hükümler Kanunda prosedürün hazırlık safhasına ilişkin m. 114/IV (6352 Sy. "Değişiklik Kanunu", m.24 çerçeve madde hükmüyle eklenen fıkra) metninde yer aldığından, mülga m. 115 hükmü prosedürün ihâle safhasının sadece son aşamasını düzenlemekteydi.

Madde kapsamında, temelde yeni RM modeline vücut veren genel hükme (m.111b) uyarlama sadedinde değişiklikler yapılmıştır. Bunlar aşağıdaki gibi belirtilebilir.

(1) Birinci fıkra hükmüyle:

i) Yeni modelde ihâle safhası tek aşama halinde icra edileceğinden, eski birinci fıkradaki 'ihâlenin ön aşamada e-ortamda verilmiş olan en yüksek tekliften başlayacağı' yolundaki hüküm kaldırılmıştır.

İhâle, önceden belirlenip duyurulmuş olan tarihte, söz konusu RM için e-satış portalında oluşturulmuş olan e-satış işlem mekanizmasının

---

64 Kale, agy, Bent VI-para.3.

65 Bkz. Namlı, s.434-dn.519 ve 520 'de anılan idari karar ve yargısal içtihadlar.

66 Önceki RM modeli, karma usul ve karma sistem terimleriyle de ifade edilmiştir. Örneğin, bkz. Akbulak, agy, Bent 3-para.2; Kale, agy, Bent V-para.9.

icra müdürü tarafından çalıştırılması suretiyle, -duruma göre karşılama ilkesi de gözetilerek belirlenmesi gereken - satım bedeli eşiği *(muhammen değerin %50'si+paraya çevirme masrafları)* üzerinden başlatılacaktır.

ii) Eski hükümde ihâleyi başlatacak olan icra dairesi personeline atfen geçen 'icra memuru' terimi yeni düzenlemede 'icra müdürü' terimiyle değiştirilmiştir.

Bu değişiklik, icra daireleri evvelce memurluk iken müdürlük haline dönüştürüldüğünden (İİK, Geçici m.2)[67], redaksiyon amaçlı olarak yapılmıştır[68].

***(2)** İkinci fıkra hükmüyle:*

Teklif verme gün ve saati sonunda e-satış portalında söz konusu RM'ye ilişkin e-satış mecrasının otomatik olarak işleme kapanmasıyla[69], satım bedeli eşiğini aşması ve karşılama şartını sağlamış olması halinde, malın en yüksek teklif sahibine ihâle edilmiş olacağı ve mülkiyetin kazanılmış olacağı tasrih olunmuştur.

Dolayısıyla, yeni RM modeli uyarınca, müzayedeyi tertip eden icra organının malın uygun yüksek teklif sahibine ihâlesine ilişkin sözlü beyanı gerekmeksizin cebri satış ilişkisi (TBK, m.275/II) kurulmuş olmaktadır[70].

***(3)** Üçüncü fıkra hükmüyle:*

Kanuni ödeme süresi içinde ihâle bedelini yatırmaması durumunda, ihâle alıcısının teminatına el koyulup -masraf tutarı alıkoyularak- bakiyesinin hak sahiplerine tahsisi sadedinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Satış dosyasında elkoyulmuş olan teminatın masraf mahsuplu bakiyesinin ilgili iştirakçiye iadesi söz konusu değildir.

---

67 Bkz. 3494 Sy. 2204 Sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun (RG, 25.11.1988, S.20000), m.62 (Bu hükümle İİK'ya söz konusu düzenlemeyi havi Geçici m.2 hükmü eklenmiştir).

68 Nitekim, icra dairesi personel rejiminde "icra memuru" ünvanlı ayrı bir statü yoktur. Mevcut rejime göre bu statü geniş anlamıyla icra dairesindeki Bakanlıkça atanan uzman görevlilerin tümüne (icra müdürü, icra müdür muavini, icra katibi atfedilebilir(Çelikoğlu, s. 90). Bu statü dar anlamda "icra katibi" ile ilişkilendirilebilecek olup yapılacak kanunda bu yönde bir tasrihat uygun olur.

69 Teklif verme süresi içinde, sistem arızası nedeniyle sürenin son on dakikasında teklif verilemediğinin tesbiti üzerine icra dairesi tasarrufuyla 1 gün uzatılması (İİK, değişik m.115/VIII) ve keza, son on dakika içinde yeni bir teklif verilmesi üzerine otomatik olarak on dakika uzatılması (İİK, m.111b/VI) gerekmekle, teklif süresi ve dolayısıyla sistemin işleme kapanışı yedi günden sonraya sarkıp duruma göre, yedi gün on dakika veya sekiz gün ya da sekiz gün on dakikaya baliğ olabilecektir.

70 Bkz. yukarıda, I.C.

Bu itibarla burada teminat bakiyesinde "hak sahibi" olacak olanlar dosya alacaklıları olsa gerektir.

Yapılan bu değişiklik, hükme verilebileceğini belirttiğimiz mana itibariyle -paraya çevirme masrafını ödemiş olan satış talebi sahiplerine iadeten masraf mahsup alıkoyması dışında- maddi hukukla uyumlu olmadığından eleştiriye açıktır.

(4) Dördüncü fıkra hükmüyle:

Yeni RM modeli bakımından, teklif verme gün-saati hitamıyla, icra müdürünün neticeyi belirleyip RM sonuç tutanağı tanzim edeceği ve bu tutanağın e-satış portalında ilan edileceği tasrih olunmaktadır.

Sonuç tutanağında yer verilecek içerik de burada gösterilmektedir.

RM sonuç tutanağı şu bilgileri içerecektir: i)İhâle hitam tarihi gün ve saat bilgisinin yanı sıra -şayet uygun teklif verilmişse- malın bu teklif sahibine ihâle edilmiş olduğu, ii)İhâle bedeli tutarının yedi günlük kanuni ödeme süresi hitam tarihi, iii)İhâle akim kaldığında buna ilişkin sebebin ne olduğu. Bu açıdan, sonuç tutanağının olumlu ve olumsuz içerikle iki ayrı surette tanzim olunabileceği anlaşılmaktadır. Kanun'da olumsuz sonuç tutanağı hakkında ayrı bir hüküm de sevk olunmuştur (İİK, değişik madde 115/VI).

RM sonuç tutanağında, önceki modeldekinden farklı olarak, alıcı ve tellal imzası yer almayacaktır[71].

(5) Beşinci fıkra hükmüyle:

Teklif verme süreci başladıktan sonra satış talebinin geri alınamayacağı; ancak borcun ödenebileceği ve bu halde cebri satışın durdurulacağı; sadedinde iki ayrı yeni kurala yer verilmiştir.

Bu kapsamda, kanun koyucu'nun teklif verme süresi başladıktan sonra satış talebinin geri alınmasına cevaz veren içtihatları[72] benimsemediği belirtilebilir. Kanımızca da bu tercih isabetli olmuştur. Zira, cebri satış alacaklı yararına yapılmakla birlikte, RM teklif verme süresi başından itibaren başlamış olacağından, satış talebinin geri alınması RM'ye iştirak eden üçüncü kişilerin haklı beklentilerini ihlal eder; dolayısıyla, aksi yöndeki bir çözüm kabul edilememek gerekir[73].

Borcun ödenmesi halinde satışın durdurulması gerektiğinde tereddüt yoktur. Bu işlem, cebri satış/satışa arz kararının sonradan

---

71 Kale, agy, Bent V -para.2.

72 Bu yöndeki ilmi-kazai içtihatlar hakkında bkz. Kazmaz Tepe, s.113-dn. 24 ve 25.

73 Bkz. Kale, agy, Bent V-para.3. Ayrıca, krş. Erturgut, s.79; Kazmaz Tepe, s.113-dn.25; Namlı, s.378.

hukuka aykırı hale gelmesi nedeniyle ilgası (yürürlükten kaldırılması) hükmündedir[74]. Borcun ödenmesi takibi konusuz kılacağından, bunun artırma sonuçlanmadan vaki olması durumunda borçlunun mülkiyet hakkının iştirakçi üçüncü şahısların beklentisine üstün geleceği aşikardır.

(6) Altıncı fıkra hükmünde:

Akim kalan RM bakımından sonuç tutanağı içeriği ve ihâle iptal tutanağı tanzimi hususları düzenlenmiştir. Bu kapsamda:

i) Akim RM sonuç tutanağına yazılacak sebepler, satım bedeli eşiğine uygun teklif yokluğu ve arada (teklif verme süresi dahilinde) borcun ödenmiş olmasıdır. Bu meyanda borcun ödenmesi halinde RM düşecektir.

ii) İhâle alım bedelinin süresinde yatırılmamış olması halinde ihâle iptal tutanağı tanzim edilecektir.

İhâle alım bedelinin yasal süresinde yatırılmaması, alıcının RM ile kurulan cebri satım ilişkisinden doğan edim yükümlülüğünün ihlalini mutazammındır. Bu durumda, icra dairesinin cebri satıştan dönmesi[75] anlamında ihâleyi iptal yetkisi kullanması gerekmektedir.

iii) RM 'nin semeresiz kalması veya ihâlenin (bedelin ödenmemesi nedeniyle) iptali hallerinde, bu durumun birinci ihâlede meydana geldiği ahval bakımından ikinci ihâle devreye sokulacaktır. Fıkrada bunun önceden ilan edilmiş olan gün-saatte icra olunacağı hususu da tasrih olunmaktadır.

---

74 Kanunda düzenlenen benzer bir durum olarak, örneğin İİK m.109 hükmü bakımından bu şekilde bkz. Çelikoğlu, s.400.

75 Bu hususta bkz. Çelikoğlu, s.402. Burada, e-RM'de cebri satış ilişkisinin malı asgari satım bedeli üzerinden satışa koyan icra organının başka yüksek teklif çıkmaması şartıyla önerisinin teklif verme süresi hitamı itibariyle bu önerinin uygun en son yüksek teklif sahibinin verdiği teklifin kabul beyanı hükmünde olmasıyla kendiliğinden kurulduğu (bkz. yukarıda, I.C, dn.28 civarı) ve dolayısıyla sonuç tutanağının tesbit hükmünde olduğu hatırlanmalıdır. Alım bedelinin ödenmemesi üzerine icra müdürünün Kanun'un verdiği yetkiyle cebri satışı iptal etmesi söz konusu satışı geriye etkili sona erdirmekle kanımızca dönme teşkil eder (başka bir bağlamda aynı yönde bkz. Sadioğlu, s.212). Kanunen icra müdürünün iptal-dönme beyanı sonrasında malı tekrar satışa koyacağı kabul edilmekle (İİK, m.115/VI-VII), iptal ile malda ihâle alıcısının kazandığı mülkiyet hakkı da sona erip malın borçlunun malvarlığına geri döndüğü kabul edilmiş olmaktadır. Bu kabul, genel hükümler meyanında TBK m.278 hükümleri bakımından İsviçre Türk hukuk düzenlerinde ağırlıkla benimsenmiş olan yeni dönme kuramına (Sadioğlu, s.214) da uygundur. Cebri satış ilişkisinin hukuki niteliğinin maddi hukuka uygun surette oluşturulmuş bir şekli hukuk paraya çevirme yöntemi olarak görülmesi (bkz. Sadioğlu, s.163) veya idari sözleşme kabul edilmesi (bkz. Çon, s.19) ve dolayısıyla kamu hukuku tasarrufu sayılması, genel hükümler kamu hukuku vasıflı sözleşmeler bakımından da cari olmakla (Onar, C.I, s.112; Gözler, C.I,120-121), durumu değiştirmemektedir.

Şayet semeresizlik veya ihâlenin iptali RM'nin ikinci ihâle sürecinde meydana gelmişse bu durumda yeniden talep şartları dahilinde yeni RM tertibi cihetine gidilecektir.

(7) Yedinci fıkra hükmüyle:

RM'nin akim kalması halinde, alacaklının yeni satış talebi bağlamında, satış talep süresine ilişkin m.106 hükümlerini tamamlayan mahiyette talep süresi durma ve işleme esaslarına yer verilmiştir.

Eski maddedeki son fıkra, 'ikinci ihâlenin akim kalması halinde satış talebinin düşeceği' düzenlemesi de maddeden çıkarılmıştır. Hukuk sistemimizde RM tek seferde hazırlıkla ve gereğinde devreye sokulacak ikinci bir artırmayı da havi olarak tertip olunmaktadır (İİK, m.114/I,126/I). İkinci artırmada da sonuç alınamadığında yeniden talepte bulunulması halinde (cebri satış talep süresinin uzamasına ilişkin İİK değişik m.106/II düzenlemesi paralelinde), yeniden işleyen bakiye süre dolana dek haciz düşmeyeceğinden yeni bir RM tertip olunacaktır.

(8) Sekizinci fıkra hükmüyle:

Teklif verme gün-saatinin son on dakikasında arıza nedeniyle teklif verilemediğinin anlaşılması durumunda -teklif verme süresinin bir gün uzatılması sadedinde- ihaleye devam olunması düzenlenmiştir.

Böyle bir halde, icra müdürlüğünce RM sonuç tutanağı (olumlu - olumsuz) tanzim olunmayıp teklif verme süresinin bir gün uzatılmasına karar verilecek ve üç gün zarfında bir gün tayin olunarak e-satış portalında ilan edilecektir. Bir gün süreli uzatmalı olarak cereyan edecek olan bu süreç devam ihâlesi olarak adlandırılabilir.

Devam ihâlesi asıl ihâledeki en yüksek teklif üzerinden başlar. Bu durumda, son yüksek teklif sahibi sürdüğü peyle bağlı olduğu gibi teminatını da geri alamaz.

c) Madde 118 : (Menkul RM) İhâle Bedelinin Ödenmesi ve Malın Teslimi

Bu madde cebri satış ilişkisinde alıcı ve alıcının yükümlülüklerine ilişkindir.

Maddeyle alıcının ihâle bedelini yatırma ve icra dairesinin malın alıcıya teslimi yükümlülüğünün ifası yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla, alıcının ihâle alım bedeli ile sonraki ihâle bedeli arasındaki eksi farktan sorumluluğuna ilişkin eski madde ikinci fıkra hükmü maddeden çıkarılmıştır[76]

[76] Kanunun değişik m.115/III,IV hükmüyle alıcının ihâle bedelini süresinde ödememesi halinde eski maddedeki ihâlenin akıbeti ve alıcının sorumluluk rejimi değiştirilmiştir.

(1) Birinci fıkra hükmüyle:

İhâlenin feshi istenilmiş olsa dahi, ihâle alıcısının RM sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde alım bedelini ödeme zorunluluğu getirilmiştir[77].

(2) İkinci fıkra hükmüyle:

İcra dairesinin RM'ye konu malı alıcıya teslim ve gereğinde alıcı adına tescil ettirme yükümlülüğünü ihâlenin kesinleşmesini müteakip yerine getireceği tasrih olunmuştur. Esasen, mülga m.118/I hükmünde de benzer bir düzenleme yer almaktaydı. Yeni düzenlemede, sicilli menkuller bakımından, teslim işleminin yanı sıra tescil işleminin kesinleşmeyi müteakip tesis olunacağı düzenlemesine de yerverilmiştir.

Öte yandan, bu hüküm kısmen İİK değişik m.114/VI hükmüyle ayniyet arz etmektedir. Söz konusu madde (m.114) hükümleri aslında menkul RM hazırlık safha işlemlerini düzenlemekle birlikte, kanımızca e-satış ilan metni ve dolayısıyla şartname içeriğiyle de bağlantısı nedeniyle, malın muhtemel alıcıya teslim-tescil şartları (ayrıca vergilerin ödenmesi lüzumu ilavesiyle) orada son fıkrada (da) zikrolunmuştur[78].

İhâlenin kesinleşmesi için, sonuç tutanağının ilan edilmesini müteakip ihâle bedelinin kanuni süresinde yatırılması ve şikayet süresi içinde ihâlenin feshi davası açılmamış olması gerekir.

2-Gayrimenkul Mal Hakkında e-RM Cereyanına İlişkin Değişik Düzenlemeler

a). Madde 124 : (Gayrimenkul RM) Şartname

Bu madde hükmü gayrimenkul RM şartnamesinin tanzimi hakkındadır. Şartname bir RM hazırlık (safhası) işlemidir. Şartname içeriği gayrimenkuller bakımından da temelde menkullerdeki gibi ve değişik madde hükmü uyarınca e-satış ilan metni üzerinden düzenlenmiştir[79]. Gayrimenkule özgü şartname içeriği de Kanunda ayrı bir maddede yer almaktadır (İİK, m.125)[80].

---

77 Bu husus menkul RM ihâle safhasını düzenleyen İİK m.115/IV hükmü kapsamında artırmanın olumlu sonuçlanması hali itibariyle tanzimi öngörülen tutanak unsurları arasında da yeralmaktadır ('İhâle bedeli tutarının yedi günlük kanuni ödeme süresi hitam tarihi').

78 Bkz. yukarıda, I.C.1.a.

79 Bkz. yukarıda, I.Ç.1.a, s.11-dn.43 ve 44.

80 İİK m.125 hükmü temelde gayrimenkullere özgü şartname içeriğini düzenlemiştir. Ancak, son fıkra düzenlemesi kapsamında müşteriye aidiyeti tasrih olunacak vergiler

Bu maddedeki değişiklik meyanında sadece birinci fıkra hükmü muhafaza olunup maddenin diğer fıkraları ilga olunmuştur. Maddenin bakiye hükmü uyarınca, icra dairesi artırma şartlarını (RM şartnamesini) satışa koyulan taşınmaz mahallindeki teamüllere uygun surette tesbit edecektir. Bu hükmün, Kanunun m.126/I maddesiyle yapılan atıf nedeniyle menkul RM hazırlık safhası işlemlerini düzenleyen yeni m.114 hükmünün yanı sıra gayrimenkul RM şartname içeriğini düzenleyen m.125 hükmüyle birlikte dikkate alınması gerekir. Bu minvalde, Kanunen tayin olunan şartlar (m.114/VI ve 125) mahfuz olarak şartname içeriğine somut durum muvacehesinde ilave şart koyulması icra dairesinin takdirindedir (İİK, m.124).

Bu madde eski metninden çıkarılan mülga hükümler şunlardır: i) Şartnamenin isteklilerin incelemesine sunulmasına ilişkin ikinci fıkra hükmü, ii) Şartnamenin içerik unsurlarından iştirakçilerin %20 teminat göstermelerini amir üçüncü fıkra hükmü, iii) Malda ayni-şahsi hakkı bulunan ilgililerin pey akçesi-teminat muafiyetine ilişkin dördüncü fıkra hükmü. Eski madde ikinci fıkra ilga gerekçesi, yeni sistem icabı işlemlerin elektronifikasyonudur. Keza, eski üçüncü ve dördüncü fıkraların ilga sebebi ise, hazırlık safhasının temelde menkul hükümlerine atfen düzenlenmiş olmasıdır (İİK, değişik m.126/I)[81].

Neticeten, madde sadeleştirilmiştir.

b) Madde 126 : (Gayrimenkul RM Diğer) Artırma Hazırlık Tedbirleri (İşlemleri)

Bu madde gayrimenkul RM hazırlık safhası işlemleri meyanında temelde satış ilanı hakkındadır. Gayrimenkul RM hakkındaki diğer hazırlık işlemleri, şartname ve mükellefiyetler listesi ile ilgililere tebligat yapılmasıdır. Keza, lüzumunda yeniden kıymet takdiri de bu kapsamdadır (İİK, m.124,127,128)[82]. Mülga m.126 başlığında "Artırmanın ilanı ve ilgililere ihtar" ibaresi yer almaktayken, yeni maddede bunun 'Artırma hazırlık tedbirleri' olarak değiştirilmesi, söz konusu diğer

---

meyanında malın cinsinden (menkul-gayrimenkul) dolayı bundan azade olanlar haricindekiler itibariyle bu hüküm menkul şartname içeriğine de saridir. Bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

81 Bu meyanda, İİK değişik m. 114/V-3 ve 6 düzenlemeleriyle, eski m.124 mülga üçüncü fıkradaki ihâleye iştirak teminatı, gayrimenkuller bakımından da %10'a indirilmiş ve eski dördüncü fıkradaki malda ayni-şahsi hakkı bulunanların teminat muafiyeti -haklarının bu oranı karşılaması kaydı da koyularak- genel şartname hükmündeki e-satış ilan metninin kanuni içeriği kapsamında muhafaza edilmiştir.

82 Ayrıntılı bilgi için bkz. Namlı, s.379-475.

hazırlık işlemleri de madde kapsamındaymış gibi bir intiba bıraktığından, isabetsiz olmuştur.

Maddenin birinci fıkrasında, gayrimenkul RM hazırlık işlemleri, kural olarak menkullerinki üzerinden düzenlenip bu hususta Kanunun ilgili m.114 hükmüne atıf yapılmıştır. Dolayısıyla, bu kapsamdaki gayrimenkul RM hazırlığına ilişkin eski birinci ve ikinci fıkra hükümleri tümüyle ve eski üçüncü fıkra kısmen ilga edilmiştir.

Satış ilan metni içeriğinde gayrimenkule mahsus bir ikazata yer verilmesine ilişkin kısmi hüküm (İİK, mülga m.126/son iki c) muhafaza olunup[83] yeni ikinci fıkra şeklinde teselsül ettirilmiştir.

Bu madde kapsamındaki şartname içeriği teminat muafiyetine ilişkin mülga m.126 beşinci fıkra ile satış ilanının şekli hakkında mülga m.114 hükmüne yapılan atfa ilişkin son (altıncı) fıkra da aynı sebeple ilga olunmuştur. Keza, esasen önceki RM modelinde ihâle safhasına ilişkin olmasına karşın hazırlık safhası meyanında bu maddede yer alan, gayrimenkul ihâlesinin e-ortamdaki ön aşamasına ilişkin eski (mülga) dördüncü fıkra hükmü de, model değişikliği nedeniyle ilga edilip; maddeden çıkarılmıştır.

c) Madde 127 : Ayrıca Tebliğler

Bu madde gayrimenkul RM hazırlık işlemleri meyanında, satış ilan metninin tebliğine ilişkindir. Madde kapsamında cebri satış ilan metninin takibin tarafları ile malda ayni-şahsi hakkı bulunan ilgililere tebliğ lazımesi düzenlenmektedir.

Maddede e-satış altyapı terminolojisine ilişkin uyarlama dışında bir değişiklik yoktur. Bu kapsamda, yeni hükümde, ilgililere çıkarılan yetersiz tebligat yerine geçmesi kabul edilen ilanın yayımlandığı e-satış mecrasına atfen, 'e-ortamdaki' ibaresi yerine 'e-satış portalındaki' ibaresi koyulmuştur.

ç) Madde 129 : (Gayrimenkul RM) *İhâle*

Bu madde gayrimenkul RM ihâle safhasına ilişkindir.

Maddede, yeni RM modelinde satışa koyulan gayrimenkul malın ihâle safhası hakkında da, menkul mala ilişkin e-RM ihâle safhasını düzenleyen değişik m.115 hükmüne atıf yapan bir düzenleme yer almaktadır. Bu minvalde, tüm eski (mülga) madde fıkraları metinden

[83] 'Malda ayni-şahsi hakkı bulunan ilgililerin söz konusu haklarının kapsamını güncel haliyle icra dairesine bildirmeleri gerektiği ve aksi sicildeki kaydın dikkate alınmasıyla yetinileceği' ikazatı.

çıkarılmıştır. Dolayısıyla madde tek fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir.

d) Madde 130 : (Gayrimenkul) *İhâle Bedelinin Ödenmesi*

Bu madde gayrimenkul RM'si bakımından ihâle bedelinin ödenmesi hakkındadır.

Madde kapsamında, ihâle alım bedelinin 'RM sonuç tutanağının e-satış portalında ilanı tarihinden itibaren yedi günlük kanuni müddet içinde ödenmesi' esası gayrimenkuller bakımından da kabul edilmiştir. Böylece, eski (mülga) maddedeki, ihâle bedelinin ödenmesi için icra dairesinin alıcıya takdiren kanuni üst sınır müddeti dahilinde mehil verebileceğini havi düzenleme ilga olunmuştur.

Ayrıca, değişik madde hükmünde, ihâle alım bedelinin, ihâlenin feshi istenmiş olsa da, kanuni süresinde ödenmesi lüzumu gayrimenkul RM'si bakımından da tasrih olunmuştur.

e) Madde 133 : (Gayrimenkul) *İhâlenin İptali ve Farkının Tahsili* (Mülga)

Bu madde alıcının ihâle bedelini ödememesine bağlanan sonucu düzenlemekteydi.

Madde hükümleri, menkullerdeki paralelinde ihâlenin akıbeti ve alıcının sorumluluğuna ilişkin rejim değiştirildiğinden (İİK, değişik m.115/III,VI), tümüyle ilga olunmuştur.

Böyle bir durumda, yeni rejim bakımından, ihâlenin iptaline sebep olan alıcının teminatına el koyulup (İİK, değişik m.115/III); buradan karşılanacak masrafla, ikinci ihâle ve şayet bu durum ikinci ihâlede meydana gelmişse, uzayan süre imkanıyla yeniden satış talebinde bulunulması üzerine yeni bir RM tertip olunacaktır.

II-RESMİ MÜZAYEDE'nin SONUÇLARI ile BUNA MUHALEFET YOLUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

RM'nin olumlu sonuçlanması halinde alıcı mülkiyeti kazanmakla hasar ve yarar da ona intikal eder (İİK, değişik m.115/II; TBK, m.280/II,208/I; TMK, m.705/II).

Para alacağı takiplerinde, alacaklının dolaylı tatmin kaynağı olan, mahcuz-merhun malın paraya çevrilmesiyle ödeme-paylaştırma evresine geçilecektir. Ancak, bunun için, ödeme-paylaştırma engeli bulunmaması ve bu meyanda paraya çevirmeyi temin eden satış

işleminin kesinleşmiş olması gerekir (İİK, m.134/VI,138/I)[84]. RM yöntemli paraya çevirmede bu keyfiyet ihâlenin feshi talep süresinin hitamı veya bu yargısal yola başvurulduğunda söz konusu usûli talebin icra mahkemesince reddiyle hasıl olur.

İhâlenin kesinleşme sürecinde, hasar ve yarar alıcıya ait olmakla birlikte, malın sevk ve idaresi icra organında kalmaktadır (İİK, değişik m.118/II; m.134/I). 7343 Sy. Kanun kapsamındaki İİK değişiklikleri bu meyandaki hükümlere de saridir. Söz konusu değişik düzenlemeler aşağıdaki gibi takdim ve izah olunabilir.

A) MADDE 134 : (MENKUL RM-GAYRİMENKUL RM) İHÂLENİN NETİCESİ VE FESHİ

Bu madde RM ihâlesinin feshi ile sonuçlarını düzenlemektedir. Lafzen gayrimenkul RM ihâlesine yönelik olmakla birlikte, madde hükümleri menkullere de şamildir (SchKG, art.132a,143b)[85].

Maddede hem RM ihâlesinin sonucu ve hem de ihalenin yargısal yolla fesihine ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır.

Söz konusu değişiklikler kural olarak bu maddeyi ihdas eden 7343 Sy. Kanunun yürürlük tarihinden (30.11.2021) sonraki RM ve buna karşı yapılan ihalenin feshi yargısal başvuruları hakkında uygulanacaktır (İİK, Geçici madde, 18/IV). Bununla birlikte, söz konusu değişiklikler meyanında, İİK m.134/IX-X hükümlerinin uygulamaya girmesi (yeni e-RM mecrası olan sistem altyapı hazırlığını gerektirmekle) e-RM kurumunu tanzim eden m.111b hükmünün uygulamaya geçmesine bağlanmıştır (İİK, Geçici m.18/II.bent 2)[86].

Maddeyle husûle getirilen değişiklikler şunlardır.

(I) Birinci fıkra hükmüyle:

Malın kullanma-yararlanma menfaatinin ihâle alıcısına intikalinin temini yönünde düzenleme yapılmıştır.

---

84 Meriç, s.33; Çelikoğlu, s.77.

85 Arslan, s.74.

86 Kanunen kendisine verilen yetkiye istinaden, Adalet Bakanlığı, İİK Geçici m.18 uyarınca yaptığı 10.03.2022 tarihli duyurusuyla Ankara Batı Adliyesi yargı çevresi için ve satış ilanı 15.03.2022 ve sonrasında yapılacak e-RM'ler bakımından İİK m.111b hükmünün uygulamaya sokulması zımnında, "e-satış yönetmeliği" ve "e-satış masraf tarifesi"ni uygulamaya girdiğini kamuoyuna duyurmuştur; bkz. Adalet Bakanlığı, Elektronik Ortamda Yapılacak Satışlara ilişkin Duyuru, <https://iidb.adalet.gov.tr/home/sayfadetay/elektronik-ortamda-yapılacak-satislara-iliskin-duyuru1003202210470 > (set. 11.03. 2022).

Fıkraya ilave olunan yeni hükümle, icra dairesine, satılanın mevcut kira veya belirlenecek ecri misil tutarının aylık periyotla icra dairesi hesabına yatırılması için, kiracı veya kullanıcıya ihtarat yapılması yükümlülüğü getirilmiştir.

Söz konusu ilave hüküm uyarınca, kira-ecri misil ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde, dava konusu RM ile satılan şeyde kiracı-kullanıcı olarak bulunan kişi takip kapsamına alınacaktır. Böylece, kiracı-kullanıcıdan tahsil olunan kira-ecri misil tutarı, alıcı namına icra dairesi hesabında tutulup ihâlenin kesinleşmesiyle alıcı veya o sıradaki hak sahibi halefe ödenecektir.

(2) İkinci fıkra hükmüyle:

İhâlenin feshini isteyebileceği kanunen tasrih olunan kişiler meyanında, eski düzenlemedeki 'tapu sicilindeki ilgililer' yerine, cebri satışa konu malın 'resmi sicilde kayıtlı ilgilileri ve sınırlı ayni hak sahipleri' zikrolunmuştur. Bu kapsamda, dava hakkı tanınan malın ilgilileri kategorisine gayrimenkullerinkinin yanı sıra sicilli menkul ilgilileri de dahil edilmiş ve 'ilgili' teriminin sınırlı ayni hak sahiplerinden ibaret olmadığı tasrih olunmuştur. Bu açıdan, ilgili teriminin satışa koyulan malda sınırlı ayni hakkı veya haciz yada kuvvetlendirilmiş şahsi hakkı bulunanlara (ayni-şahsi kayıtlı hak sahiplerine) şamil olduğu belirtilebilir.

Yeni düzenlemenin sicilli menkul ilgilileri bakımından getirdiği söz konusu imkana eski düzenlemenin lafzındaki (..*yalnız*..) sınırlama karşısında yorum yoluyla ulaşmaktaki zorluk[87] ve sicildeki ilgililerin sistematik yorumla Kanunun m.127 hükmü uyarınca da tesbitine ilişkin tereddütler[88] karşısında, açık hüküm sevki isabetli olmuştur. Menfaat şartı mevcut olmakla (İİK, m.134/XI) ve para cezası dava hakkı tanınanlar bakımından muhafaza olunmakla (İİK, m.134/V-3), hûsule getirilen genişliğin usûlde dürüstlük ve usûl ekonomisi hilafına kullanımı riski yüksek değildir.

Fıkranın yeni halinde eski ikinci fıkradaki yargılamanın cereyan şekli ve olumsuz sonuçlanmasına ilişkin düzenlemelere (İİK, mülga m.134/II-üç ila beşinci c.) yer verilmemiştir. Fıkra metninden çıkarılmış

---

87 Bkz. Bilgehan Yeşilova, İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Taşınırların Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, R. Arslan'a Armağan, C.I-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, C.I, ss.1787-1829, s.1795,1810-1814.

88 Bkz. Güray Erdönmez, "İcra ve İflâs Hukukunda İhâlenin Feshini İsteyebilecek Kişiler", Y.2008, C.4. S.10, MİHDER, ss.357-408, s. 373-386'da aktarılan farklı yönde ilmi ve kazai içtihatlar. Ayrıca bkz. Pekcanıtez / Atalay /Sungurtekin Özkan/Özekes, s.375'de aktarılan kazai içtihatlar.

olan söz konusu düzenlemeler yeni beşinci fıkraya nakledilip kısmen muhafaza olunmuş ve yeniden düzenlenmiştir.

(3) Üçüncü fıkra hükmüyle:

i) Önceki fıkrada dava hakkı tanınan sıfat sahipleri haricindeki kişilerin ihalenin feshi talebi ihâle bedeli üzerinden nisbi harca tabi kılınmıştır. Ancak - kanunen dava hakkı tanınmış olanlardan olmasına rağmen- pey süren iştirakçi de bu kapsamda bırakılmıştır.

Kanımızca, bu düzenleme, önceki hükümle soyut dava hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesine matufen getirilmiş olan[89] sınırlamanın -AY'ya aykırılığı iddiasını[90] karşılama düşüncesiyle- esnetilerek muhafazasına yöneliktir. Bu açıdan, söz konusu fıkra hükmüyle ihalenin feshi talebine yönelik dava hakkı kullanımı iki ayrı kategori halinde düzenlenmiştir: i) (Soyut dava hakkının asıl hak sahipliğiyle sıkı ilişkilendirilmesi[91] sadedinde) RM ilişkisinin tarafı ve satışa koyulan malda ayni-şahsi kayıtlı hakkı bulunan ilgililer olarak kanunen potansiyel hak sahibi sıfatıyla hak arayabilecek olanlar, ii)Kanuni sıfat harici hak sahibi olma potansiyeli mevcudiyeti iddiasıyla soyut dava hakkı bağlamında hak arayabilecek olanlar. Hak arama hürriyeti herkese ve soyut dava hakkı ise hakkında dava şartları tahakkuk etmiş kişilere ait iken (AY, m.36/I; AY,m.36/II, HMK, m.114), davada iddia olunan hak sahipliği (dava yetkisi) hukuki önemi haiz vakıalar lehine tahakkuk etmiş olana aittir[92]. Bu açıdan, ilk kategoride dava hakkı tanınmış olanlar potansiyel hak sahibi sıfatıyla dava hakkını haizdir denilebilir. Ezcümle, ikinci kategoridekilere nazaran, bunların dava hakkı kullanması -nisbi harca tabi kılınmamakla- tercihe şayan görülmektedir.

Burada, ilk bakışta dava hakkı kullanımında eşitsizlik hûsule getirildiği akla gelebilirse de, kanımızca Kanunen potansiyel hak sahibi sıfatını haiz olmayan ikinci kategoridekilerin dava ikamesinin nisbi harca tabi kılınması mahkemeye erişim imkanı bakımından oransız bir sınırlama ve eşitsizlik teşkil etmez[93]. Esasen, bu hususta adli yardım

---

89 Erdönmez, s.360; Pekcanıtez /Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s.374.

90 Bkz. Yeşilova, s.1803, 1806-1809.

91 Dava hakkının asıl hak (dava yetkisi) ile irtibatının sıkı olduğu haller bağlamı için bkz. S. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000 s.270. Dava hakkını dava yetkisi anlamında kullanmakla, bunun -mutlak haklar dışında- bir hak ilişkisinin tarafı olanlarca dava edilebileceği şeklinde, ayrıca bkz. İ. E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, S. Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s.189-dn.14; keza, aktif sıfat bağlamında, bkz. Postacıoğlu, s.221.

92 Bkz. Üstündağ, s.268,276,282.

93 Mahkemeye erişim hakkının dolaylı sınırlanması hakkında bkz. Yeşilova, s.1798-1803.

imkanı da caridir (HMK, m.334-335). İİK m.134/II hükmü uyarınca icra-iflas şikayet prosedürüne tabi kılınmış olsa da, bunlar şikâyet menfaati olabileceği kabul edilen taraf ve ilgililer kapsamı dışında kalmaktadır. Bu açıdan, RM taraf ve mal ilgilileri olan ilk kategorideki kişilerin ihalenin feshi taleplerinin maktu harç ve masrafa tabi bırakılması tutarlıdır. Bununla birlikte, kanımızca pey süren iştirakçi de kanuni sıfat sahibi iken nisbi harca tabi sayılması eleştire açıktır.

Pey sürerek RM'ye iştirak etmiş isteklinin ihâlenin feshi yargısal başvurusunun da nisbi harca tabi kılınmasının sebebi nedir? Bu tercih dava hakkı kullanmakta kanuni sıfat sahibi sayılanların kapsamının (Maddenin ikinci fıkrasında 3494 Sy. Kanun[94] m. 22 hükmüyle yapılan değişiklik öncesi uygulamadan mülhem olarak, pey süren iştirakçilerden ancak ikinci en yüksek teklif vermiş olanların ihalenin feshi talebinde bulunmakta menfaati olabileceği düşüncesiyle) dar tutulması yönündeki eğilime[95] nazaran, Kanun'da gayrimenkul RM'sindeki ikinci yüksek pey sürene alım teklifi ve tamamlayıcı artırmaya ilişkin hükmün (İİK, mülga m.133/I) ilgasından kaynaklanmış gibidir. Kanımızca, bu değişiklik isabetli olmamıştır. Şöyle ki, iştirakçi de teklif verme sürecinde teminat yatırıp pey sürmek suretiyle RM hukuki ilişkisinin tarafı sıfatını haizdir. Kanun İİK m.134 hükmüyle dava hakkı sahiplerini isteğe bağlı müzayededekine (TBK m.281) nazaran, cebri müzayede bakımından sınırlamıştır[96]. Elbette fesih sebeplerinin -RM ilişkisine taraf veya malla ilgili olabilecek iken- somut durumda şeklen hariçte kalmış olanlar lehine tahakkuk etmiş olma ihtimali de yok değildir. Bununla birlikte, kanuni sıfatlı dava hakkı sahipleri arasında sayılmakla, diğerlerine nazaran fesih sebeplerinin pey sürmüş olan iştirakçi lehine gerçekleşme potansiyelinin yüksek olduğu varsayılmıştır. Kanunda öngörülen fesih sebepleri itibariyle (İİK, değişik m.134/II,XI) korunan yarar söz konusu hukuki ilişkinin (RM) tüm tarafları ve malın ilgilileri bakımından ortaktır. İştirakçilerin dava hakkını suistimal etme riski bu kategorideki diğer muhtemel davacılara nazaran daha yüksek olabilir. Ancak, bunlar

---

94 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun (RG, 25.11.1988, S. 20000), m.22.

95 Bkz. Erdönmez, s.388-389'da aktarılan ilmi ve kazai içtihatlar.

96 Kuru, s.711; E. Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.715; Pekcanıtez /Atalay /Sungurtekin Özkan, s.374; M. K. Yıldırım / N. Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s.256; T. Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2013, s772; M. Atalı /İ. Ermenek /E. Erdoğan, s.328-329; Çon, s.90-91. Yargısal içtihatlar meyanında bu yönde bkz. Yarg. 12 HD, E: 2006/14043, K:2006/17270 29.05.2006 T.; E: 2003/4645, K: 2003/7837, 10.04.2003 T.; E: 1993/3705, K:1993/9116, 17.05.1993 T. sayılı içtihatları (Erdönmez, s.358-dn.5; Pekcanıtez/Atalay/ Sungurtekin Özkan /Özekes, s.375-dn.357).

- potansiyel hak sahibi görülmeyenler gibi- davadan feragat etmeleri halinde de para cezasına maruz bırakılmıştır (İİK, değişik m.134/V.2). Bu para cezası düzenlemesi, ilişkinin diğer taraflarına veya malın ilgililerine nazaran RM'ye kötüniyetle iştirak etme muhtemeliyetini önlemekte yeterli iken, dava ikame harcı farklılaştırılmasının makul bir sebebi yoktur. Bu itibarla, kanımızca potansiyel hak sahipleri arasında dava açılmasında farklılık hûsule getirilmesi eşitlik ilkesine (AY, m.10) aykırı olmuştur.

ii) Yine bu fıkra kapsamında, yargılama masrafına ilişkin tahmil-iade rejimi de yargılama harcı bakımından olağan rejimden farklılaştırılmıştır.

Söz konusu kişilerin davasının kabulü halinde, yargılama harcı, karşı tarafa tahmil olunmaksızın davacıya doğrudan reddiyat yapılacaktır. Davanın reddi halinde ise, alınan harç iade olunmayacağı gibi, bakiyesi de davacıya ödetilecektir.

Yargılama harçlarının miktarı ve yargılama masraflarının taraflara tahmili hukuk sistemlerinde dava iş yüküyle mücadele bakımından araç olarak kullanılabilmektedir[97]. Burada da, takip prosedürlerinde iş görme süresinin azaltılmasını teminen ihâlenin feshi davasının yersiz açılmasını caydırmak üzere harç tahakkuk ve tahmil rejimi aracından yararlanılmak istendiği anlaşılmaktadır.

(4) Dördüncü fıkra hükmüyle:

Kanuni sıfat sahibi olanlar dışında (pey sürmüş olan iştirakçi ayrık) dava ikame eden kişilere ayrıca teminat gösterme şartı da getirilmiştir. Bu kapsamda, bunlar bakımından ihâle bedeli üzerinden %5 teminat verilmesi zorunludur.

Söz konusu teminat, davanın reddi halinde öncelikle dava ikamesinden menfaati etkilenen ilgililerin uğrayabileceği olası zararların tazminine ve keza bakiye yargı harcının tahsiline -kanunen muayyen süreyle- hasrolunmaktadır.

(5) Beşinci fıkra hükmüyle:

İhâlenin feshi yargılamasının cereyan şekli ile davanın reddi bakımından verilecek kararın ve para cezasının kapsamı yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme Kanun yürürlük tarihinden (30. 11. 2021) itibaren derhal uygulanacaktır (İİK, Geçici m.18/IV).

Söz konusu yeniden düzenleme meyanında:

---

[97] Cengizhan Topel Çelikoğlu, Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği, H. Pekcanıtez Armağanı, İzmir, 2016, DEÜHFD, ss.1093-1139, s.1093.

i) Usûlden ret hallerinde dosya üzerinden incelemeyle karar verileceği hususunda özel hüküm sevk edilmiştir.

Bu düzenlemeyle dosya üzerinden karar verilmesi görevsizlik-yetkisizlik kararları dışındaki usûlden ret hallerine de teşmil olunmuştur.

ii) Davanın reddinin ilave bir sonucu olarak davacı aleyhine ihâle bedeli üzerinden hükmolunacak %10 para cezası maktu olmaktan çıkarılıp bu üst sınır dahilinde hakimin takdirine bırakılmıştır.

iii) Para cezasının verileceği ret halleri bakımından fesih talebinin temelde usûlden mi yoksa esastan mı reddolunduğu önemlidir. Fıkrada dava hakkı kullananların kanuni sıfat sahibi olup olmaması temelinde farklı bir tercihte bulunulmuştur.

Öncelikle, davanın esastan reddi halinde davacının mal veya ihâle ilgilisi olup olmaması (kanuni sıfat sahipliği) önemli değildir; bu hususta eski maddeyle arada bir değişiklik yoktur.

Öte yandan, kanuni sıfat sahibi haricindeki davacılar bakımından davanın usûlden reddi ve davadan feragat halinde de para cezasına karar verilecektir. Bu açıdan, nisbi harç ve teminat ibrazı yanı sıra, para cezasından da ilave bir caydırma aracı olarak yararlanılmak istenilmiştir.

***(6)** Yedinci fıkra hükmüyle:*

Bu davadan verilen görevsizlik-yetkisizlik kararları üzerine, yargılamanın görevli-yetkili icra mahkemesinde devamı bakımından, dosyanın talep üzerine değil; resen gönderileceği yönünde düzenleme yapılmıştır.

***(7)** Sekizinci fıkra hükmüyle:*

İhâle bedelinin alacaklılara ödeme şartları ve malın alıcıya teslim akıbeti yeniden düzenlenmiştir.

Bu kapsamda:

i) Ödeme-paylaştırma aşamasına geçilebilmesi için, ihâlenin kesinleşmesinin yanı sıra, malın alıcıya teslimi veya teslime hazır kılınmış olması zorunluluğu da getirilmiştir.

ii) Malın alıcıya teslim edilemeyecek olması halinde ihâle icra müdürünce iptal edilip ihâle bedeli alıcıya iade olunacaktır.

Bu hükümde icra dairesinin malı alıcıya teslim yükümlülüğünün hukuki-fiili imkansızlık nedeniyle yerine getirememesi hali düzenlenmektedir. RM ile kurulan cebri satış ilişkisi -icra dairesinin

edim ifasının imkansızlık nedeniyle ortadan kalkması hali itibariyle-maddi hukuk paralelinde çözülme bağlanmış olmaktadır[98].

(8) Onuncu fıkra hükmüyle:

İhâlenin feshi sebepleri meyanında irade fesadı ve hata nedeniyle dava ikame süresinin başlama zamanı yeni RM modeline uyarlanmıştır.

Bu açıdan, söz konusu maddi hukuka aykırılık iddialı ihâlenin feshi talebi hakkındaki bir yıllık dava ikame süresi, ihâle tarihinden değil; sonuç tutanağının e-satış portalı vasıtasıyla ilanından itibaren başlatılacaktır.

B) MADDE 135 : (RM KONUSU GAYRİMENKUL TESLİMİ) TESCİL VE TAHLİYE

Bu madde RM ihâleli gayrimenkulün alıcı adına tescil ve teslimine ilişkindir.

İkinci fıkraya yapılan ilaveyle, madde kapsamında alıcıya tanınan doğrudan tahliye teslim isteme yetkisi cüzi haleflerine de teşmil olunmuştur. Bu düzenlemenin RM'ye iştirak edecek isteklileri ihâle alıcısı olmaya özendirmeye ve dolaylı olarak takip prosedürünü etkin kılmaya yönelik olduğu belirtilebilir.

SONUÇ

7343 Sy. Kanun kapsamında İİK'da yapılan değişikliklerden kanımızca en önemlisi takip prosedürlerinde paraya çevirme aşaması işlemlerine ve cebri satışa (RM) muhalefet yoluna ilişkin olanlardır.

Yukarıda takdim edip ana hatlarıyla izah etiğimiz sözkonusu yenilik ve değişiklikler meyanında, şunlar kayda değerdir.

Takip prosedüründe mahcuz malların paraya çevrilme yöntemleri arasına cebri satışa ilaveten rızai satış da ilave olunmuştur. Mahcuz-merhun paraya çevrilmesine şamilen, cebri satış yönteminde başlıca araç olan resmi müzayedenin usûl-şekli değiştirilmiş ve tümüyle elektronik ortamda tesis olunması kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak, cebri satış talebinin nicelik itibariyle kapsamı ve sonuçları da yeniden düzenlenmiştir. Keza, resmi müzayede işlemine muhalefeten ihâlenin feshini talep etmeye müstehak görülen kanuni sıfatı haiz dava hakkı

[98] Malın imkansızlık nedeniyle alıcıya teslim edilememesi nedeniyle alıcının başvurusu üzerine icra mahkemesinin ihaleyi feshi cebri satış ilişkisinin tasfiyesini mutazammın olmakla, genel hükümlere uygundur. Bu durumun asimetriği sayılabilecek surette, alıcının ihale bedelini ödememesi halinde icra organının RM'yi iptal etmesi bağlamında aynı yönde bkz. yukarıda, I.Ç.1.b, dn.67.

sahiplerinin kapsamı genişletilmiştir. Hakeza, bu yargısal başvuru ikamesinde yeni bir harç ikmal ve tahmil-iade rejimi ile teminat şartı getirilmiştir. Bu surette, ihalenin feshi talebinde bulunabilecek kişilere ilişkin kanuni sınırlama esnetilerek muhafaza olunmuştur.

Söz konusu değişik ve yeni hükümler arasında yukarıda inceleme metninde belirttiğimiz surette redaksiyon gerektiren ve bazı noksan ve katı düzenlemeler de vardır. Bunların ikincil mevzuat kapsamında telafisi zor olup kanun değişikliği gerekmektedir. Bu itibarla, uzun zamandır devam ettiği bilinen İcra ve İflâs Kanunu'nun tümüyle elden geçirilmesine yönelik mevcut hazırlık çalışması kapsamında söz konusu eksiklerin giderilmesi beklenebilir.

KAYNAKÇA•

Akbulak Y, "Yeni İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Teklifinde Ticari Yaşamı İlgilendiren Temelde Neler Var", Legal Blog, 09.11.2021, <https://legal.com.tr/blog/genel> (s.e.t.01.12.2021).

Andrieux F, EU-CECL/Iujo, Enforcement Atlas, France Narrative National Report (2021), <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/france/> (s.e.t.21.02.2022).

Arslan R, İcra-İflâs hukukunda İhâle ve İhâlenin Feshi, AÜHF Yayını, Ankara, 1984.

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar A S, İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Alpaslan M E, İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi-Fransız İcra Görevliliği Modeli, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2018.

Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, İcra ve İflâs Hukuku, 2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Aydos O S, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", Y.2008, C.66, S.4, ABD, ss.62-75.

Başözen A, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Boran G N, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Coe-Cepej, Good practice guide on enforcement of judicial decisions (ed. Guillaume Payan), 10-11 December 2015, < https://www.rm.coe.int/ european-comission-for-the-efficieny-of-justice-cepej-good-practice-/16807477bf> (s.e.t. 21.02.2022).

Çelikoğlu C T, İcra Dairesi Kararı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

Çon Ö, İhâlenin Feshi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Erturgut M, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Erdönmez G, "İcra ve İflâs Hukukunda İhâlenin Feshini İsteyebilecek Kişiler", Y.2008, C.4, S.10, Legal-MİHDER, ss.357-408.

• Çalışmada kullanılan mevzuat külliyatı ile doğrudan yararlanılmaksızın irtibaten başka bağlamda bakılması için atıfta bulunulmuş olan yayınlar Kaynakça'da belirtilmeksizin çalışma metninde künye verilmekle yetinilmiştir.

Eu-Cecl/Iujo Civil enforcement in the EU- a comparative overview, Comparative Report–Project Deliverable D.8 (February 2021), <https://www. enforcementatlas. eu/comparative-overview> (s.e.t.21.02.2022).

Eu-Cecl/Iujo, Enforcement Atlas, Updates of national information, Phase I-April 2021, https://www.enforcementatlas.eu/wp-content/uploads/ 2021/07/d1 1-updates-of-national-information-phase-1.pdf (s.e.t.21.02.2022).

EU- EJE, Information Sheet / France, E-note:1-5, <http://www.europe-eje.eu/en/fiche-thematique/pays/france > (s.e.t.: 05.02.2016).

EU-European e-Justice, Judicial Auctions- List of EU countries in which the on-line judicial auction is alredy in place, Last update:17.11.2021, <https://www.e-justice.europa.eu/473EN/ judicial _auctions > (s.e.t.2102.2022)

Gözler K, İdare Hukuku, C.I-II, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

Gramckov H, "Court Auctions- Effective Processes and Enforcement Agents"(2012), World Bank's Justice Reform Practice Group, Waschington DC, About the Justice and Development Working Paper Series (Ed. IBRD), pp.22/22, <https://www.openknowlage. worldbank.org/handle/10986/18405> (s.e.t.:21.02.2022).

Hamamcıoğlu G V, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2014.

Holzwarth P, EU-Cecl/Iujo, Enforcement Atlas, Germany Narrative National Report, 2020, <https://www.enforcementatlas. eu/enforcement-systems/ germany/ > (s.e.t.21.02.2022).

Kale S, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", Lexpera Blog-27.11.2021, <https://www.blog.lexpera.com.tr> (s.e.t. 16.01.2022).

Kazmaz Tepe B, İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Lupoi, Michele Angelo : Enforcement of a Claim with the Support of the New Information Technology-Protection of the Creditor and Debtor (2012), Electronic Technology and Cicil Procedure (Eds. M. Kengyel-Z. Nemessanyi), Heidelberg-N.York-London, 2012, pp.181-209.

Namlı M, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2019.

Meriç N, Türk-İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Başvuru Yolları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Michtner B, EU, Enforcement Atlas, Austria Narrative National Report (2021), <https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/austria> (s.e.t. 21.02.2022).

Muşul T, İcra ve İflas Hukuku, C.I-II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Oğuzman K/Barlas N, Medeni Hukuk, 22.Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2016.

Onar S S, İdare Hukuku, C.I-III, 3. Baskı, Akgün Kitabevi, İstanbul, 1966.

Özbilen A B, "İsteğe Bağlı Açık Artırma Yoluyla Yapılan Satışlarda Müzayede Evlerinin TBK Hükümleri Çerçevesinde Ayıptan ve Zapttan Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Anlaşmalar", Y.2016, C.22, S.2, MÜHF-HAD, ss.271-330.

Pekcanıtez H/Meriç N, "Borçlunun Satış Talebi", Y.2020, S.151, TBBD, ss.235-258.

Pekcanıtez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M/Özekes M, İcra ve İflâs Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Postacıoğlu İ E, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Sadioğlu F C, Artırma Yoluyla Satış, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020.

Şenocak Z, "İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi", Y.2001, C.50, S.3, AÜHFD, ss.93-114.

Tbmm-Tutanak Müdürlüğü: Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayı: 285, 2/3911 No Kanun Teklifi (Tokat Milletvekili Abdullah Güler ile 37 Milletvekilinin İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Adalet Komisyon Raporu), ss.95/95, <https://www.5. tbmm.gov.tr> (s.e.t. 23.01.2022).

Umar B, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayını, İzmir, 1973.

Üstündağ M S, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

Yardım E, "İcra ve İflas Kanununda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklik ve Yenilikler", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Web Site Yayını-24.11.2021, <https://www.law.khas.edu.tr> (s.e.t.01.12.2021).

Yeşilova B, İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Taşınırların Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep

Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.I-II, Ankara, 2015, pp.1787-1829.

Yıldırım, M K/Deren Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Yılmaz E, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

KONKORDATODA ÇEKİŞMELİ ALACAKLAR HAKKINDA DAVA

Contentious Debt Action in Concordat Process

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK*
Arş. Gör. Esra BULUT**

Öz: Çekişmeli alacak kavramı konkordatoda borçlunun alacaklı tarafından bildirilen alacağı kabul etmemesi ihtimalinde söz konusu olmaktadır. İflas dışı adi konkordatoda çekişmeli alacaklar, İİK m. 302/VI ve m. 308/b anlamında karşımıza çıkmaktadır. Konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında dava, çekişmeli alacaklar hakkında dava başlıklı İİK m. 308/b hükmü ile düzenlenmiştir. Çalışmamızda öncelikle çekişmeli alacak kavramından bahsedilecektir. Bu kapsamda çekişmeli alacakların tasdik aşamasında değerlendirilmesi hususu incelenecektir. Sonrasında ise m. 308/b özelinde çekişmeli alacaklar hakkında açılacak dava açıklanmaya çalışılacaktır. Alacağı çekişmeli hale gelen alacaklılar alacaklarının maddi hukuk hükümlerine göre belirlenebilmesi amacıyla konkordatonun tasdiki kararının ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilirler. Bu kapsamda hangi alacaklar bakımından bu davanın açılabileceği, davanın tarafları ve davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirilecektir. Çekişmeli alacaklar hakkında davanın hangi mahkemede, ne kadar sürede açılacağı, süresinde açılmaması halinde doğması muhtemel sonuçlar, dava görülürken konkordato borçlusu tarafından ödeme yapılıp yapılamayacağı gibi hususlar sorun teşkil edecek hususlardır. Çalışmamızda İİK m. 308/b hükmüne ilişkin bu sorunlar incelenecektir.

Anahtar Kelimler: Çekişmeli Alacak, Konkordato, İflas, İcra ve İflas Kanunu

Abstract: The concept of contentious debt comes into question in the concordat, when the debtor does not accept the claim declared by the creditor. Contentious debts are regulated in Article 302/VI and Article 308/b of the Execution and Bankruptcy Law. In our study, first of all, the concept of contentious debt will be mentioned. In this context, the evaluation of disputed receivables at the approval stage will be examined. Afterwards, the lawsuit to be filed about the disputed receivables will be explained. The creditor, whose receivable has become contentious, can file a lawsuit within one month from the date of the announcement of the approval decision of the concordat. In this context, it will be evaluated in terms of which receivables this lawsuit can be filed, the parties to the case and whether the case is subject to compulsory mediation. There are problems regarding where this lawsuit will be filed and when it can be filed. In addition, the consequences that will arise if this lawsuit is not filed in time and whether payment can be made during the lawsuit are also issues that will pose a problem. In this article, the problems we have mentioned will be examined.

Keywords: Contentious Debt, Concordat, Bankruptcy, Enforcement and Bankruptcy Law

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta Adresi: hknalbayrak@hotmail.com,
Kurumsal e-posta: halbayrak@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6097-1296.

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta Adresi: esrabulut.00@gmail.com,
Kurumsal e-posta: esrabulut@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5881-0813.

Makale Geliş Tarihi: 12.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 26.05.2022

I. ÇEKİŞMELİ ALACAK KAVRAMI

Konkordatoda geçici mühlet kararının verilmesiyle birlikte konkordato komiseri atanır.[1] Dosya kendisine tevdi edilen konkordato komiseri konkordato sürecini yürütür.[2] İİK m. 299 uyarınca komiser, alacaklıları-288. madde uyarınca yapılacak ilanla- ilan tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet eder.[3] İlanın bir sureti adresi belli olan alacaklılara posta yoluyla da gönderilir. Burada bir tebliğ söz konusu değildir.[4] Konkordato komiserine bildirilmesi davet olunan alacaklar, kural olarak konkordatoya tabi olan alacaklardır.[5]

---

1 Konkordato komiseri mahkemenin uzayan kolu (Verlängerter Arm des Nachlassgerichts) olarak nitelendirilir. Bu nitelendirme için bknz.; Daniel Oehri, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schulthess Verlag, Zürich, Basel, Genf, 2018, s. 126; Daniel Hunkeler, Kurzkommentar SchKG, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, s. m. 295, Pn. 2; Hakan Pekcanıtez, "7101 Sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi", 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Adalet Bakanlığı, 2018, ss. 157-169, s. 163; Selçuk Öztek/ Ali Cem Budak/ Müjgan Tunç-Yücel vd., Yeni Konkordato Hukuku (7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285-309 Şerhi), Ed. Selçuk Öztek, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. m. 290, Pn. 3.

2 Konkordato komiseri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Yetkin, Ankara, 1993, s. 163 vd. Konkordato komiserinin kesin mühlet içindeki görevleri dikkate alındığında konkordato prosedüründe en etkili organ olduğu söylenebilir. Zira komiser, kural olarak, geçici mühlet kararından projenin tasdik için asliye ticaret mahkemesine sunulmasına kadar olan süreçte etkin şekilde yer almakta ve konkordato süreci boyunca bütün ilgili kişi ve kurumlarla irtibatı bulunmaktadır, Tanrıver, Konkordato Komiseri, 1993, s. 27, 28; Süha Tanrıver, "4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi", 51, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 67-90, s. 80; Hakan Pekcanıtez/ Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 71. Nitekim bu husus bir Bölge Adliye Mahkemesi kararına da yansımıştır; "...konkordato komiseri sadece bir denetim ve takdir makamı olmayıp, borçluya nezaret görevi ile donatılmıştır (İİK m. 290 /II-b, m.297/I). Tanrıver'in de belirttiği gibi komiser "...prosedür içerisinde borçlu ile alacaklıları arasında bir anlaşma zemini yaratılmasında ve dolayısıyla konkordatonun meydana gelmesinde etkin rol oynayabilecek, tarafların dışındaki üçüncü bir kişi" konumundadır..." (İzmir BAM. 17. HD, E: 2019/ 886, K: 2019/ 1166, T: 13. 06. 2019, (Kazancı İçtihat Programı)); Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., s. 292.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz.; Levent Börü, "Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi", C. 10, S. 1, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 173- 186, s. 175 vd; 7101 sayılı kanun değişikliğinden önce bu ilan mühlet kararının yayınlandığı gazetede yapılmakta ve alacaklılar bu yolla alacaklarını bildirmeye davet olunmaktaydı. İlhan Postacıoğlu, Konkordato, İstanbul, 1965, s. 74 vd; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 1472.

4 Ali Cem Budak/ Serdar Kale, Konkordato Komiserinin Kontrol Listesi, Adalet, Ankara, 2019, s. 18; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 308, Ancak ilanın komiser tarafından, alacaklılara posta yoluyla hiç gönderilmemesi alacaklıların yararlanabileceği bir eksiklik değildir.

5 İİK m. 308/c hükmünün üçüncü fıkrasında özel olarak belirtilen istisnaları bir yana bırakırsak, bir alacağın konkordatoya tâbi olup olmamasını belirleyen iki temel etken vardır. Birinci etken alacağın konkordato talebinden önce doğup doğmamasıdır. Buna göre konkordato talebinden önce doğan alacaklar konkordatoya tâbi olacaklardır.

Ancak konkordatoya tabi olmayan alacaklılar da alacaklarını bu ilan süresi içinde bildirebilirler. Bu alacakların bildirilmesi borçlunun mali bilgileri açısından doğru bir kanaat oluşumu için önemlidir.

İİK m. 299 uyarınca yapılan ilanda, alacaklıların alacaklarını 15 gün içinde bildirmemeleri durumunda bilançoda kayıtlı değillerse proje müzakerelerine kabul edilmeyecekleri açık ve net bir şekilde ihtar edilmelidir.[6] Burada süreyi kaçıran tarafın eski hale getirme kurumuna başvurup başvuramayacağı tartışılabilir. Öğretide *Börü*, İsviçre hukukuna yapmış olduğu atıfla, alacak bildiriminin süresinde yapılamaması halinde şartları uygun olduğu takdirde eski hale getirme kurumuna başvurulabileceğini belirtmiştir.[7] Ancak İcra ve İflas Kanununda öngörülen sürelerin kaçırılması durumunda HMK'da öngörülen eski hale getirme kurumunun uygulanabilmesi için iki durumu birbirinden ayırmak gerekir.[8] İcra mahkemesinde yapılacak olan yargılamalarda basit yargılama usulü uygulanmakta olup basit yargılama usulünde hüküm bulunmayan hallerde ise yazılı yargılama usulü uygulanır (HMK m. 322). Dolayısıyla HMK hükümlerinin uygulanması söz konusu olacağından verilen süreler HMK uyarınca verilmiş olacak ve eski hale getirme hükümleri uygulanabilecektir. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen diğer hak düşürücü sürelerde bu sürelerin kaçırılması halinde eski hale getirme yoluna başvurulamayacaktır.[9] Çünkü İcra ve İflas Kanunu'ndaki bu tarz süreler medeni yargılamaya ilişkin sürelerden değildir.[10] Bu nedenle HMK'da m. 95 vd.'da belirtilen prosedürün

---

Burada "konkordato talebinden önce doğmuş alacak" ifadesinin "geçici mühlet kararının verilmesinden önce doğmuş alacak" şeklinde anlaşılması gerekir, Börü, 2019, s. 181. Bu konuda ikinci etken ise, mühlet içinde doğan ve kural olarak konkordatoya tâbi bir alacağın, komiserin izin vermesi yolu ile konkordato akdi dışına çıkarılabilmesi imkânıdır.

6 İsviçre İİK'da alacakların bildirilmesi süresi 1 aydır (İsv. İİK m. 300). İsviçre'de yapılan son değişiklikle birlikte alacakların bildirilme süresi 20 günden 1 aya çıkartılmıştır. Börü'ye göre, Türk hukukunda da alacakların bildirim süresinin uzatılması gerekmektedir. Yazar, alacaklıların ilandan geç haberdar olmasından dolayı ilanla başlayan süreyi kaçırdıklarından bu nedenle de mehaz kanundaki gibi alacaklıların bildirim imkânının genişletilmesi gerektiğini ileri sürmüştür, Börü, 2019, s. 177.

7 Börü, 2019, s. 178; SK-Umbach-Spahn, Brigitte/ Kesselbach, Stephan/ Exner, Christian, SchKG- Art. 300, Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominic içinde, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger b., s. 1755-1763), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel – Genf, 2017, m. 300, Pn. 11. Ancak İsviçre İİK'nın 33. maddesinde genel olarak icra ve iflas hukukuna özgü eski hale getirme kurumunun mevcut olduğu ve İsviçre hukuk öğretisinde yapılan yorumların İsviçre İİK m. 33'e atfen yapıldığı da göz ardı edilmemelidir.

8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; Erdal Tercan, Eski Hale Getirme, Yetkin, Ankara, 2006, s. 166 vd.; Hülya Taş Korkmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hâle Getirme", 15, 2, 2016, İKÜHFD, ss. 635-679, s. 642, 643.

9 Tercan, 2006, s. 166 vd.; Taş Korkmaz, 2016, s. 642-643.

10 (6100 sayılı HMK gerekçesinin 101. maddesi,

uygulanmasının imkânı yoktur. Aksi halde bu başvurunun nereye ve ne zamana kadar yapılacağı, başvuru hakkında hangi makam tarafından karar verileceği gibi sorunlar ortaya çıkacaktır. Burada çözüm önerisi olarak konkordato mühleti veren asliye ticaret mahkemesinin eski hale getirmeye karar vermesi elbette düşünülebilir. Ancak bu durumun mahkemenin iş yükünü arttırabileceğini göz ardı etmemek gerekir. Burada özel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır[11]. HMK'da mevcut olan eski hale getirme kurumunun amacı ve işlevi buraya kıyasen uygulanabilecek nitelikte değildir.

Alacaklıların alacağını bildirme süresi posta ile gönderme tarihinden itibaren değil ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.[12] Söz konusu süre içinde alacağını bildirmeyen alacaklının karşılaşacağı yaptırım, borçlunun ticari defterlerinde kayıtlı olmaması durumunda[13], alacağının konkordato nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaması ve konkordato projesi hakkında oy kullanamamaktır.[14] Dolayısıyla süresi içinde alacak bildirmemenin yaptırımı alacağın sona ermesi anlamına kesinlikle gelmemektedir.[15] Bu alacaklılar konkordato tasdik edildiği takdirde konkordato şartları çerçevesinde alacaklarını talep edebilecekleri gibi ayrıca m. 308/e uyarınca fesih hakkını da

---

https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf).

11 Yılmaz'a göre, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İcra İflas Kanunu arasında güçlü bir bağ olup biri olmasa diğeri havada kalır. Buna rağmen her iki kanunda da bu bağ hakkında genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yazara göre olması gereken bu yönde bir düzenleme yapılmasıdır. Yazarın önerisi, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İİK hükümlerinin bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan HMK hükümlerinin uygulanmasını sağlayan genel bir kanun hükmü konulması ve ayrıca her iki kanunun aralarındaki bağ sebebiyle gözden geçirilerek gerekli değişikliklerin yapılmasıdır.", Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflas Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği", Cilt 2, 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, ss. 1835- 1866, s. 1865, 1866.

12 Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 458.

13 İİK'nın 299. maddesinde bu durum "bilançoda kayıtlı olmadıkça" şeklinde ifade edilmiştir.

14 Necmeddin Berkin, İflas Hukuku, İstanbul, 1970, s. 547; Baki Kuru, İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara, 1971, s. 444, 445; Tanrıver, 1993, s. 179. Bu konuda yazarlar, alacaklarını bildirmeyen alacaklıların konkordato müzakerelerine katılabileceği, ancak konkordatonun kabulü veya reddi yönünde oy kullanamayacağı görüşündedir. SK-Umbach-Spahn/ Kesselbach/ Exner, 2017, s. 1756, m. 300, Pn. 2; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 462, dn. 10; Börü, 2019, s. 179; İbrahim Kaplan, Yeni Türk Konkordato Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 45; Kostkiewicz Kren, Jolanta, OFK-SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020, s. 817, m. 300, Pn.3.

15 Murat Serhat Sarısözen, İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, s. 194.

kullanabileceklerdir.[16] Hatta öğretide bazı yazarlar bu durumdaki bir alacaklının İİK m. 304, f.1 uyarınca konkordatonun tasdikine de itiraz edebileceğini belirtmişlerdir.[17]

Alacaklı alacağını 15 günlük süre içerisinde bildirmemiş olsa dahi bu alacak borçlunun sunduğu bilançoda gösterilmişse İİK m. 303, f.3 b.(a) ve b.(b) anlamında *"kaydedilmiş alacak ve kaydedilmiş alacaklı"* sayılır ve bu alacaklılar konkordato teklifi hususunda oy kullanabilirler.[18] Ancak alacaklı süresi içinde kayıt yaptırmadığından konkordatoda meblağ çoğunluğunun hesaplanmasında borçlu tarafından bildirilen listede (m. 286, f.1, b-c) gösterildiği miktar kadar dikkate alınacaktır. Alacaklı, alacağının listede gösterilenden daha fazla olduğunu iddia ediyorsa, iddia ettiği fazla alacak miktarı için çekişmeli alacak olarak dahi çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınamayacaktır.[19]

Alacaklılar alacaklarını komisere yazılı ve sözlü olarak bildirebilirler. Sözlü olarak bildirdiklerinde bu husus komiser tarafından tutanak altına alınır. Bu hususta bir şekil şartı mevcut değildir. Ancak uyuşmazlık söz konusu olduğunda alacağın süresi içinde bildirildiğinin ispatı alacaklıya ait olacaktır.[20] Alacaklıların alacaklarını komisere kaydettirirken alacağın ispatına yarayacak belgelerin aslını yahut onaylı suretlerini ibraz etmeleri gerekmektedir.[21] Çünkü bu alacaklar, borçlu tarafından reddedilmeleri halinde çekişmeli alacak söz konusu olur. Bu durumda çekişmeli alacakların konkordato çoğunluğunda hesaba katılıp katılmayacağına, katılacaksa ne oranda katılacağına asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonunda karar verilecektir. Söz konusu incelemede bu deliller değerlendirilecektir. Ayrıca m. 300 uyarınca komiser, bu deliller ve borçlunun ticari defterleri üzerinde

---

16 Sümer Altay/ Ali Eskiocak, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, s. 194), Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 462, 463: Yargıtay 12. HD, E: 1965/8923, K: 1965/9212, T: 10.09.1965; Yargıtay 15. HD, E: 1990/4574, K: 1991/2214, T: 26.04.1991.

17 Berkin, 1970, s. 547; Kuru, 1971, s. 444, dn. 134; Tanrıver, 1993, s. 177, 179; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 1474; Altay/ Eskiocak, 2018, s. 194.

18 Kuru, 1971, s. 445; Tanrıver, 1993, s. 178; Altay/ Eskiocak, 2018, s. 188; Börü, 2019, s. 179.

19 Kuru, 2013, s. 1475, Altay/ Eskiocak, 2018, s. 188. Kuru'ya göre, borçlunun konkordato projesinde yahut bilançoda gösterilmeyen alacakları, borçlunun ticari defterlerinden anlaşılabiliyor, borçlu da bunları kabul ediyorsa süresi içinde bildirilmemiş dahi olsalar kaydedilmiş alacaklı sayılmalı ve bunlar konkordatoda oy kullanabilmelidir.

20 Lucien Gani, Commentaire romand, m. 300, no. 6, s. 1434, naklen Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 466; Börü, 2019, s. 177.

21 Berkin, 1970, s. 546, 547; Kuru, 1971, s. 443, dn. 128; Tanrıver, 1993, s. 185; Kuru, 2013, s. 1473. Ancak söz konusu deliller ibraz edilmeden süresi içinde yapılmış alacak kaydı da geçerlidir. Komiser gerek görürse bu belgeleri isteyebilir. Belgelerden bir sonuç alamazsa ayrıca re'sen de araştırma yapabilir. Araştırmasında vardığı sonuçları alacaklılar toplantısında ve tasdik aşamasında vereceği raporlarda belirtir, Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 468, dn. 28; Börü, 2019, s. 178.

yaptığı incelemeler sonucunda vardığı sonuçları bildiren bir raporu alacaklılar toplantısında sunacaktır. Bu rapor alacaklılar toplantısında değerlendirilecek, diğer alacaklılar tarafından sunulan projede bildirilen alacak kalemlerinin muvazaalı olup olmadığı anlaşılabilecektir.[22] İsviçre hukukunda alacaklıların alacaklarını geçici mühlet tarihindeki değeri itibariyle, ayrı bir faiz hesabı ile ve varsa rehin ve rüçhan hakları belirtilerek ve delilleri de ekleyerek yazılı olarak bildirmeleri gerektiği[23] belirtilmiştir.[24]

Komiser, borçluyu bildirilen alacaklar hakkında beyanda bulunmaya davet eder.[25] Borçlu, bu davet üzerine kendisine bildirilen her alacak bakımından cevap vermek zorundadır. Borçlu, bildirilen alacağı kabul ederse, bu alacak konkordato çoğunluğunun hesaplanmasında dikkate alınır.[26] Borçlu, bir alacağı kabul ettiyse komiserin bu alacağı reddetme yetkisi yoktur.[27] Alacağı çekişmeli hale getiren borçlunun red beyanıdır.[28] Ancak komiser, borçlunun kabul

---

22 C. Jager, Tome III, m. 301, no. 1, s. 99, naklen Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 468.

23 Ancak yazılı bildirim şartı İsviçre İİK m. 300'de öngörülmemiştir. Bu durum öğretide görüş olarak ileri sürülmüştür, SK-Umbach-Spahn/ Kesselbach/ Exner, 2017, s. 1756, m. 300, Pn. 2.

24 SK-Umbach-Spahn/ Kesselbach/ Exner, 2017, s. 1756, m. 300, Pn. 2.

25 Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, borçlunun beyana daveti isticvap hükmündedir. Bu nedenle komiserin sorularına borçlunun vekili cevap veremez, borçlunun bizzat gelerek bu alacaklar hakkında beyanda bulunması gerekir, Altay/ Eskiocak, 2018, s. 197. Bizim de katıldığımız görüşe göre, konkordatoyu talep eden borçlu ile komiser arasında isticvap kurumunun işletilmesinin söz konusu olmayacağı, bunu düzenleyen bir hüküm bulunmadığı, isticvabın HMK uyarınca sadece hâkim tarafından yapılabileceğinden dolayı borçlunun vekilinin de komiser tarafından sorulan sorulara cevap verebileceği yönünde aksi görüş için bkz. Sarısözen, 2019, s. 197.

26 Yargıtay 11. HD, E: 1988/7444, K: 1989/5429. T: 17.10.1989, Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 477.

27 İlhan Postacıoğlu, Konkordato, İstanbul, 1965, s. 100; Burhan Gürdoğan, İflas Hukuku Dersleri, İflas- Konkordato- İptal Davaları, Ankara, 1966, s. 180; Süha Tanrıver/ Adnan Deynekli, Konkordatonun Tasdiki, Yetkin, Ankara, 1996, s. 100; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz vd., İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 585; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 477, dn. 6: Konkordato tasdik edilirse, borçlunun bu kabul beyanı İİK m. 38 anlamında mahkeme önünde kabul niteliğini kazanır ve ileride konkordato feshedilirse, alacağı bu şekilde borçlu tarafından kabul edilmiş olan alacaklı borçlu aleyhine ilamlı icra takibi yapabilir, Yargıtay 12. HD, E: 1986/6605, K: 1996/10793, T: 20/10/1986, Kuru, İflas ve Konkordato Hukuku, s. 447, dn. 139; İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, E: 1988/953, K: 1989/19, T: 25.01.1989, ALTAY, Sümer, Konkordato, 1993, s. 782-784; Yargıtay 12. HD, E: 1992/7963, K: 1992/15094, T: 30.11.1992: "…Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre konkordato komiseri tarafından düzenlenen beyan listesine ekli borçlu vekilinin imzasını içeren borç listesi İİK m. 68 maddesinde yazılı belgelerdendir."; L. Şanal Görgün/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 640.

28 Yargıtay 19. HD, E: 2000/1004, K: 2000/2069, T: 23.03.2000 (www.hukukturk.com).

ettiği alacağın mevcut olup olmadığı hususunda inceleme yapabilir.[29] Alacağın mevcut olmadığı sonucuna ulaşırsa bu hususu alacaklılar toplantısında sunacağı rapora ekler.[30] Bu durumda takdir alacaklılar toplantısında alacaklılara ait olacaktır.[31]

Borçlu tarafından kabul edilen bir alacağın alacaklılar toplantısında başka alacaklılar tarafından itiraza uğraması alacağı çekişmeli hale getirmez.[32] Borçlu alacağı reddettiyse bu alacak çekişmeli hale gelir. Öğretide *Kuru,* borçlunun kesinleşmemiş dahi olsa ilama bağlı bir alacağı reddedemeyeceğini ileri sürmüştür.[33]

II. ÇEKİŞMELİ ALACAKLARIN ASLİYE TİCARET MAHKEMESİNCE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İİK M. 302/VI DÜZENLEMESİ

İİK m. 302 uyarınca komiserin başkanlığında alacaklılar toplantısı yapılır. Bu toplantıda komiser, toplantıya katılan alacaklılara raporunu sunar. Raporda komiserin kaydedilen alacaklar hakkındaki görüşleri, borçlunun mali durumu ve konkordatonun başarı şansı olup olmadığı hakkındaki düşünceleri yer alır.[34] Toplantı sonunda düzenlenen tutanak alacaklılar tarafından imzalanır. Bu tutanakta konkordatoyu kabul veya reddetmek isteyenler yer alır.[35]

Konkordatonun tasdik edilebilmesi için alacaklılar tarafından belli çoğunlukla kabul edilmiş olması gerekir. Konkordatonun alacaklılar kurulunda kabul edilmesi sadece bir matematik hesabından ibaret değildir.[36] Alacakların ve alacaklıların bir kısmında konkordato çoğunluğunun hesabında birtakım değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Bunun yanında ifadesini İİK m. 302 hükmünde bulan

---

[29] Yargıtay 19. HD, E: 2000/8721, K: 2001/564, T: 25.01.2001, Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 478.

[30] Kuru, 1971, s. 447, dn. 141; Murat Atalı, "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları", 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Ed. Ozekes, Muhammet), On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 85- 110, s. 107; Ayrıca bkz. Yargıtay 19. HD, E: 2000/1004, K: 2000/2069, T: 23.03.2000 (Kazancı İçtihat Bankası).

[31] Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 479.

[32] Postacıoğlu, 1965, s. 76, 77; Kuru, 1971, s. 447, 448; Tanrıver, 1993, s. 188; Kuru, 2013, s. 1476.

[33] Kuru, 2013, s. 1477, dn. 82. Kuru'ya göre borçlu alacağı reddetse bile mahkeme, çoğunluğun hesaplanmasında bu alacağı dikkate alabilir. Mahkeme, burada komiserin raporuyla da bağlı değildir, Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 131, dn. 275: Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında da bu görüş kabul edilmiştir.

[34] Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 498.

[35] Kuru, 2013, s. 1478; Yargıtay HGK, E: 2001/19-363, K: 2001/388, T: 18.4.2001, Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 493.

[36] Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 131.

birtakım hesaba katılmayacak alacaklar ve alacaklılar grubu vardır.[37] Burada zikredilen alacak ve alacaklılar grubu tahdidi olup yorum yoluyla genişletilemeyecektir.[38]

Çekişmeli veya geciktirici koşula bağlı yahut belirli olmayan vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne oranda katılacağına mahkeme karar verir. Konkordato komiseri, çekişmeli alacaklara ilişkin bir dosya oluşturarak bunu ticaret mahkemesine sunar. Bu dosyada alacak kayıt dilekçeleri, borçlunun itirazı, söz konusu alacağın borçlunun bilançosunda gösterilip gösterilmediğine ilişkin komiser yazısı yer alır.[39]

Asliye Ticaret Mahkemesinin çekişmeli alacakların ne oranda nisaba dahil olacaklarına yönelik karar verirken hangi usulü uygulayacağı tartışmalı olup mahkemeler arasında uygulama farklılıkları bulunmaktadır.

Bu konuda birinci uygulama konkordato mühletinin icra mahkemesi tarafından verildiği döneme ilişkindir. Bu dönemde icra mahkemesi konkordato mühleti verdikten sonra dosyadan elini çekmekteydi. Ancak eski İİK m. 297/IV uyarınca çekişmeli alacaklara yönelik, bu alacakların nisaba dahil olup olmayacakları veya hangi oranda dahil olacaklarına icra mahkemesinin karar vermesi nedeniyle, bu alacakların icra mahkemesinin önüne nasıl getirileceği ve hangi usulün uygulanacağı tartışma konusu olmuştur. Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Burada konkordato komiserinin dosyaları icra mahkemesine tevdi edeceği, dosyaların her birinin ayrı ayrı esas defterine kayıt edilmesi gerektiği, çekişmeli alacakların birbirinden ayrı olduğu, icra mahkemesinin her bir çekişmeli alacak için ayrı ayrı karar vermesi gerektiği belirtilmiştir.[40] İşte bu dönemden kalma alışkanlıkla Kanunun değişmesine ve artık ticaret mahkemesinin hem mühleti vermeye hem de tasdik etmeye yetkili olmasına ve zaten konkordato dosyasının bir esas numarası olmasına rağmen, komiserlere ayrı ayrı her bir çekişmeli alacak için mahkemeye başvurmaları zorunluluğu getirilmiş ve her bir çekişmeli alacak için ayrı esas numarası ile mahkeme tarafından incelenmesi yoluna gidilmiştir. Bu uygulama son derece yanlış bir uygulamadır. Bu uygulama ile adeta komiserlere her bir çekişmeli alacak için alacaklılar adına dava açtırılmaktadır. Komiserin alacaklıların vekili ve temsilcisi olmadığı düşünüldüğünde bu uygulamanın ne kadar yanlış olduğu anlaşılabilecektir.

Bu konuda ikinci uygulama yine konkordato mühletinin icra mahkemesi tarafından verildiği döneme yönelik eski yanlış uygulama alışkanlığından kaynaklanan bir yöntemdir. Şu anda birçok mahkeme

---

37 Kuru, 2013, s. 1483.

38 Tanrıver/ Deynekli, 1996, s. 98, Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 503.

39 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 240, 241.

40 Altay, 2005, s. 498.

tarafından halen bu yöntem uygulanmaktadır. Eski uygulamada, konkordato komiseri, çekişmeli alacaklılara bildirimde (tebligat) bulunmakta ve icra mahkemesinde dava açmaları gerektiğine aksi halde haklarından vazgeçmiş sayılacaklarına yönelik kesin süre vermekteydi. Eski uygulamada bunun sebebi icra mahkemesinde nasıl bir yöntemle esas kaydı oluşturulacağına yönelik soruna çözüm bulmaya çalışmaktı. Oysa bugün ticaret mahkemesi konkordato mühletini verdikten sonra dosyadan elini çekmemekte, konkordato süreci içinde aynı esas numarası ile tedbir niteliğinde kararlar verebilmekte, rehinli malların satışına izin verebilmekte, konkordatonun başarılı olmayacağının anlaşılması üzerine konkordato mühletine son verebilmekte ve tasdik yargılamasını da aynı esas numarası ile yapmaktadır. Buna rağmen halen konkordato komiserleri, çekişmeli alacaklılara ticaret mahkemesine başvurmaları gerektiği aksi halde haklarından vazgeçmiş sayılacaklarına yönelik kesin mühlet içeren (!) tebligatlar (!) çıkarmaktadırlar. Bunun sebebi mahkemelerin komiserlerden bu şekilde yapmalarını istemeleridir. Oysa konkordato komiserlerinin kanunda olmayan bir şekilde alacaklılara haklarından vazgeçmiş sayılacaklarına yönelik kesin mühlet verme ve tebligat çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

Bu konuda üçüncü uygulama ise konkordato komiserlerinin çekişmeli alacaklara yönelik bir dosya oluşturarak bunu doğrudan mühleti veren ticaret mahkemesine sunmasıdır. Bu durumda ticaret mahkemesi dosya üzerinden çekişmeli alacağa yönelik karar verebilecektir. Ancak hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak çekişmeli alacaklara yönelik kararın alacaklıların davet edilerek yapılacağı bir duruşmada verilmesi daha uygun olur. Ayrıca ticaret mahkemesi çekişmeli alacağa yönelik olarak komiserin raporunun yanında bilirkişi de görevlendirebilecektir. Burada bilirkişi ücretinin dosyada mevcut olan gider avansından karşılanması mümkündür. Uygulamada yapıldığı gibi komiserin ihtarı üzerine alacaklılara mahkemeye başvurmayı zorunlu kılıp bilirkişi ücretlerinin alacaklılardan alınması yanlış bir uygulamadır. Eski kanun döneminde yapılan uygulamaların yeni kanun hükümleri çerçevesinde devam ettirilmemesi gerekir. Çünkü mevcut konkordato hükümlerinde zaten ticaret mahkemesi konkordato başvurusuna karar verdikten sonra dosyadan elini çekmemekte, süreç boyunca konkordatoya ilişkin tedbir niteliğinde çeşitli kararlar alabilmektedir.

Mahkemenin burada her bir çekişmeli alacağa yönelik olarak ayrı ayrı karar vermesi gerekir. Çünkü alacaklar birbirinden bağımsız olduğundan incelemesi de bağımsız yapılmalıdır. Ticaret mahkemesi çekişmeli alacaklara ilişkin incelemeyi basit yargılama usulüne tabi olarak yapacaktır. Yargılama sırasında çekişmesiz yargı hakkındaki esaslar uygulanır. Kural olarak bu inceleme duruşmasız yapılır. Ancak tarafların sözlü olarak dinlenilmelerini gerektiren bir durum varsa

duruşma açılabilir. Bu istisnai bir durumdur. Zira duruşmasız yapılmasındaki amaç işlemlerin hızlı ilerlemesini sağlamaktır.[41] Ticaret mahkemesi çekişmeli alacağa ilişkin yaptığı yargılama sonunda alacağın konkordato nisabına katılıp katılmayacağına, nisaba katılacaksa miktarının belirlenmesine yönelik tedbir niteliğinde bir karar verir (İİK m. 302/VI). Mahkeme, alacağın nisaba katılmasına karar verirken alacağın ispatı bakımından yaklaşık ispat ölçüsünü esas alacaktır.[42] Burada yapılan inceleme sonunda çekişmeli alacağın sahibine oy hakkı tanınıp tanınmayacağı belirlenecektir. Ticaret mahkemesinin çekişmeli alacaklar hakkında verdiği kararlar maddi hukuk yönünden sonuç doğurmayacaktır. Bu sonuca m. 302/VI'nın sonundaki *"şu kadar ki bu iddialar hakkında ileride mahkemece verilecek hükümler saklıdır"* ibaresinden ulaşmaktayız. Zira çekişmeli alacak sahipleri m. 308/b doğrultusunda açtığı dava sonunda aldığı ilamla kendisine konkordato koşullarınca ödeme yapılmasını talep edebilecektir.

B. ÇEKİŞMELİ ALACAKLARIN TASDİK AŞAMASINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Çekişmeli alacakların tasdik aşamasında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine yönelik olarak tespit edebildiğimiz üç sorun vardır. Birinci sorun çekişmeli alacaklara yönelik yapılan tespitin tasdik aşamasında yeniden tartışma konusu yapılıp yapılamayacağıdır. İkinci sorun, muvazaalı bir alacağın tasdik yargılamasında mahkeme tarafından tasdik isteminin reddi nedeni oluşturup oluşturamayacağıdır. Üçüncü sorun ise, çekişmeli alacaklara yönelik olarak İİK m. 308/b uyarınca pay ayrılmasına yöneliktir.

1. Sorun: Çekişmeli alacaklara yönelik yapılan tespitin tasdik aşamasında yeniden tartışma konusu yapılıp yapılamayacağı;

Öğretide kural olarak çekişmeli alacaklar hakkındaki ticaret mahkemesi kararlarının tasdik aşamasında tartışma konusu yapılamayacağı belirtilmiştir.[43] Ancak Yargıtay, eski kararlarında icra hakiminin belirgin hatalarında (örn: icra mahkemesinin ilama bağlı bir alacağı nisaba dahil etmemesi gibi) ticaret mahkemesinin çekişmeli alacakları inceleyebileceğini ve yeniden karara bağlayabileceğini öngörmüştür.[44] *Altay/Eskiocak*, bu durumun çok istisnai olduğunu, zaten sonraki tarihli birçok Yargıtay kararında çekişmeli alacaklar hakkında icra mahkemesince (eski kanun hükümleri çerçevesinde) verilen kararların ticaret mahkemesinde tartışılamayacağının kabul edildiğini

41 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 241.

42 Gürdoğan, 1966, s. 186, dn. 524.

43 Serdar Kale, Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 59.

44 11. HD, 15.06.1990 T., 3457/4791, Altay/ Eskiocak, 2018, s. 243, dn. 6.

belirtmiştir.[45] Ancak mevcut sistemimizde hem çekişmeli alacaklara yönelik kararın incelenmesini hem de tasdik yargılamasını aynı mahkeme yapmaktadır. Çekişmeli alacakların nisaba dahil olup olmadığı yahut hangi oranda dahil olacağına yönelik karar, çekişmesiz yargıya dahil tedbir niteliğinde ve yaklaşık ispat faaliyetinin yapıldığı bir ara karar mahiyetindedir. Ayrıca tasdik yargılamasını düzenleyen İİK'nın 305. maddesinin son fıkrasına göre, mahkemenin konkordato projesini yetersiz bulması halinde kendiliğinden veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmenin yapılmasını isteyebileceği de belirtilmiştir. Burada her ne kadar projenin kendisinin yetersizliğinden bahsedilse bile bu kapsamda çekişmeli alacaklara yönelik olarak yeni bir delilin yahut ciddi bir itirazın yahut daha önce çok önemli bir değerlendirme hatasının yapılması durumunda bu hatada ısrar etmenin de bir anlamı yoktur. Mahkeme çekişmeli alacağa yönelik vereceği bir ara karar ile nisabın bu karar doğrultusunda yeniden değerlendirilmesini komiserlerden talep edebilmelidir. Komiserlerin de mahkemenin verdiği bu ara karar doğrultusunda nisabı yeniden hesaplayıp raporu düzeltmeleri gerekir. Bu şekilde özellikle tasdik yargılamasından sonra başlayacak proje ödemelerinin daha sağlıklı olması sağlanır.

2. Sorun: Muvazaalı bir alacağın tasdik yargılamasında mahkeme tarafından tasdik isteminin reddi nedeni oluşturup oluşturamayacağı;

Bir diğer önemli sorun ise diğer alacaklılar tarafından muvazaalı olduğu iddia edilen bir alacağın yahut mahkeme tarafından kendiliğinden muvazaalı olduğu görülen bir alacağın yahut komiser tarafından yapılan uyarı sonucunda mahkemenin fark ettiği bir muvazaalı alacağın mahkeme tarafından dikkate alınıp alınamayacağı ve tasdikin reddi nedenini oluşturup oluşturmayacağıdır.

Kanaatimize göre, ticaret mahkemesi alacakların muvazaalı olup olmadığını da tasdik yargılamasında inceleyebilir. Muvazaalı alacaklar bakımından borçlu ile alacaklının danışıklı olup olmadığı hususunda mahkemenin itiraz üzerine yahut re'sen araştırma yapması mümkündür. Borçlu muvazaalı alacaklar oluşturmuş ise, tasdik isteminin mahkemece reddi gerekir.[46] Bunun yasal dayanağı ise TMK m. 2'de mevcut olan dürüstlük kuralı olacaktır. Bu şekilde muvazaalı alacaklı ve alacaklar yaratmak suretiyle konkordatonun tasdikinin sağlanmaya çalışılması karşısında mahkemenin elinin kolunun bağlı olduğu savunulamaz.

[45] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 243.

[46] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 243.

3. Sorun: Çekişmeli alacaklara yönelik olarak İİK m. 308/b uyarınca pay ayrılması;

Konkordatonun tasdik edilebilmesi için gereken şartlar İİK m. 305 hükmünde sayılmıştır. Konkordato kararını inceleyen mahkeme çekişmeli alacaklar hakkında bir inceleme yapacak ve tasdik kararını verirken bu alacaklar hakkında karar verecek, ayrıca ayrılan pay tutarının bankaya yatırılmasına da hükmedecektir. Çekişmeli alacak hakkında pay ayrılması İİK m. 308/b hükmünde düzenlenmiştir. Mahkeme bu kararı, tasdik yargılaması sonunda re'sen verecektir.[47] İsviçre Hukukunda mahkemenin çekişmeli alacak hakkında pay ayrılmasının gerekip gerekmediğine, kapsamına ve varlığına yaklaşık ispat faaliyeti neticesinde edineceği kanaate göre karar vereceği belirtilmiştir.[48] Ayrıca çekişmeli alacaklara yönelik olarak teminat kararı verilmesi ancak diğer konkordatoya tabi alacaklara yönelik bir teminatın olmaması durumunun alacaklılar arasında eşitlik ilkesini bozabileceği de belirtilmiştir.[49]

İİK m. 308/b hükmünde iki ayrı süreç öngörülmüştür. Bunlardan ilki, konkordato projesinde çekişmeli alacak için pay ayrılması, ikincisi ise ayrılmış olan bu payın mahkeme tarafından bankaya yatırılmasına karar verilmesidir. Burada pay ayrılması ile kast edilen bizzat payın nakit olarak bölüştürülmesi değildir. Kastedilen, konkordato projesine tâbi diğer alacaklar için nasıl bir ödeme planı öngörülüyor ise o şekilde ödeme planına dahil olması ve konkordato projesi kapsamında çekişmeli alacak hakkı sahibinin eline geçecek muhtemel bedelin ne olduğunun projede belirlenmesidir.[50]

Çekişmeli alacak için pay ayrılması, konkordatonun tasdiki yargılamasından önce de söz konusu olabilir.[51] Ancak çekişmeli alacak için pay ayrılmasına yönelik karar tasdik yargılaması esnasında da tasdik yargılaması hükmünün içinde de verilebilir. Nitekim uygulamada çekişmeli alacak için pay ayrılmasına yönelik karar, konkordato projesine tasdik kararı verilmesiyle birlikte verilmektedir. Öğretide çekişmeli alacaklara yönelik olarak ayrılacak olan payın projede belirtilmesi gerektiği, zira bu alacağa yönelik olarak ileride açılacak olan dava sonucunda verilecek kararın konkordato projesini etkileyeceği ve

---

47 SK-Daniel, Hunkeler/ Wohl, Georg J., SchKG- Art. 315. Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominic içinde, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG içinde, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger b., s. 1852-1857), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel – Genf, 2017, s. 1856, m. 315, Pn. 9; Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 153.

48 SK-Daniel/ Wohl, 2017, s. 1856, m. 315, Pn. 9.

49 SK-Daniel/ Wohl, 2017, s. 1856, m. 315, Pn. 9.

50 Çiğdem Yazıcı, "Adi Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava (İİK m. 308/b)", 116, 2021, Bankacılar Dergisi, ss. 3-29, s. 8.

51 Yazıcı, 2021, s. 8.

projenin uygulanmasını güçleştireceği belirtilmiştir.[52] Gerçekten durum öğretide belirtildiği üzere konkordato projesinin başarı şansı ile doğrudan ilgilidir. Ancak borçlular projeyi bu ihtimali düşünerek yapmamakta, çekişmeli alacakların ortaya çıkmasından sonra da projeyi bu yönde revize etmemektedirler. Maalesef çözümü tamamen çekişmeli alacaklara yönelik olarak mahkemenin vereceği karara bırakmaktadırlar. Çoğu zaman zaten çekişmeli alacak için ayrılacak paya yönelik olarak konkordato borçlusunda bu payın karşılığı olan miktar da bulunmamaktadır.

Öğretide burada paydan anlaşılması gerekenin çekişmeli alacaklının konkordato gereğince alması gereken tüm tutar olmadığı, tam tersi bir ihtimalin kabul edilmesinin çekişmeli alacaklıları çekişmesiz alacaklılardan daha avantajlı konuma getireceği belirtilmiştir.[53] Ayrıca çekişmeli alacağın tamamı için pay ayrılması, özellikle çekişmeli alacakların miktarının çok fazla olması halinde, konkordato projesinin gerçekleşmesini de en baştan imkânsız hale getirebilir. Bu nedenle özellikle tasdik edilen konkordatonun vade konkordatosu olması durumunda, mahkeme tarafından *"borçlunun çekişmeli alacak hakkındaki davada karar verilinceye kadar vadesi gelen miktarı belirtilen banka hesabına yatırması"* şeklinde bir karar verilmesi uygun olur.[54] Burada ayrıca çekişmeli alacak yönünden de projede öngörülen miktarda iskonto yapılarak pay ayrılması kararı verilmelidir.[55]

Ancak burada iki temel sorun vardır; birinci sorun, vadeli olarak bir banka hesabına yatırılmasına karar verilen paydan alacaklıya proje kapsamında ödeme yapılıp yapılmayacağıdır. Diğer sorun ise vadesi geldikçe ödenmesine karar verilen çekişmeli alacağa yönelik ayrılan payı, borçlunun ödememesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Çekişmeli alacağa ayrılan payı borçlunun vadesi geldikçe mahkeme tarafından belirlenen bir banka hesabına yatırması durumunda ayrılan bu payın alacaklıya kural olarak ödenmemesi gerekir. Çünkü alacak miktarı borçlu ile alacaklı arasında çekişmelidir. Çekişmeli alacağa yönelik olarak daha sonra açılacak dava sonuçlanıncaya kadar burada alacaklıya bir ödeme yapılmaması gerekir.[56] Ancak alacağın bir kısmı çekişmeli ise zaten pay ayrılacak

---

[52] Yazıcı, 2021, s. 8.

[53] SK-Daniel/ Wohl, 2017, s. 1856, m. 315, Pn. 9; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 579; Yazıcı, 2021, s. 8.

[54] Yazıcı, 2021, s. 9.

[55] Nitekim Yargıtay 23. HD, E: 2020/992, K: 2020/3153, T: 27.09.2019 sayılı kararında, ilk derece mahkemesinin konkordatonun tasdiki ile konkordato projesi kapsamında kalan borçların %20 iskonto ile birer ay ara ile 4 eşit taksitte ödenmesine ve çekişmeli alacaklar yönünden depo kararı verilmesine yönelik verdiği kararını çekişmeli alacaklar yönünden de tenzilat uygulanması gerektiği gerekçesiyle düzeltmiştir (Uyap Hakim Portalı).

[56] Yazıcı, 2021, s. 9.

kısım çekişmeli kısım olacak, taraflar arasında çekişmesiz kısım için pay ayrılmasına gerek kalmayacak ve ilgili kısım normal konkordato projesi kapsamında ödenecektir. Özellikle tasdik kararından sonra mahkemece atanan kayyımın (İİK m. 306) çekişmesiz kısma ödeme yapıldığını ve çekişmeli kısma yönelik olarak ise mahkeme tarafından gösterilen hesaba payın ayrılıp ayrılmadığını kontrol etmesi ve bu durumu raporlaması gerekecektir.

Diğer sorun ise çekişmeli kısım için pay ayrılmasına karar verilmesi durumunda ayrılan bu payın borçlu tarafından ödenmemesi durumunda bu paya yönelik olarak alacaklı tarafından nasıl bir yol izleneceğidir. İsviçre hukukunda bu durumda alacaklının cebri icra yolu ile borçluyu zorlayabileceği ve ayrıca alacaklının konkordatonun feshini (İsv. İİK m. 316) talep edebileceği ileri sürülmüştür.[57] Türk öğretisinde de bu durumda mahkemece payın bankaya yatırılmasına ilişkin kararın borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde bu payın yatırılmasının, teminat gösterilmesine ilişkin bir talep olarak genel haciz yoluyla takibe konu edilebileceği ve ayrıca konkordatonun feshine de neden olabileceği belirtilmiştir.[58]

Konkordatonun tasdik edilebilmesi için bazı alacaklar bakımından İİK m. 305/1, d hükmü uyarınca teminat şartı getirilmiştir. Anılan hükümde İİK m. 302 hükmüne atıfta bulunulmuştur. Buna göre çekişmeli alacaklar hakkında teminat gösterilmesinin gerekip gerekmediği izaha muhtaçtır. 7101 sayılı kanun değişikliğinden önce teminatın tüm alacaklar bakımından gösterilmesi zorunluydu.[59] Değişiklikle birlikte teminat koşulunun kapsamı daraltılmıştır. Artık İİK m. 206 hükmünde birinci sıradaki alacaklar için teminat şartı öngörülmüştür. İİK m. 305/1, d hükmünün İİK m. 302 hükmüne atfıyla çekişmeli alacaklar hakkında teminat gösterilmesine mahkeme karar verebilir. Ancak bunun için önce çekişmeli alacakların oylamaya katılmasına mahkeme tarafından karar verilmiş olması gerekecektir.[60] Konkordatoda borçlunun kabul etmeyerek çekişmeli hale getirdiği alacak için konkordato projesinden pay ayrılması gerekmektedir. Alacak için hem pay ayrılması hem de daha sonra pay ayrılmış alacak için teminat gösterilmesi çekişmeli alacaklılar lehine bir durum yaratabilir. Bu da alacaklılar arasındaki eşitliği bozabilir.[61] Bu nedenle burada teminatın imtiyazlı alacaklar ve mühlet içinde komiserin izniyle

---

[57] BSK-Guggisberg, Jürg/ Hardmeier, Hans Ulrich, SchKG-Art. 315, Daniel, Staehelin/ Thomas, Bauer/ Lorandi, Franco içinde, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG), B. II, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, s. M. 315, Pn. 38.

[58] Yazıcı, 2021, s. 10.

[59] Gürdoğan, 1966, s. 194; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 534.

[60] Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 132.

[61] Yazıcı, 2021, s. 10.

akdedilmiş alacaklar hakkında çekişme olduğunda yatırılmasına karar verilebilmesi gerekir.[62]

Konkordato kapsamında çekişmeli alacakların nisaba katılması yönünde karar verilir ve borçlu tarafından teminat gösterilmezse bunun sonucunda tasdik şartları sağlanmamış olur. Mahkeme bu durumda konkordato talebinin reddine karar verebilir. Ayrıca konkordato borçlusunun iflâsa tâbi kişilerden olması durumunda doğrudan doğruya iflâs sebeplerinin varlığı halinde konkordato borçlusunun iflâsına karar verilebilecektir. Ancak alacaklı, alacağı hakkında teminat gösterilmesinden vazgeçebilir.[63] Teminat borçlu tarafından gösterilebileceği gibi üçüncü kişi tarafından da gösterilebilir. Yine teminatın yerine getirilmiş olarak kabul edilebilmesi için yeterli miktarda olması ve teminat niteliğine sahip olması gerekmektedir.[64] Ayni veyahut şahsi teminat gösterilmesi de mümkün olduğu gibi öğretide bir görüşe göre ruhsatlar, fikri ve sınai haklar dahi teminat olarak gösterilebilmelidir.[65]

III. ÇEKİŞMELİ ALACAKLAR HAKKINDA DAVA AÇILMASI

A. DAVANIN TÜRÜ

Mahkemeden istenen hukuki korumaya göre çekişmeli alacaklar için açılan davanın tespit davası mı yoksa eda davası mı olduğunun belirlenmesi gerekir. Çünkü çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın türünün hukuki nitelendirmesinin tespiti dava sonunda verilecek hükmün icrası açısından önem arz etmektedir. Bu hususta öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Berkin,* çekişmeli alacaklar hakkında açılan davayı *"alacağın tanınması davası"* olarak nitelendirmiş ve bu davayı İİK m. 67'de düzenlenen itirazın iptali davasına benzetmiştir.[66] Yazara göre, alacaklının bu davayı açmaktaki amacı borçlunun itirazını bertaraf etmek suretiyle alacağının mahkeme tarafından hüküm altına alınmasını sağlamaktır. Mahkeme bu davada alacağın esası hakkında karar verir.[67] Yazara göre, itirazın iptali davasında olduğu gibi mahkeme, alacaklının talebini kabul ederse alacaklı, konkordatodan pay alabilir.[68] Buna göre *Berkin*'in çekişmeli alacaklar hakkındaki davanın türü

62 Yazıcı, 2021, s. 10.

63 Yazıcı, 2021, s. 10.

64 Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 516.

65 Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 537.

66 Berkin, 1970, s. 571, 572.

67 Yargıtay 11. HD, E: 2016/13051, K: 2016/9344, T: 23.03.2016 sayılı kararında açılan davanın teknik anlamda maddi hukuk davası niteliği taşıdığını belirtmiştir (Uyap Hakim Portalı).

68 Berkin, 1970, s. 571, 572.

hakkındaki görüşünün eda davası yönünde olduğunu belirttiğini söyleyebiliriz. İsviçre hukukunda da bu dava *"alacağın tanınması davası"* olarak tanımlanmaktadır.[69] *Kuru* ise çekişmeli alacaklar hakkındaki davayı bir alacak davası olarak nitelendirmiştir.[70] *Altay ve Eskiocak,* çekişmeli alacaklar hakkında davanın eda davası olduğunu açıkça belirtmemişlerdir. Ancak bu davada alınan ilamın icraya konu olabileceğini ve icra emrinin tebliği üzerine borçlunun İİK m. 36 hükmü çerçevesinde icranın geri bırakılması kurumuna başvurabileceğini ileri sürmüşlerdir.[71] *Atalı/Ermenek/Erdoğan*'a göre ise, çekişmeli alacaklar hakkında açılan dava hukuki nitelik itibariyle bir eda davasıdır.[72] *Yazıcı*'ya göre ise çekişmeli alacak davası, mahkemeden istenen hukuki korumaya göre bir eda davasıdır.[73]

Öğretide de görüş birliği olduğu üzere bu dava hukuki nitelik itibariyle bir eda davasıdır. İsviçre'de de çekişmeli alacak hakkında açılan davanın tespit davası değil bir eda davası olduğu kabul edilmiştir.[74] Burada alacaklı konkordato süreci içinde itiraz uğramış olan alacağının maddi hukuk bakımından varlığını genel hükümler çerçevesinde ispat ederek bir eda hükmü almak istemektedir. Elbette her eda hükmünde olduğu gibi bu hüküm aynı zamanda alacağın varlığına yönelik bir tespiti de içerecektir. Ancak burada normal alacak davalarında olduğu gibi dava sonunda verilecek karar aynı zamanda tahsil hükmünü de içerecektir. Bu bağlamda verilecek hüküm ilamlı icraya uygun biçimde normal alacak davalarında olduğu gibi formüle edilebilecektir. Dolayısıyla bu dava alacağın esasına yönelik olarak verilmiş eda davası niteliğinde bir davadır.[75] Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın tespit davası olduğunu kabul etmek, kararın icrasında sıkıntılara neden olacaktır. Zira, mahkemenin çekişmeli alacak hakkında verdiği tespit hükmü ayrılan paydan alacaklıya ödeme yapılmasını sağlamayabilir. Alacaklı, bu hükümle icra takibi başlatamamış olsa bile m. 308/e uyarınca konkordatonun kendisi bakımından feshini talep edebilecektir. Ancak bu durumda da alacaklının alacağına kavuşması için yeni bir yargılama süreci başlayacaktır.[76]

---

69 Dominic Vock/ Daniele Meister-Muller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Baskı, Schultess, 2018, §38, s. 411 vd.

70 Kuru, 2013, s. 1500.

71 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 331. Yazarlara göre, borçlunun kararın gereğini icra emri tebliğ edilmeden yerine getirmesini kabul etmek pratik realitelere ve hukuki istikrara uygun düşmez, Yazıcı, 2021, s. 12, dn. 57.

72 Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, 2020, s. 697.

73 Yazıcı, 2021, s. 12.

74 Hunkeler/ Wohl, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Art. 315, Kn. 7.

75 Yazıcı, 2021, s. 12.

76 Yazıcı, 2021, s. 12.

Bu bir eda davası niteliğinde kabul edilse bile ilamlı icraya başvuru konusunda konkordatodan kaynaklanan bazı özelliklere dikkat edilmesi gerekir. Alacaklının alacaklı olduğuna yönelik olarak almış olduğu ilam ile ilamlı icraya başvurma suretiyle borçlunun mallarına haciz koydurma ve bunların satışını gerçekleştirebilmesinin mümkün olmaması gerekir. Unutulmamalıdır ki bu davaya konu olan alacak konkordatoya tabi bir alacaktır. Bu nedenle nasıl ki konkordatoya tabi bir alacak için konkordatonun tasdikinden önce açılmış ve sonuçlanmış bir dava neticesinde alınan ilam sahibi alacaklı alacağını ancak konkordato şartlarına göre alabiliyor ise burada da alacaklı konkordatoya tabi olan fakat tasdikten sonra açmış olduğu dava neticesinde aldığı ilama dayalı alacağını konkordato tasdik şartları içerisinde tahsil edebilecektir. Bu nedenle alacaklı, şayet tasdik kararı veren mahkeme çekişmeli alacağa yönelik olarak bir pay ayrılmasına karar vermiş ise o paydan ödeme yapılmasını talep edebilecektir. Çekişmeli alacağa ilişkin olarak yargılamayı yapan mahkeme de buna yönelik hüküm kurabilmelidir. Ancak tasdik kararı veren mahkeme şayet bu şekilde bir pay ayrılmasına karar vermemiş ise alacaklı alacağını bu ilama dayalı olarak ancak konkordato borçlusundan talep edebilecektir. Şayet konkordato borçlusu bu ödemeyi yine de yapmayı reddederse alacaklının konkordatonun feshini talep etme imkânı doğacaktır. Ancak konkordato süreci içinde alacaklının ilamlı takip yapma suretiyle borçlunun mallarına haciz koyabilme imkânı bulunmamalıdır. Bu durum alacaklılar arasında eşitliği bozacaktır. Alacaklının ilamlı icraya başvurması durumunda bu ilamlı takibin alacağın konkordatoya tabi olması nedeniyle şikâyet nedeniyle iptali gerekir.

B. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davada hangi mahkemenin görevli ve yetkili mahkeme olacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bu hususta öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, konkordatoya ilişkin tüm davaların borçlunun ikametgâhının bulunduğu asliye ticaret mahkemesinde açılması gerekmektedir.[77] Yazarlar burada Hakimler Savcılar Kurulu Birinci Dairesi'nin 03.03.2018 gün ve 50 sayılı kararına[78] atıf yapmışlardır. Bu görüşe göre görevli ve yetkili mahkeme belirlenirken açılacak davanın konkordato ile ilgisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Çünkü, alacaklılar zamanaşımı

[77] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 269.

[78] 28/02/2018 tarihli ve 7101 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile 2004 sayılı Icra ve Iflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iflâs ve konkordato konusunda uzman asliye ticaret mahkemesini belirleme yetkisi Hakimler ve Savcılar Kurulu'na bırakılmıştır. Hakimler Savcılar Kurulu Birinci Dairesi'nin 03.03.2018 gün ve 5038 sayılı kararı 05/04/2018 tarihli ve 30382 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır., Altay/ Eskiocak, 2018, s. 269.

süresi içinde her zaman genel hükümler uyarınca dava açabilecektir. Ancak tasdik kararının ilanından itibaren 1 ay içinde açılan davada, çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verilmesiyle bu paya kavuşma imkânı tanındığından açılan davanın konkordato ile organik bağı bulunmaktadır. Bu nedenlerle yazarlar, açılacak davanın HSK'nın söz konusu kararında dokuzuncu maddede adi konkordatodan kaynaklanan taleplere (İİK 285 ila 308/h maddeleri) ihtisas mahkemelerince bakılacağının belirtildiğini, çekişmeli alacaklara ilişkin davanın bu madde kapsamına dahil olduğundan tasdik kararından itibaren 1 ay içinde açılan çekişmeli alacaklara ilişkin davaların belirlenen bu ihtisas mahkemelerinde görülmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.[79]

Diğer bir görüşe göre ise, bu durumda davanın genel yetkili mahkemede açılması gerekmektedir.[80] Bu görüşü ileri süren yazarlar, mahkemelerin görevinin kanunla belirlenebilecek olmasını (Anayasa m. 142) gerekçe göstermişler, bu hususta açıklık bulunmadığından davanın genel hükümlere göre görüleceğini belirtmişlerdir.[81] *Yazıcı*'ya göre: *"Bu davada davacının iddiası borçlu tarafından itiraz edilen alacağın varlığının tespiti ile tahsiline karar verilmesi olduğundan, davanın da bu alacağa ilişkin görevli mahkemede görülmesi uygun olacaktır."*.[82] Yazara göre bu sonuca salt görev kurallarının kanunla düzenlenmesi kuralından ulaşılmamaktadır. Çekişmeli alacaklara ilişkin davanın genel kurallara göre açılması gerektiği sonucu, aynı zamanda somut uyuşmazlığa özgü yargılama usulünün uygulanarak maddî hukuka uygun bir karar verilmesinin de gereğidir.[83] Biz de benzer gerekçelerle çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın genel hükümlere göre belirlenecek görevli ve yetkili mahkemede açılması gerektiğine dair çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

---

79 Ayhan Akyürek/ Remziye Akyürek, Konkordato Hukuku, Yetkin, Ankara, 2019, s. 514.

80 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku (Cilt IV), Alfa, İstanbul, 1997, s. 3764.

81 Kale, 2017, s. 64; Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 153; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 580; Sarısözen, 2019, s. 235; Yazıcı, 2021, s. 12.

82 Yazıcı, 2021, s. 12: Yazar, burada İstanbul Anadolu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 22.01.2020 11/61 tarihli kararına atıf yapmıştır: "Davacı banka tarafından açılmış iş bu dava ise, banka alacağının davalı şirketten tahsiline yönelik olup, zorunlu olarak mahkememiz tarafından bakılması gereken bir dava olmadığından, mahkememiz esasının kapatılarak, dava dosyasının İstanbul Anadolu 11, 12, 13 Asliye Ticaret Mahkemesine tevzi edilmek üzere tevzii bürosuna iadesine karar verilmesi gerektiği" sonucuna varmıştır. (Lexpera)"

83 Yazıcı, 2021, s. 12: "Sıra cetveline itiraz davaları bakımından da Kanun'da görevli mahkemeye ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay uygulaması genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemelerinin bu davalarda görevli olduğu yönünde ise de görevin maddî hukuksal alacağa göre belirlenmesi gerektiğinden hareketle karşı görüş ve açıklamalar için bkz. Nedim Meriç, Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Yetkin, Ankara, 2015, s. 176-177.

Taraflar arasında söz konusu çekişmeli alacak hakkında yetki ya da tahkim sözleşmesi varsa görevli ve yetkili mahkeme buna göre belirlenecektir.[84] İsviçre hukukuna göre ise yetkili mahkeme, konkordato mahkemesinin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak bu yetki kesin yetki değildir, taraflar arasında yetki sözleşmesi yahut tahkim sözleşmesi varsa yetki buna göre belirlenir.[85]

C. TARAFLAR

Bu davanın davalı tarafında konkordato borçlusu[86], davacı tarafında ise alacağı borçlu tarafından itiraza uğrayan konkordato alacaklısı yer alacaktır. Alacağı nitelik bakımından itiraza uğramış alacaklılar da bu davayı açabilecektir.[87] Burada alacak türlerine bağlı olarak ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. İİK 206. maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklar konkordatoya tabi olma kuralının istisnasını oluşturur. Bu alacaklar tam olarak ödenir. Örneğin konkordato talebinde bulunan şirketin, işçiler için yardım sandığı kurulması amacıyla faaliyet gösteren bir derneğe borcu varsa burada m. 206 birinci sıra anlamında imtiyazlı alacak söz konusudur. İşte bu alacak bakımından borçlunun bir itirazı varsa burada alacağı nitelik bakımından itiraza uğrayan alacaklı m. 308/b anlamında dava açabilecektir.

Komiserin izniyle mühlet içerisinde yapılan işlemlerden alacaklı olan kişiler şayet mahkeme tarafından tasdik aşamasında alacakları kabul edilmez ise bu davayı açabileceklerdir.[88] Daha önce toplantıya katılmasına izin verilmeyen alacaklılar da bu davayı açabileceklerdir.[89] İİK m. 308/b'ye dayanarak dava açılabilmesi için m. 302/VI'ya göre mahkemece çekişmeli alacağın oylamaya katılmış olmasına karar verilmesi şart değildir.[90]

---

84 Tanrıver/ Deynekli, 1996, s. 143, dn. 17; Kuru, 2013, s. 1500, 1501; Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 153, dn. 321.

85 Jaeger/ Walder/ Kuhl/ Kottmann, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Art. 315, Kn. 12; Hunkeler/ Wohl, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Art. 315, Kn.7.

86 "Tasdik kararıyla birlikte komiserin görev ve yetkileri sona erer. Bu nedenle işletmenin yönetiminin komisere devredildiği hallerde dahi çekişmeli alacaklar hakkında dava konkordato komiserine karşı açılamaz", Yazıcı, 2021, s. 13.

87 Guggisberg/ Hardmeier, BSK SchKG, Art. 315, Kn. 36; Jaeger/ Walder/ Kuhl/ Kottmann, Art. 315, Kn. 5-6; Hunkeler/ Wohl, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Art. 315, Kn. 3.

88 Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 152, 153.

89 Tanrıver/ Deynekli, 1996, s. 142; Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 153.

90 Sarısözen, 2019, s. 237.

Alacağı borçlu tarafından kabul edilen alacaklının m. 308/b uyarınca dava açma hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca komiser, borçlu tarafından kabul edilen bir alacağı çekişmeli hale getiremez.[91]

1. Bazı Alacaklar Yönünden İİK m. 308/b Uyarınca Dava Açılıp Açılamayacağı

a. Alacağı Nitelik Bakımından İtiraz Uğrayan Alacaklı

Alacağı yalnızca miktar bakımından itiraza uğramış olan alacaklı değil, niteliği bakımından itiraza uğramış alacaklı da dava açabilir.[92] Burada alacak türlerine bağlı olarak ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin bir işçi alacağında konkordato borçlusunun itirazı alacağın bir kısmının yahut tamamının imtiyazlı olmadığı noktasında ise buradaki uyuşmazlık da çekişmeli alacaklara ilişkin dava ile çözülecektir.[93]

aa. Üst Sınır İpoteklerinde Sınırı (Limiti) Aşan Alacaklar Yönünden m. 308/b'ye Göre Dava Açılıp Açılamayacağı

İpotek, amacı sadece bir alacağı güvence altına almak olan ve alacak ödenmediği takdirde sahibine rehin konusu taşınmazı sattırarak bedelinden alacağını elde etme yetkisi veren taşınmaz rehnidir.[94] Geciktirici koşula (taliki şarta) bağlı alacaklar, değişken alacaklar ve ileride doğması muhtemel alacaklar için sadece üst sınır (azami meblağ) ipoteği kurulabilecektir. Bunlar için anapara ipoteği (sabit ipotek) şeklinde taşınmaz rehni tesis edilemez.[95]

Anapara ipoteğinde, taşınmazın güvence altına aldığı gerçek (kesin) alacak miktarı tapu kütüğüne tescil edilmiştir.[96] Anapara ipoteğinde, tapuda yazılı miktarın üstüne çıksalar bile, takip masrafları

---

91 Timuçin Muşul, 7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Yeni Düzenlemeye Göre İflâs ve Konkordato Hukuku Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, Adalet, Ankara, 2018, s. 523; Atalı, 2018, s. 107; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 476- 478.

92 Guggisberg/ Hardmeier, BSK SchKG, 2010, Art. 315, Kn. 36; Jaeger/ Walder/ Kuhl/ Kottmann, Art. 315, Kn. 5-6; Hunkeler/ Wohl, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Art. 315, Kn. 3.

93 Yazıcı, 2021, s. 13.

94 A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara, 2013, s. 680, 681; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku III- Sınırlı Ayni Haklar, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 219; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 960, 961.

95 Ayan, 2017, s. 219.

96 Ayan, 2017, s. 222: Örneğin, malik, A'dan borç aldığı 50.000 TL için taşınmazı üzerinde ipotek kurmuş ve bu para sabit bir miktar olarak tapu kütüğüne yazılmıştır.

ve faizler gibi yan alacaklar da güvencenin kapsamı içinde değerlendirilirler.

Sıklıkla başvurulan ileride doğacak ve doğması muhtemel olan ve miktarı da belli olmayan alacaklar için kurulacak ipotek ise üst sınır (azami meblağ-maksimal) ipoteğidir.[97] Üst sınır ipoteğinde alacak miktarına ilişkin kesin bir belirleme söz konusu değildir. Sadece taşınmazın sağlayacağı azami güvence tapu kütüğünde gösterilir.[98] Üst sınır ipoteğinde, alacağın gerçek miktarı tapu kütüğüne yazılmış olan miktardan daha az çıkabileceği gibi, daha fazla da çıkabilir. Miktarın fazla gerçekleşmesi durumunda artan kısım güvenceden yararlanmaz. Aynı esas yan alacaklar bakımından da geçerlidir. Miktarı aşan kısım için sadece genel anlamda haciz veya iflas yoluyla takip yapılabilir.

Rehinle sağlanan alacakların konkordatoya kaydettirilmesine gerek yoktur. Ancak üst sınır ipoteklerinde alacak kaydı yaptırılması rehnin kapsadığı fiili miktarın tespiti açısından önem arz etmektedir.[99] Borçlu, yaptırılan alacak kaydına itiraz etmezse çekişmeli alacak gündeme gelmez, ipotek miktarı bu suretle belirlenmiş olur. *Altay/Eskiocak*'a göre, ipotekle sağlanan borcun fiili ve gerçek miktarı üzerinde alacaklı ile borçlu arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu hususun çekişmeli alacaklar hakkındaki hükümlere kıyasen ticaret mahkemesinde çözülmesi gerekir.[100] Bu konuda bir ilam varsa komiser ilam doğrultusunda hareket etmelidir.

Peki üst sınır ipoteği söz konusu olan bir durumda sınırın üstünde kalan alacak ihtilaflı ise İİK m. 308/b uyarınca dava açılabilir mi?

Üst sınır ipoteklerinin limitle sınırlı olduğu görüşü benimsendiği takdirde, ipotek sadece borcun üst sınıra kadar olan kesimini kapsayacağından, bu sınırın üstünde kalan alacak, rehin güvencesinden yoksun adi alacak niteliğini taşıyacaktır. Bu durumda limitin üstündeki alacağın konkordato koşulları uyarınca ödenmesi gerekir. Böyle bir alacağa borçlu tarafından itiraz edilirse İİK m. 308/b uyarınca çekişmeli alacaklar hakkında dava açılması gerekecektir.

Üst sınır ipoteklerinde sınırın üstünde kalan kısım adi alacak iken altında kalan kısım rehinli alacaktır, dolayısıyla konkordato bakımından tam ödenmesi gerekecektir. Eğer bu kısım bakımından borçlunun alacağa bir itirazı varsa, *Altay/Eskiocak*'a göre, burada İİK m. 308/b uygulanmaz. Yazarlara göre, bu husus konkordato dışında gerçekleşen, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip prosedürü ve bunun

---

97 Ayan, 2017, s. 222: Söz konusu alacaklara örnek olarak henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte doğması ihtimali bulunan tazminat alacakları, kredi hesabı veya cari hesaptan doğan alacaklar ile koşula (şarta) bağlı alacaklar gösterilebilir.

98 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, 2017, s. 960, 961.

99 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 191.

100 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 191.

devamındaki itirazın kaldırılması yolu yahut itirazın iptali davasına ilişkin esaslar çerçevesinde çözülmelidir.[101]

bb. Rehinli ve İmtiyazlı Alacakların Bu Nitelikte Olup Olmadıkları Bakımından Dava Açılıp Açılamayacağı

İİK m. 308/c, f.3'te konkordatoya tabi olmayan alacaklar düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun kendi malları üzerinde tesis edilen taşınır ve taşınmaz rehinleri ile sağlanan alacaklar konkordatoya tabi değildir. Bunların tam olarak ödenmesi gerekir.

Rehinli alacakların konkordatoya kaydedilmesi zorunlu değildir.[102] Alacağın bildirilmesi (kaydı), önemini projenin kabulü için gerekli görülen nisabın sağlanıp sağlanmadığında gösterir. Bu nedenle konkordato komiserinin alacaklı bildirmemişse dahi borçlunun mali kayıtlarından rehinli alacakları dikkate alması gerekir.[103] Rehinle karşılanmayan kısım için konkordotaya kayıt yapılması gerekir. Zira alacağın rehinle karşılanmayan kısmı adi alacak olarak konkordato koşullarına tabidir.[104] Aksi takdirde rehinle karşılanmayan kısım konkordato nisabına dahil olmayacaktır.[105]

Borçlunun bildirilen alacağa itirazı alacağın rehinli olmadığı yönünde ise bu durumda İİK m. 308/b uygulanabilir mi? Öğretide bazı yazarlar, rehin hakkına ilişkin uyuşmazlığın m. 308/b uyarınca çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.[106] *Altay/Eskiocak*'a göre ise, bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.[107] Zira, tapu kaydıyla sabit olan rehinlerde böyle bir çözümün belirlenmesi söz konusu olamaz. İİK m. 150 uyarınca, ipoteğe bağlı icra takiplerinde rehin hakkı itiraz konusu yapılamaz. Yazarlar ayrıca, noterlikçe düzenlenmiş rehin sözleşmeleri ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa tabi rehinlerde de rehin hakkının tartışma konusu yapılamayacağını ileri sürmüşlerdir.[108]

Bu nedenle rehinli alacak hakkında bir çekişme söz konusu olduğunda bunun m. 302/VI ve 308/b hükümlerine göre çözülmesi mümkün değildir. Yazarlara göre, rehin hakkı üzerindeki çekişmenin m.

---

[101] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 273.

[102] Postacıoğlu, 1965, s. 85, 88; Ömer Ulukapı, "Konkordatonun Sonuçları", C. 8, S. 1-2, Milenyum Armağanı, 2000, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 9-61, s. 21, Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 56; Altay/ Eskiocak, 2018, s. 188; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 616.

[103] Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 616.

[104] Jaeger, m. 303, Favre, s. 405 naklen, Altay/ Eskiocak, 2018, s. 189, dn. 94; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 615.

[105] Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 617; Börü, 2019, s. 181.

[106] Postacıoğlu, 1965, s. 101; Jaeger, m. 310, No. 2, m. 293, No. 10, Blumenstein, s. 924, Berkin, s. 504, Ansay, s. 352, naklen Altay/ Eskiocak, 2018, s. 273, dn. 9.

[107] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 273.

[108] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 200.

308/b uyarınca çözülmesi ancak rehin hükümlerinin kıyasen uygulandığı durumlarda söz konusu olabilir.[109]

7101 sayılı Kanun'un 308/c-III hükmü, İİK m. 206 sıra 1'de yer alan alacakların imtiyazlı olduğunu öngörmüştür. Bu hükme göre, bu alacakların konkordato projesine tabi olmadan tam olarak ödenmesi zorunlu olduğu gibi bu alacaklar için teminat gösterilmesi öngörülmüştür (İİK m. 305/I-d). İmtiyazlı alacaklar üzerinde bir çekişme söz konusu ise bu durum m. 308/b uyarınca çözülebilir.[110]

cc. Erteleyici (Taliki) Koşula Bağlı ve Vadesi Belli Olmayan Alacaklar Yönünden m. 308/b Uyarınca Dava Açılıp Açılamayacağı

Erteleyici (taliki) koşula bağlı alacaklar nitelikleri itibariyle koşul gerçekleştiği takdirde ödenmeleri gereken alacaklardır. Vadesi belli olmayan alacaklar da vade gerçekleştiği takdirde ödenir. Erteleyici (taliki) koşula bağlı ve vadesi belli olmayan alacakların nisaba katılıp katılmayacağına mahkeme tarafından karar verilir. Borçlu bu alacakların geçerli bir sözleşme uyarınca varlığını kabul ediyorsa erteleyici koşul gerçekleştiğinde yahut vade geldiğinde bu alacakların ödenmesi gerekecektir. Ancak eğer borçlu, koşula bağlı veya vadesi belli olmayan bir borcunun mevcut olmadığını ileri sürüyorsa burada bildirilen alacağa bir itiraz var demektir. Bu durumda çekişmeli alacak meydana gelecektir. Bu konudaki uyuşmazlığın çözümü bakımından İİK m. 308/b uyarınca dava açılması gerekir.[111]

D. DAVANIN ZORUNLU ARABULUCULUĞA TABİ OLUP OLMADIĞI HUSUSU

TTK m. 5/A hükmüne göre; "*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında"* dava açılmadan evvel arabuluculuğa başvuru şartı getirilmiştir.

TTK m. 5/A düzenlemesiyle birlikte konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında açılan davada arabuluculuğa başvuru yapılmasının zorunlu olup olmayacağı hususunda tereddütler meydana gelmiştir. Yasal mevzuatta İİK m. 308/b anlamında görülen çekişmeli alacak davasında arabuluculuğun uygun olmadığını belirten, çekişmeli alacak davasına istisna getiren herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Konkordato borçlusunun alacağı kabul etmeyerek çekişmeli hale getirmesi ve ardından alacaklının İİK m. 308/b hükmüne göre dava açması ile devam eden süreçte söz konusu alacak genel hükümlere göre görülecek bir alacak davası niteliğindedir. Hukuki nitelik açısından

---

109 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 273.

110 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 188, 273.

111 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 274.

baktığımızda bu dava, *"belirli bir miktar paranın konkordato hükümlerine göre tahsili amacıyla açılmış bir eda davasıdır"*.[112] Öğretide *Ermenek/ Azaklı Arslan*'a göre, her ne kadar davanın türüne bakıldığında zorunlu arabuluculuğa tabi imiş gibi görünse de bu davada korunan menfaat dengesi açısından bu sonuca varmak mümkün değildir. Zira, bu dava konkordato prosedürü ile yakın ilişki içerisindedir. Bu davada verilen hüküm konkordato projesi uyarınca yapılan ödemeyi etkileyecektir. Bu durum ise diğer alacaklıların menfaatini önemli ölçüde etkiler.[113]

Yazıcı'ya göre ise, kanunu lafzi olarak yorumlamamız halinde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olacağı düşünülebilir. Ancak yazar, bunun konkordato hukuku bakımından değerlendirilmesi gerektiğini, konkordatoya tâbi bir alacaklının borçlu ile arabuluculuk müzakerelerinde bulunarak farklı koşullarda anlaşmasının konkordatoda diğer alacaklar aleyhine durumlara neden olabileceğini belirtmektedir.[114] Yazar ayrıca arabuluculuğun bu davalarda zorunlu tutulmasının zaman ve emek israfına neden olacağını ileri sürmüştür.[115] Bu noktada biz de yazarlara katılıyor ve çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların zorunlu arabuluculuk kapsamına girmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira borçlu zaten alacaklı ile anlaşacak olsa konkordato prosedürü içinde alacağa itiraz ederek bu davanın açılmasına sebebiyet vermezdi. Bu durumda alacaklıyı alacağına kavuşması için davadan önce bir de arabuluculuk sürecine tabi tutmak zaman israfından başka bir anlama gelmeyecektir.

Açıklanan görüşlerin aksine İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi çekişmeli alacak hakkında açılan bir davada arabuluculuğa başvurunun dava şartı olup olmadığı noktasında toplanan istinaf kararında, TTK m. 5/A hükmüne göre ticari davalarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği, 6325 sayılı yasanın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerektiğinin belirtildiğini, ayrıca mahkemenin ön inceleme duruşması yapmaksızın arabulucuya başvurulmadığından bahisle davayı dava şartı yokluğundan reddetmesinde usul ve yasaya aykırılık söz konusu olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.[116]

---

112 Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, 2020, s. 709.

113 İbrahim Ermenek/ Betül Azaklı Arslan, "Icra ve Iflas Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", S. 148, 2020, TBB Dergisi, ss. 135 vd, s. 186.

114 Yazıcı, 2021, s. 13.

115 Yazıcı, 2021, s. 13.

116 İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, E: 2021/307, K: 2021/336, T: 18.03.2021 (Kazancı İçtihat Bankası), aksi yönde görüş için bkz. Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, E: 2020/390, K: 2020/268, T: 02.07.2020 (Lexpera).

E. DAVA AÇMA SÜRESİ

İİK m. 308/b uyarınca asliye ticaret mahkemesi tasdik kararı ile birlikte, alacakları itiraza uğramış olan alacaklıların bu kararın ilanından itibaren 1 ay içinde dava açmalarını bildirir. İsviçre'de ise süre 20 gündür.[117] Son düzenlemenin daha net anlaşılabilmesi için önceki kanunların yürürlükte olduğu dönemdeki çözüm tarzlarının açıklanmasında fayda vardır.

1. 7101 Sayılı Kanunla Öngörülen Değişiklikten Önceki Düzenlemeler

a. 4949 ve 5092 Sayılı Kanunlardan Önceki Düzenleme

7101 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki dönemde konkordatoya süresinde yaptırdığı kayıt borçlunun itirazı ile karşılaşan alacaklı, konkordato koşulları uyarınca alacağını tahsil edebilmek için, onama kararının kendisine duruşmada sözlü olarak bildirilmesinden ya da karar oturumunda hazır bulunmamış ise, kararın tebliğinden itibaren 7 gün içinde m. 302 uyarınca dava açmak zorundaydı. Bu süre içinde dava açılmadığı takdirde alacak hakkının maddi hukuk yönünden sona erip ermediği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştü.[118] Bazı yazarlar[119] bu süreye uyulmamasının alacağın maddi hukuk bakımından da sona ermesi sonucunu doğuracağını savunmuşlar, bazıları[120] da dava açılmamasının sadece takip hukukuna ilişkin daha hafif sonuçlar meydana getireceğini savunmuşlardır.

Türk hukuku açısından ise bu dönemde öğretide kabul edilen görüş, süresinde dava açılmamasının alacağın maddi hukuk bakımından ortadan kalkmasına yol açmayacağı ve alacaklının sadece konkordatoya iştirak edemeyeceği yönündeydi.[121] Kanunun değişiklikten önceki dönemdeki ifadesi *"bu müddet içinde dava açmayanların hakkı düşer"* biçimindeydi. Buradaki *"düşme"* ifadesinden anlaşılması gerekenin

---

117 Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 152, İsv. İİK m. 315.

118 Necmeddin Berkin, "Konkordatoda İtirazlı Alacakların Müddeti İçinde Dava Edilmemesinin Neticeleri", XXX, 3-4, 1964, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 784- 787, s. 787' de belirtilen görüşler.

119 J. Heuberger, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, s. 186; F. Paschoud, Le concordat préventif à la faillite, thése Lausanne 1905, p. 229, s. 231; Hotz, Der Nachlassvertrag des schw. Bundesgesetz, Zürich 1893, s. 60; A. Von Overbeck, Schuldbetreibung und Konkurs nach schw. Recht, II. Aufl., Zürich, 1940, s. 230, naklen, Berkin, 1964, s. 784.

120 E. Brand, Fiches Juridiques Suisses, No: 959, p. 7; G. Keller, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schw Bundesgesetz, Diss. Zürich 1891, S. 106, Nr. 4; E. Blumenstein, Handbuch des schw. Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, s. 925; A. Favre, Cours de droit des poursuites, Fribourg 1953, p. 367, naklen Berkin, 1964, s. 784.

121 Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1953, s. 30; Gürdoğan, 1966, s. 214; Kuru, 1997, s. 3847.

konkordato hükümleri ayakta kaldığı sürece söz konusu olacağı ve 308. maddeye göre konkordatonun feshi veya iflasa dönüşmesi durumunda mümkün olmayacağı öğretide çoğunluk görüş olarak ileri sürülüyordu.[122]

b. 4949 ve 5092 Sayılı Kanunlarla Getirilen Düzenleme

İİK m. 302'de, 4949 sayılı Yasa ve bunu takiben yürürlüğe giren 5092 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişiklik yapılmıştır.[123] Buna göre artık çekişmeli alacaklar için süresinde dava açmayan alacaklının alacağı maddi hukuk anlamında sona ermemekte, sadece teminattan yararlanma ve konkordatoyu feshettirme hakları düşmektedir. 10 günlük süre geçtikten sonra da -zamanaşımı süresinin geçirilmemesi kaydıyla- çekişmeli alacağın hüküm altına alınması için dava açılabilecektir. Bu şekilde dava açan alacaklıların elde ettikleri ilamın da konkordato koşulları çerçevesinde yerine getirilmesi mümkün olacaktır.[124]

2. 7101 Sayılı Kanunla Getirilen İİK m. 308/ b Düzenlemesi

7101 sayılı Kanunla öngörülen İİK m. 308/b'ye göre alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilirler. Tasdik kararını veren mahkeme, konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından, mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Süresi içinde dava açmamış olan alacaklılar, bu paydan ödeme yapılmasını talep edemezler; bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilir.

İsviçre İİK m. 315, f.1 uyarınca, süresinde dava açmayan alacaklı, konkordato gereğince kendisine ödenmesi gereken paya ilişkin ödeme garantisinden mahrum kalır.[125] İsviçre hukukuna göre, süresinde dava açmayan alacaklının karşı karşıya kalacağı tek yaptırım, çekişmeli

[122] Postacıoğlu, 1965, s. 137; Gürdoğan, 1966, s. 214; Kuru, 1997, s. 3847; Altay/ Eskiocak, 2018, s. 266: Yazarlara göre o dönemde İİK 302. madde konkordato kurumu için geçerli olduğundan yedi günlük süreye uyulmamasının hak düşürücü etki ve sonucu konkordatonun varlığını koruması koşuluyla geçerli olacaktır. Ancak konkordatonun "suiniyetle muallel" olduğunun hükümle saptanması veya konkordatonun iflasa dönüşerek ortadan kalkması durumlarında maddi hukuk davası özelliğini taşıyan bu davanın sürdürülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

[123] Yargıtay 19. HD, E: 2000/8721, K: 2001/564, T: 25.01.2001 sayılı kararında ilk derece mahkemesinin kararını nizalı alacaklara İİK m. 302 uyarınca dava açmaları için süre vermemesi nedeniyle bozmuştur (www.hukukturk.com).

[124] Kale, 2017, s. 64.

[125] İsviçre'de de süresinde dava açılmaması maddi hukuk bakımından hakkın sona erdiğini anlamına gelmez. Guggisberg ve Hardmeier in BSK SchKG, 2010, Art. 315, Kn. 19; Vock/ Meister- Müller, s. 414.; Kaplan, 2019, s. 107.

alacağa konkordatoda isabet edecek paya ilişkin garantiden mahrum kalmak olacaktır.[126]

Türk hukukuna göre, süresinde dava açmayan alacaklılar, maddi hukuk yönünden alacak haklarını kaybetmezler.[127] *Tanrıver/Deynekli'*ye göre, bu alacaklıların hakkı sadece tasdik edilen konkordato bağlamında sona erer. Çekişmeli alacağın alacaklısı, tasdik edilen konkordato bağlamında herhangi bir hak talebinde bulunamaz.[128] *Altay/Eskiocak'*a göre, süresinde dava açmayan alacaklıların alacağı, konkordatoya hiç kayıt yaptırmamış sujelerin hukuki statülerine sahip olur.[129] Bu nedenle alacak için dava açtıklarında kendilerine ihtiyati tedbir olarak ve teminat niteliğinde pay ayrılarak bankada bloke edilmez. Süresinde dava açmayan alacaklılar kısmen veya tamamen konkordatonun feshini talep edebilirler. Ancak bunun için açtıkları alacak davasının sübut etmesi gerekir.[130]

Yazıcı'ya göre, 1 aylık süre içinde dava açmayan alacaklı süresinden sonra dava açarsa, kendisi için ayırılan pay borçluya iade edilmiş olacağından bu paydan kendisinde ödeme yapılmasını talep edemez. Ancak sonradan açtığı dava kabul edilirse konkordato hükümlerine göre kendisine ödeme yapılması gerekecektir.[131] Şayet borçlu, ilama rağmen ödeme yapmazsa alacaklı konkordatonun feshini talep edebilir.[132] Yazara göre, alacağı kayıtlı olmayan ve alacağını kaydettirmemiş alacaklıların her zaman dava açabileceği ve alacağını konkordato hükümlerine göre talep edebileceği kabul edildiğinden[133] alacağı itiraza uğramış olan çekişmeli alacaklılar bakımından daha ağır bir sonucun kabul edilmesi anlamsız olacaktır.[134] Bu nedenlerle yazara göre, kanunda öngörülen süre banka hesabına yatırılan payın ödenmesini istemek bakımından hak düşürücü olup bu süre geçtikten

---

126 Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 578: İsviçre hukukunda bu maddenin çok önemi kalmadığı ifade edilmiştir. Borçlunun teminat yatırması gereken hallerin yeni düzenlemeye göre çok kısıtlı olduğu, bu nedenle de süresinde dava açılmadığında çok önemli sonuçların ortaya çıkmayacağı belirtilmiştir. Hunkeler, Daniel (Hrsg), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, m. 315, no. 4.

127 Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 154.

128 Tanrıver/ Deynekli, 1996, s. 143, aynı yönde bkz. Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 154; Sarısözen, 2019, s. 237.

129 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 268.

130 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 268. Süresinde dava açmayan çekişmeli alacağın alacaklısının konkordatoyu feshettirme hakkına sahip olmadığı yönünde bkz. Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 154; Sarısözen, 2019, s. 237.

131 Yazıcı, 2021, s. 15.

132 Yazıcı, 2021, s. 15.

133 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 268; Pekcanıtez/ Erdönmez, 2018, s. 153; Sarısözen, 2019, s. 236, 237.

134 Yazıcı, 2021, s. 16.

sonra da dava açılabilecek ve mahkeme genel hükümlere göre davayı görecektir.[135]

Konkordatonun tasdikinden önce alacaklı tarafından açılmış bir dava varsa, ilgili madde gereğince yeniden dava açılmasına gerek yoktur. Borçlu bu durumda, alacaklının payına düşen miktarı bankaya yatırmak zorundadır.[136]

F. YARGILAMA USULÜ

İİK m. 308/b uyarınca açılacak dava genel hükümlere göre açılacağından yargılama usulünün de davanın niteliğine göre belirlenmesi gerekmektedir.[137] Öğretide bazı yazarlara göre, alacaklının bir an önce konkordato payına kavuşmasının sağlanması amacıyla bu davanın basit yargılama usulüne tabi olması gerekmektedir.[138] Yazarlar, davanın konkordato ile ilişkisinin çok sıkı olduğundan bahisle yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması gerektiğini savunmaktadırlar. Yargılama usulünün kanunla belirlenmesi gerekliliğinden dolayı bu görüşe katılmıyoruz. Davanın niteliğinden kastedilmek istenen, çekişmeli alacak hakkındaki uyuşmazlığın tabi olduğu yargılama usulüdür. Sözgelimi iş mahkemesinde açılan çekişmeli alacak hakkındaki davada basit yargılama usulü uygulanacaktır (İşMK m. 7/1). Benzer şekilde ticaret mahkemesinde açılacak ve miktar ya da değeri beş yüz bin Türk lirasının altındaki çekişmeli alacak hakkındaki davada da basit yargılama usulü uygulanacaktır (karş. TTK m. 4/2).

Çekişmeli alacaklar hakkında açılan dava, bir maddi hukuk davası niteliğini taşır. Bu nedenle taraflar, maddi hukuk anlamındaki tüm iddia ve savunmalarını ileri sürebilirler. Ayrıca bu dava nisbî harca ve nisbi vekâlet ücretine tabidir.[139]

G. DAVA SONUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

1. Davanın Kabulü

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın genel hükümlere göre görüleceğinden yukarıda bahsedilmişti. Bu bakımdan alacağın tespiti halinde davanın kabulüne, aksi halde davanın reddine karar verilir. Mahkeme, davanın kabulüyle hüküm fıkrasında çekişmeli alacağın varlığını hüküm altına alır. *Altay/Eskiocak'*a göre, karar

[135] Yazıcı, 2021, s. 16. Kuru'ya göre, alacaklının 1 aylık süre içinde takip başlatmış olması, süresinde dava açılmasının sonuçlarını doğuracaktır., Kuru, 1971, s. 475, dn. 216.

[136] Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 579, 580.

[137] Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 579, 580. İsviçre'de de yargılama usulünün genel hükümlere göre belirleneceği yönünde bkz. Vock/ Meister- Müller, s. 412.

[138] Altay/ Eskiocak, 2018, s. 271.

[139] Kuru, 1997, s. 3764; Altay/ Eskiocak, 2018, s. 271.

oluşturulurken konkordato sürecinin ne aşamada olduğunun dikkate alınması gerekir.[140] Şayet konkordato yürürlükte ise davası kabul edilen alacaklı, alacağını konkordato şartları çerçevesinde alacaktır. Ancak konkordato ortadan kalktıysa bu durumda alacaklının alacağına tam olarak kavuşması gerekir.[141] Bu nedenle davanın kabulüne karar veren mahkemenin bunları dikkate alması ve kararında belirtmesi gerekir. Aksi durum kararın infazında sıkıntılara neden olabilir.[142] Çekişmeli alacaklar hakkında dava genel hükümlere göre görülen bir dava olduğu için davaya bakan mahkeme konkordato mahkemesi değildir. Bu nedenle mahkemenin konkordato hükümlerine göre tahsil amacıyla alacağın bir kısmını hüküm altına alması doğru olmayacaktır. Burada yapılması gereken infaz kolaylığı sağlanması açısından kararda sadece konkordatonun yürürlükte olup olmadığına- yürürlükte ise alacağın konkordato hükümlerine göre tahsil edileceği, yürürlükten kalktı ise alacağın tam olarak tahsil edileceği- ilişkin bir açıklama yapılması olabilir.[143]

Altay/Eskiocak'a göre, aleyhine dava açılmasına kusuruyla yol açan borçlunun, konkordato mühletinden sonra doğan yargılama giderlerinden ve bu kapsamdaki vekâlet ücretinden tam olarak sorumlu tutulması gerekir.[144] Yargıtay'ın da yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin konkordato koşullarına göre borçludan tahsil edilmesi gerektiğine dair eski tarihli kararları mevcuttur.[145] Bazı yazarlara göre, çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davayla ilgili yargılama giderleri konkordatodan sonra doğduğundan bunlar, konkordatoya tabi olmadan tam olarak ödenmelidir.[146]

Davanın kabulünü ikiye ayırarak değerlendirebiliriz. Davacı alacağının varlığı, miktarı hakkındaki çekişmenin giderilmesi için dava açmış olabileceği gibi alacağının niteliği hususundaki çekişmenin giderilmesi için de dava açmış olabilir. Şayet çekişmeli alacaklar hakkında açılan dava sonunda mahkeme, alacağın niteliği hususunda imtiyazlı olduğuna yönelik bir karar verir ve bunun tahsiline hükmederse alacağın tam olarak ödenmesi gerekir.[147] Bu noktada

---

140 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 271.

141 Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 581.

142 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 271.

143 Yazıcı, 2021, s. 18.

144 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 271, 272.

145 İİD., 12.02.1962 T., 1303/1814, Altay/ Eskiocak, 2018, s. 271.

146 Kuru, 1971, s. 476, dn. 221, İsviçre'de de bu davalar sonucunda ortaya çıkan yargılama masrafları, konkordato sözleşmesinin onaylanmasını teminat altına aldığı için konkordatodan sonra ortaya çıkabilecek iflas halinde masa alacağı olarak kabul edilecektir, Serdar Kale, "Isviçre İcra ve İflas Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış", 4, 2, 2017, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 153- 169, s. 166; Öztek/ Budak/ Tunç Yücel vd., 2019, s. 581; Yazıcı, 2021, s. 18.

147 Yazıcı, 2021, s. 18.

konkordatonun yürürlükte olup olmadığına bakılmaz. Alacaklı m. 305/I, d'de öngörülen teminattan (tasdik koşulu olarak teminat gösterilen hallerde) alacağını tahsil edebilir.[148]

Mahkeme davanın kabulüne karar verdikten sonra, alacaklı alacağına kavuşmak için ilamlı icra yoluna başvurabilir. İlamlı icra yoluna başvurabilmesi için hükmün kesinleşmesini beklemesine gerek yoktur.[149] Borçlu, konkordato koşullarına göre ödemesi gereken miktarı en geç icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde, vadesi gelmemiş olan taksitleri de ödeme gününde ödemek zorundadır. Aksi halde, alacaklı konkordatonun feshini talep edebilir.

Davanın kabulü kararına karşı istinaf yoluna başvurulması ilamın icrasını durdurmaz. Ancak borçlu, İİK m. 36 uyarınca ilam konusu miktarı teminat olarak depo etmek koşuluyla tehir-i icra kararı alabilir.[150] Burada konkordato mahkemesi tarafından borçlunun alacaklı lehine bankaya yatırılmasına karar verdiği pay, çekişmeli alacak hakkında açılan dava sonunda alınan karar uyarınca konkordato hükümlerine göre tahsil edilecek miktara yetiyorsa borçludan ayrıca bir teminat göstermesi beklenmez.[151] Yetmeyen miktar için teminat göstermesi söz konusu olabilir.

2. Davanın Reddi

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın reddi halinde verilen karar, alacaklının alacağının bulunmadığına yönelik maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir karar olacaktır. Alacaklı bu karara karşı kanun yoluna başvurabilir. Bu durumda konkordato mahkemesi tarafından bankaya yatırılmasına karar verilen payın borçluya iade edilmesi için kararın şekli anlamda kesinleşmesi beklenmelidir. Bu hususun mahkeme kararında da açıkça ifade edilmesi gerekmektedir.[152]

SONUÇ

Çalışmamız neticesinde İİK m. 308/b kapsamında çekişmeli alacaklar hakkında dava hususunda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Konkordato prosedüründe alacağın çekişmeli hale getirilmesi komiserin bildirilen alacak hakkında borçluyu beyana davet etmesi ve borçlunun da bu alacakları kabul etmemesine bağlıdır. Borçlu tarafından kabul edilmiş bir alacağı konkordato komiserinin reddetme yetkisi yoktur. Yine diğer alacaklıların itirazları da konkordato alacağını çekişmeli hale getirmez.

---

148 Yazıcı, 2021, s. 18.

149 Kuru, 2013, s. 1501.

150 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 272.

151 Altay/ Eskiocak, 2018, s. 272, 273.

152 Yazıcı, 2021, s. 19, 20.

2. İİK m. 302/VI'ya göre çekişmeli alacakların nisaba katılıp katılmayacağına katılacaksa hangi oranda katılacağına mahkeme karar verecektir. Mahkeme, bu hususta yaklaşık ispat ölçüsünü dikkate alacaktır. Ticaret mahkemesinin çekişmeli alacaklar hakkında verdiği karar maddi hukuk anlamında sonuç doğurmaz.

3. Çekişmeli alacak hakkında pay ayrılması ve ayrılan bu payın bankaya yatırılması İİK m. 308/b hükmünde düzenlenmiştir. Mahkeme bu kararı tasdik yargılaması sonunda re'sen verecektir. Burada pay ayrılmasından kasıt konkordato projesinde çekişmeli alacağa denk gelen payın gösterilmesidir. Paydan anlaşılması gereken çekişmeli alacaklının konkordato gereğince alması gereken tüm tutar değildir.

4. Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak dava, kanımızca bir eda davasıdır. Çünkü alacaklının amacı bu dava yoluyla alacağı hususundaki çekişmenin sona erdirilmesi ve konkordato hükümlerine göre alacağına kavuşmaktır. Nitekim dava kabul edilirse verilen hükümle borçlunun alacağa yönelik itirazı bertaraf edilmiş olur. Bu sayede alacaklı elindeki ilamla kendisine ayrılan paydan ödeme yapılmasını talep edebilecektir.

5. Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davada hangi mahkemenin görevli ve yetkili mahkeme olacağı noktasında biz alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin türüne göre görevli mahkemenin genel hükümler uyarınca belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira dava esasen bir alacak davası olup verilen kadar maddi hukukta sonuç doğuracaktır. Davanın konkordato ile ilgisinin olması, görevli mahkemenin kanunla belirlenmesi kuralını bertaraf etmemelidir.

6. Çekişmeli alacaklar hakkında davanın tarafları, alacağı nitelik ve nicelik olarak itiraza uğrayan alacaklı ve konkordato borçlusudur. Bu davanın konkordato komiserine karşı açılması mümkün değildir.

7.Kanımızca çekişmeli alacaklar hakkında açılan dava her ne kadar genel hükümlere göre görülse de zorunlu arabuluculuk kapsamına girmemelidir. Bu davaları zorunlu arabuluculuk kapsamına sokmak zaman ve emek israfına yol açacaktır. Bu davanın amacı alacağın konkordato koşullarına göre ödenmesini sağlamaktır. Arabuluculuk süreciyle farklı anlaşma imkânı sağlanması diğer alacaklılarla olan menfaat dengesini zedeleyebilecektir.

8. Çekişmeli alacaklar hakkında davayı süresinde açmayan alacaklıların maddi hukuk yönünden alacak haklarını kaybetmeleri söz konusu değildir. Süresinde dava açmamanın yaptırımı, alacaklı lehine pay ayrılmaması yahut ayrıldıysa da borçluya iade edilmiş olacağından bu paydan kendisine ödeme yapılmasını talep edememesidir. Bunun dışında alacaklı, alacağını genel hükümlere göre yine isteyebilecektir.

9. Çekişmeli alacak davasında alacağın tespiti halinde davanın kabulüne, aksi halde davanın reddine karar verilir. Dava genel hükümlere göre görülen bir dava olduğu için davaya bakan mahkeme konkordato mahkemesi değildir. Bu nedenle mahkemenin konkordato hükümlerine göre tahsil amacıyla alacağın bir kısmını hüküm altına alması doğru olmayacaktır. Burada yapılması gereken infaz kolaylığı

sağlanması açısından kararda sadece konkordatonun yürürlükte olup olmadığına- yürürlükte ise alacağın konkordato hükümlerine göre tahsil edileceği, yürürlükten kalktı ise alacağın tam olarak tahsil edileceği- ilişkin bir açıklama yapılması olabilir. Davanın reddi halinde mahkemenin kararı, alacaklının alacağının bulunmadığına yönelik maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir karar olacaktır. Bu ihtimalde alacaklı lehine bankaya yatırılan pay derhal borçluya iade edilmez. Bunun için kararın şekli anlamda kesinleşmesi beklenmelidir.

KAYNAKÇA

Akyürek A/Akyürek R, Konkordato Hukuku, Yetkin, Ankara, 2019.

Altay S, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C.I, Vedat, İstanbul, 2005.

Altay S/ Eskiocak A, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018.

Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar A S/ Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.

Atalı M, "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları", 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Muhammet Özekes (Ed.), İstanbul, On İki Levha, 2018, ss. 85- 110.

Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

Ayan M, Eşya Hukuku III- Sınırlı Ayni Haklar, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

Belgesay M R, İcra ve İflas Hukuku, , 2. Baskı, İstanbul, 1953.

Berkin N, "Konkordatoda İtirazlı Alacakların Müddeti İçinde Dava Edilmemesinin Neticeleri", XXX, 3-4, 1964, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 784- 787.

Berkin N, İflas Hukuku, İstanbul, 1970.

Börü L, "Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi", C. 10, S. 1, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 173- 186.

BSK-Guggisberg, Jürg/ Hardmeier, Hans Ulrich, SchKG-Art. 315, Daniel, Staehelin/ Thomas, Bauer/ Lorandi, Franco içinde, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG), B. II, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.

Budak A C/ Kale S, Konkordato Komiserinin Kontrol Listesi, Adalet, Ankara, 2019.

Ermenek İ/ Azaklı A B, "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", S. 148, 2020, TBB Dergisi, ss. 135 vd.

Görgün L Ş/ Börü L/Kodakoğlu M, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.

Gürdoğan B, İflas Hukuku Dersleri, İflas- Konkordato- İptal Davaları, Ankara, 1966.

Hunkeler D (Hrsg), Kurzkommentar SchKG, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

Kale S, "İsviçre İcra ve İflâs Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış", 4, 2, 2017, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 153- 169.

Kale S, Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), On İki Levha, İstanbul, 2017.

Kaplan İ, Yeni Türk Konkordato Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Kren K J, OFK-SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020.

Kren K J/V D, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Zürich - Basel – Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.

Kuru B, İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara, 1971.

Kuru B, İcra ve İflas Hukuku (Cilt IV), Alfa, İstanbul, 1997.

Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013.

Muşul T, 7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Icra ve Iflas Kanunu'nda Yapılan Yeni Düzenlemeye Göre Iflas ve Konkordato Hukuku Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, Adalet, Ankara, 2018.

Oehri D, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schulthess Verlag, Zürich, Basel, Genf, 2018.

Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay Ö S, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Öztek S/ Budak A C/ Tunç Y M/ Kale S/ Yeşilova B, Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.

Pekcanıtez H, "7101 Sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi", 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Adalet Bakanlığı, 2018, ss. 157-169.

Pekcanıtez H/ Erdönmez G, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, On İki Levha, İstanbul, 2018.

Pekcanıtez H/ Atalay O/ Sungurtekin Ö M/ Özekes M, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Postacıoğlu İ, Konkordato, İstanbul, 1965.

Sarısözen M S, İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019.

Sirmen A L, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara, 2013.

SK-Umbach-Spahn, Brigitte/ Kesselbach, Stephan/ Exner, Christian, SchKG- Art. 300, Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominic içinde, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger b., s. 1755-1763), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel – Genf, 2017.

SK-Daniel, Hunkeler/ Wohl, Georg J., SchKG- Art. 315. Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominic içinde, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG içinde, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger b., s. 1852-1857), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel – Genf, 2017.

Tanrıver S, "4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi",51, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 67-90.

Tanrıver S, Konkordato Komiseri, Yetkin, Ankara, 1993.

Tanrıver S/Deynekli A, Konkordatonun Tasdiki, Yetkin, Ankara, 1996.

Taş Korkmaz H, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hâle Getirme", 15, 2, 2016, İKÜHFD, ss. 635-679.

Tercan E, Eski Hale Getirme, Yetkin, Ankara, 2006.

Ulukapı Ö, "Konkordatonun Sonuçları", C. 8, S. 1-2, 2000, Milenyum Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 9-61.

Vock D/ Meister-Muller Daniele, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Baskı, Schultess, 2018.

Yazıcı Ç, "Adi Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava (İİK m. 308/b)", 116, 2021, Bankacılar Dergisi, ss. 3-29.

Yılmaz E, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflas Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği", Cilt 2, 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, ss. 1835- 1866.

ABUSIVE CONDUCT IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: A FOCUS ON FRIVOLOUS CLAIMS

Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Suistimal Niteliğindeki Eylemler: Mesnetsiz İddialara Bakış

Dr. M. Üzeyir KARABIYIK*

Abstract: The structural deficiencies of the investor-state dispute settlement (ISDS) system pave the way for foreign investors' abusive conduct. As one of the most frequently faced forms of abusive conduct, the use of frivolous claims has become a growing concern. Despite lacking legal merit, frivolous claims can generate damaging consequences for host states. This article first discusses the characteristics of frivolous claims in ISDS practice through examples from arbitral case law. It subsequently examines the existing tools and mechanisms that can be employed to cope with this phenomenon, focusing primarily on early dismissal mechanisms in institutional rules and investment treaties and security for costs. Finally, the efficacy of third-party funding in curtailing frivolous claims is addressed.

Keywords: ISDS, investor-state arbitration, frivolous claims, security for costs, third-party funding, early dismissal mechanisms

Öz: Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü (ISDS) sistemindeki yapısal eksiklikler yabancı yatırımcıların suistimal niteliği taşıyan eylem-lerinin önünü açmaktadır. En sık rastlanan suistimal niteliğindeki ey-lemlerden olan mesnetsiz iddialara başvurma büyüyen bir kaygı haline gelmiştir. He ne kadar hukuki dayanaktan yoksun olsalar da mesnetsiz iddialar ev sahibi devletler açısından zararlı sonuçlara yol açabilmektedir. Bu makale ilk olarak ISDS uygulamasındaki mesnetsiz iddiaların özelliklerini tahkim içtihadından örnekler kullanmak suretiyle incelemektedir. Akabinde bu olgu ile mücadelede kul-lanılabilecek araç ve mekaniz-maları öncelikle kurumsal ku-rallardaki ve uluslararası yatırım anlaşmala-rındaki erken ret mekanizmalarını ve masraflar için garanti uygula-masını ele almak suretiyle değerlendirmektedir. Makalede son olarak üçüncü taraf finansmanının mesnetsiz iddiaları engellemedeki etkisine değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: ISDS, yatırımcı-devlet tahkimi, mesnetsiz iddialar, masraflar için garanti, üçüncü taraf finansmanı, erken ret mekanizmaları

* Judge, Presidency of the Republic of Türkiye, uzeyirkarabiyik@hotmail.com, ORCID:0000-0002-4806-0673

Makale Geliş Tarihi: 05.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 13.05.2022

INTRODUCTION

Frivolous claims are the claims that lack legal merit. This lack manifests itself in various ways including lack of a basis to establish jurisdiction and inadequacy of legal arguments. Although lacking palpable legal merit, frivolous claims are still able to harm respondent states.[1] They also impair the efficiency of the investor-state dispute settlement (ISDS) system.[2] Since these claims are deprived of legal merit, they could be easily crafted by investors who seek to abuse the system.[3] A United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) note frames these concerns:

"The significant increase in investment disputes over the last decade has given rise to the concern that investors may abuse the system. Investors may be eager to claim as many violations of the applicable IIA as possible in order to increase their chances of success. This may take a heavy toll in terms of time, effort, fees and other costs, not only for the parties to the dispute, but also for the arbitral tribunal. It is within this context that several countries have advocated a procedure to avoid 'frivolous claims' in investment-related disputes, namely claims that evidently lack a sound legal basis."[4]

Determining whether a claim is frivolous typically necessitates a case-by-case evaluation. If the claim is originated from a violation of a settled rule, this evaluation process would be relatively straightforward for arbitrators. Nonetheless, imprecise standards reign in investor-state arbitration procedures, which complicates an arbitrator's task to determine if a claim truly lacks legal merit. This complication, beyond doubt, creates a fertile ground for unscrupulous investors who are disposed to exploit the arbitration process.

I. FRIVOLOUS CLAIMS IN INVESTOR-STATE ARBITRATION IN A NUTSHELL

Identifying frivolous claims in ISDS settings poses some difficulties due to various reasons. First, instead of periodically receiving a predetermined salary, arbitrators are generally paid per hour or per

---

1 Tsai-Fang Chen, Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement, 8 Contemp. Asia Arb. J. 61 (2015), at 65. The harm could be in the form of, among others, unduly delays and costs, reputational harm and regulatory chill.

2 Id.

3 Id.

4 UNCTAD, 'Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking' (UNCTAD/ITE/ IIA/2007/3), at 82, available at: https://unctad.org/en/Docs/iteiia20073_en.pdf, (last accessed 20 February 2019).

case.[5] This form of remuneration might entice arbitrators to exercise their discretion to interpret the "frivolousness" of the claims in their best interests and proceed with them as if they have satisfactory legal merit.[6] In so doing, they ensure the continuity of their remuneration, which is commensurate with the time they spend on the case. Second, arbitrators are not bound by the way the states interpret investment treaties. Therefore, there is always a possibility that arbitral tribunals' interpretations of a treaty provision are at variance with the intent of the states that drafted the said provision.[7] Simply put, a claim may be frivolous in the eyes of the states, while tribunals may think otherwise. Third, since there is no binding precedent or appeal practice in investor-state arbitration, a rejected claim due to lack of legal merit may be raised again without being barred.[8] All these grounds hand the opportunity of bringing frivolous cases to investors on a silver platter.

The international investment arbitration system was designed to resolve disputes between host states and foreign investors. The power of arbitral tribunals in this system has its source in the agreement based on parties' intent to arbitrate, in other words, intent to resolve disputes. In recent years, as a reflection of ever-increasing litigiousness within the investor-state arbitration system, investors have developed a tendency to resort to arbitration for purposes other than having their disputes resolved.[9] The purposes of bringing these types of frivolous claims involve, among others, intervening in criminal proceedings in the host state, gaining media attention, and compelling the state to settle.

To illustrate, in the *Rompetrol* case, the claimant initiated ICSID arbitration in 2005 by claiming, among other things, that Romanian authorities' criminal investigations, detention and wire-tapping of its directors were politically motivated and amounted to a violation of the Netherlands-Romania BIT.[10] In response, the respondent argued that the sole purpose of the claimant in commencing arbitration was to put pressure on Romania to force it to terminate pending criminal

---

5 Brooke Guven/Lisa Johnson, The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, Columbia Center on Sustainable Investment, CCSI Working Paper (2019), at 22.

6 M. Üzeyir Karabıyık, Investor Misconduct in International Investment Arbitration: Can the Unclean Hands Doctrine be a Cure?, Year: 12, Issue: 22, July 2021, Law & Justice Review, at 213.

7 Guven, supra note 5, at 21.

8 Guven, supra note 5, at 22.

9 Emmanuel Gaillard, "Abuse of Process in International Arbitration", 2017, ICSID Review, pp. 1–22, at 10.

10 Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013.

proceedings against the managers of the Rompetrol group of companies.[11] The respondent added that the criminal investigations in question were carried out legitimately as per the National Anti-Corruption Strategy. The tribunal noted that the criminal investigations were against the individuals who were linked to the investment, not against the investment itself. In the tribunal's view, to be able to substantiate its claims regarding the BIT violation, the claimant needed to demonstrate the link between the criminal investigations against the individuals in question and the government's conduct against the investment, even if these investigations were unlawful and violated the investigated individuals' personal rights.[12]

Similarly, the tribunal accepted that domestic criminal investigations might amount to a BIT violation if they are severe enough to affect the investor's interest and if the state failed to pay adequate attention to how to protect these interests properly.[13] On the other hand, the tribunal made it clear that association with a foreign investment can not render individuals immune from domestic criminal proceedings.[14] In later stages of the proceedings, the respondent withdrew its objection to the claimant's statement that indicated that it challenged the way the criminal proceedings were conducted, not the criminal proceedings themselves.

The *Rompetrol* award draws attention to the paucity of arbitral case law on how to strike a balance between the legitimate interests of the host states and those of foreign investors in the event of an ongoing domestic criminal investigation that might adversely affect the investment.[15] The tribunal tried to strike this balance by laying down conditions and determinations that would be a useful guide for other arbitral tribunals given that this trend of challenging domestic criminal investigations through invoking investment treaty protections is becoming increasingly popular among investors.

---

11 Id.; Gaillard, supra note 9, at 11.

12 Rompetrol, Award, supra note 10, 151.

13 Id. 278. The tribunal noted: "Likewise, in this Tribunal's view, a State may incur international responsibility for breaching its obligation under an investment treaty to accord fair and equitable treatment to a protected investor by a pattern of wrongful conduct during the course of a criminal investigation or prosecution, even where the investigation and prosecution are not themselves wrongful. The provisos are however that the pattern must be sufficiently serious and persistent, that the interests of the investor must be affected, and that there is a failure in these circumstances to pay adequate regard to how those interests ought to be duly protected."

14 Id. 152.

15 Id.

Although it was not an investor-state arbitration, the recent ICC case between EDF International S.A.S. and Neckarpri GmbH (owned by the German federal state of Baden-Württemberg) could be another example of a frivolous claim the sole purpose of which was gaining media attention.[16] Professor Gaillard who represented EDF International S.A.S. in this case noted in his article:

"Following the nuclear disaster in Fukushima, a newly-elected coalition government in Baden-Wurttemberg (which included members of the Green Party) brought a claim against EDF, arguing that it had overpaid EDF for shares in a local nuclear power company. The clear motive behind the claim was to demonstrate that the previous administration in Baden-Wurttemberg was misguided in purchasing EDF's shares in the company immediately before the Fukushima events, which had a dramatic impact on their value. Baden-Wurttemberg's goal of gaining publicity was made amply clear when it televised an expert report concerning the value of the shares six months before the report was even submitted to the arbitral tribunal."[17]

The concept "claims manifestly without legal merit" also involves the frivolous claims the subject of which clearly falls outside of the jurisdiction of the tribunal.[18] In *Emmis et al. v. Hungary*, since the jurisdiction of the tribunal was limited to claims of expropriation, the tribunal held that all non-expropriation claims were outside the scope of its jurisdiction and had accordingly no legal merits.[19] The tribunal in the case *Brandes v. Venezuela* shared a similar viewpoint.[20] The claimant brought the claims asserting that Venezuela violated its fair and equitable treatment obligation and expropriated the investment without compensation. Challenging the jurisdiction of the tribunal, Venezuela alleged that the claims were manifestly without legal merit and needed to be expeditiously dismissed under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules. In its decision on the respondent's preliminary objection the tribunal noted: "The Tribunal first of all notes that Rule 41(5) does not mention 'jurisdiction.' The terms employed are 'legal merit.' This wording, by itself, does not provide a reason why the question whether

16 ICC Case No 1815/GFG/FS, Award 6 May 2016.; Gaillard, supra note 9, at 10.

17 Gaillard, supra note 9, at 10.

18 Chen, supra note 1, at 65.

19 Emmis et al. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2, Decision on Respondent's Objection Under ICSID Arbitration Rule 41(5), 11 March 2013, 65, 85; See also Chen, supra note 1, at 65.

20 Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 February 2009.

or not a tribunal has jurisdiction and is competent to hear and decide a claim could not be included in the very general notion that the claim filed is 'without legal merit.'"[21] Consequently, the tribunal rejected the respondent's jurisdictional objection.

Claims that are not pertinent to the investments as defined by Article 25 of the ICSID Convention would be without legal merits and can also be deemed frivolous. In *Global Trading v. Ukraine*, the tribunal noted: "the Tribunal considers that the purchase and sale contracts entered into by the Claimants were pure commercial transactions and therefore cannot qualify as an investment for the purposes of Article 25 of the Convention."[22]

II. REMEDYING FRIVOLOUS CLAIMS

Facing an investment arbitration claim could be quite frustrating for host states, mainly due to the initial financial burden originating from legal representation and procedure-related expenses. The average cost for a respondent state in an investor-state arbitration is around USD 5 million.[23] Even if the claim has no legal merit and the investor has no real chance to prevail, the respondent state would have to allocate a sizable amount of financial resources to its defense. Particularly, states with relatively weak economies would not be very enthusiastic about such an allocation. Moreover, as opposed to host states, the practice of third-party funding comes into view as a practical and risk-mitigating tool for investors. This unfair state of affairs equips the investors with the opportunity to resort to the tactic of initiating unmeritorious claims to gain leverage in their conflict resolution negotiations with host states. Apart from the remedies of general character above-mentioned, two specific tools shine out in deterring frivolous claims: early dismissal mechanisms and security for costs.

A. EARLY DISMISSAL MECHANISMS

States' ever-mounting discomfort with frivolous claims and concomitant financial and time-wise burdens have necessitated tackling the issue at the level of arbitral institutions. In parallel with the augmentation in the number of international investment arbitration

---

[21] Id. 50.

[22] Global Trading Resources Corp. & Globex International Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, 1 December 2010, ¶ 56.

[23] International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-party-funding in International Arbitration, The ICCA Reports No.4, April 2018, Annex C, at 244. (Hereinafter ICCA-QM Report)

claims lodged, states' complaints regarding the ICSID Secretariat's insufficiency in weeding out the claims lacking legal merit have grown apace over time.[24] Article 36(3) of the ICSID convention authorizes the Secretary-General of ICSID to screen the requests for arbitration and not register a claim if the dispute is manifestly outside of the center's jurisdiction.[25] Nevertheless, the said authority of the Secretary-General is inadequate when it comes to eliminating unmeritorious claims, as it does not allow a screening regarding the merits of a dispute.[26] Likewise, the Secretary-General would have to register the arbitration requests if the center's jurisdiction was not manifestly lacking, even if it was doubtful.[27]

After engaging in consultations with various interest groups and stakeholders in 2005, the ICSID Secretariat drafted a new rule that formulated an early dismissal mechanism for the claims manifestly lacking legal merit. Rule 41(5) reads:

"Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to

---

[24] Alvin Yeo/Koh Swee Yen, Objection of Manifest Lack of Legal Merit of Claims: Arbitration Rule 41(5), The Investment Treaty Arbitration Review, 4th Edition, 2019, at 60.

[25] Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Article 36(3). The article reads: "The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forth- with notify the parties of registration or refusal to register."

[26] ICSID Secretariat, Working Paper on 'Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations', 12 May 2005, at 7. The relevant paragraph of the paper reads: "Secretary-General's power to screen requests for arbitration does not extend to the merits of the dispute or to cases where jurisdiction is merely doubtful but not manifestly lacking. In such cases, the request for arbitration must be registered and the parties invited to proceed to constitute the arbitral tribunal.", available at:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf (last accessed 15 January 2022)

[27] Id.

the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit."[28]

Trans-Global v. Jordan, is the first case in which Rule 41(5) was invoked.[29] The claimant, Trans-Global Petroleum Inc., asserted that the host state failed to provide fair and equitable treatment of the investment and impaired the investment through discriminatory measures.[30] The claimant initiated ICSID proceedings and asserted that once it discovered the oil pay zones, the respondent "began a systematic campaign to destroy the Claimant's investment by preventing the Claimant from pursuing any further role in the development of those oil deposits."[31] To Trans-Global, the respondent state violated the U.S.-Jordan BIT provisions on fair and equitable treatment, non-discrimination and the obligation to consult the claimant.[32] The respondent countered these claims with invoking Rule 41(5).[33] It asserted that the allegedly infringed legal rights and obligations in the claim were non-existent, and therefore, the claim manifestly lacked legal merit.[34] After having discussed the term "manifestly without legal merit" in detail[35], the tribunal opined that the first two violations asserted by the

---

[28] ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Rule 41(5) came into effect on 10 April 2006. Rule 45(6) of the ICSID Additional Facility Rules also contains the same text.

[29] Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 12 May 2008.

[30] Id. 16.

[31] Id. 12.

[32] Id. 15-16.

[33] Id. 19.

[34] Id. 95.

[35] Id. 93-105. The following determinations of the tribunal is noteworthy: "The Tribunal considers that the adjective "legal" in Rule 41(5) is clearly used in contradistinction to "factual" given the drafting genesis of Rule 41(5)... Accordingly, it would seem that the tribunal is not concerned, per se, with the factual merits of the Claimant's three claims. At this early stage of these proceedings, without any sufficient evidence, the Tribunal is in no position to decide disputed facts alleged by either side in a summary procedure. Nonetheless, the Tribunal recognises that it is rarely possible to assess the legal merits of any claim without also examining the factual premise upon which that claim is advanced... As regards the word "manifestly", the Tribunal requires the Respondent's Objection to meet the test of clarity, certainty and obviousness discussed above. As regards the phrase "without legal merit", the Tribunal returns to the primary submission advanced by the Respondent at the outset of its submissions, set out above. In applying Rule 41(5), the Tribunal accepts that, as regards disputed facts relevant to the legal merits of a claimant's claim, the tribunal need not accept at face value any factual allegation which the tribunal regards as (manifestly) incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith; nor need a tribunal accept a legal submission dressed up as a factual allegation. The Tribunal does not accept, however,

respondent did not satisfy the test prescribed in Rule 41(5).[36] Moreover, the tribunal established that the standard as to the satisfaction of the requirements of the said test was set high.[37] To the tribunal, the absence of legal merit in the claim needed to be "clear," "certain," "plain on its face," or "self-evident."[38]

The *Brandes v. Venezuela* tribunal reached a similar conclusion as to the high threshold that is needed for satisfaction of the requirements under Rule 41(5).[39] Brandes Investment Partners LP initiated an investment arbitration against Venezuela, alleging that the government's conduct resulted in its sale of shares in its subsidiary at a loss.[40] Pointing out the waiver and release agreement, Venezuela asserted that the said transaction was within the scope of the waiver. Ultimately, the tribunal concluded that the issues at hand were not the types of matters that could be resolved in summary proceedings as they required elaborate examination of intricate legal and factual issues.[41] Along similar lines, the *MOL Hungarian Oil* tribunal held that the full evaluation of the acquisition and operation of the investment in the respondent state and other legal arguments made within the scope of Rule 41(5) would be impossible at the preliminary stage.[42] In the tribunal's view, the respondent's Rule 41(5) objections were not "clear and certain."[43] In *PNG*

---

that a tribunal should otherwise weigh the credibility or plausibility of a disputed factual allegation. Lastly, in applying Article 41 (5) to the particular case, the Tribunal accepts, of course, that it must apply these two wordings together."

36 Id. 107-117; As to the third asserted violation by the respondent, there was no need for the tribunal to assess the issue as the claimant's counsel withdrew the related third claim during the hearing; Id. 118-120.

37 Id. 88; The paragraph reads: "The Tribunal considers that these legal materials confirm that the ordinary meaning of the word requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The standard is thus set high. Given the nature of investment disputes generally, the Tribunal nonetheless recognises that this exercise may not always be simple, requiring (as in this case) successive rounds of written and oral submissions by the parties, together with questions addressed by the tribunal to those parties. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult."

38 Id. 83, 84, 105.

39 Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 February 2009.

40 Id. 15.

41 Id. 71-72.

42 MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/13/32, Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 December 2014, ¶ 46.

43 Id.

v. Papua New Guinea, the tribunal highlighted the time-related limitations of the preliminary examination proceeded from the invocation of Rule 41(5).[44] The tribunal pointed out the inappropriateness of discussing novel issues of law in a summary fashion, "which would inevitably limit the Parties' opportunity to be heard and the Tribunal's opportunity to reflect."[45] Moreover, the tribunal made it clear that "Rule 41(5) is not intended to resolve novel, difficult or disputed legal issues, but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts."[46]

The above-mentioned tribunals' determinations of a very high threshold in terms of characterizing claims as manifestly meritless and accordingly their denial of Rule 41(5) objections of the respondents have contributed to the emergence of severe criticism of the said rule. While some commentators contend that Rule 41(5) is just another layer of procedure that drives up the costs and causes delay, others considered the said rule inadequate as a screening tool aimed at thwarting frivolous claims.[47] Similarly, some commentators expressed their concerns about the possibility of the rule being abused by respondents to delay the proceedings and to add more financial burden on claimants.[48]

However, the subsequent cases in which Rule 41(5) invoked evinced that the initial criticisms were not entirely justified. *Globex v. Ukraine* is one of these cases the outcome of which was an indicator of the fact that Rule 41(5) was an efficient tool to weed out unmeritorious claims.[49] Global Trading Resource Corp. and Globex International Inc. brought an investment arbitration claim against Ukraine due to alleged violation of a contractual agreement. Ukraine submitted a preliminary objection invoking Rule 41(5) and asserted that the transactions in question were exclusively commercial and therefore could not be considered as an "investment" within the meaning of Article 21(5) of the ICSID Convention.[50] The tribunal found for the respondent and concluded that "the sale and purchase contracts entered into by the Claimants are pure commercial transactions that cannot on any

[44] PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 28 October 2014, ¶ 94.

[45] Id.

[46] Id. 89.

[47] Lars Markert, Improving Efficiency in Investment Arbitration, 4 Contemp. Asia Arb. J. 215 (2011), at 232.

[48] Id.

[49] Global Trading, supra note 22.

[50] Id. 41.

interpretation be considered to constitute 'investments' within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention."[51] Accordingly, Globex's claims were found manifestly without legal merit under Rule 41(5).[52]

The tribunal in the *RSM v. Grenada* reached a similar conclusion.[53] Upon losing an ICSID case against Grenada, which involved a contractual dispute regarding a petroleum exploration, RSM and others brought a second claim before ICSID for the same dispute. Objecting to the claims under Rule 41(5), Grenada asserted that the claimant's attempt to reopen the procedures of a dispute that was previously decided constituted "a clear abuse of process."[54] The respondent also contended that the claim needed to be dismissed under the collateral estoppel doctrine.[55] Dismissing the claims, the tribunal held that it cannot revisit the conclusion of the prior tribunal and that "each of the Claimant's claims is manifestly without legal merit."[56]

The very reason for the adoption of Rule 41(5) was the need to create a tool to counter investor's abuse of the ISDS regime by way of bringing meritless claims to impose burdens over host states in order to gain leverage. Although the early awards involving the invocation of the said rule sparked criticisms in terms of its efficiency, subsequent cases proved that it could be successfully employed as a deterrent against frivolous claims. Arbitral case law, however, points out that the convenience brought by the said rule is offset by a very high threshold that a respondent state should surmount to be able to obtain an early dismissal award. Indeed, for this rule to work, claimants' claims must be clearly unmeritorious or explicitly abusive. As can also be seen from arbitral case law, in addition to objections on merits, respondent states could also raise jurisdictional objections under Rule 41(5).[57]

States' growing grievances in respect of frivolous claims galvanized other arbitration institutions into action as well. In 2016, a new mechanism was introduced by the Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Center (SIAC Investment Rules)

---

51 Id. 57.

52 Id. 58.

53 Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg & RSM Production Corp. v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, 10 December 2010.

54 Id. 4.6.15.

55 Id. 4.6.4.

56 Id. 4.6.4.

57 Brandes, supra note 39, ¶ 50.

aiming at dismissing unmeritorious claims and defenses.[58] Rule 26 of the SIAC Investment Rules prescribes three situations in which parties can request the early dismissal of a claim or defense: the claim or defense is manifestly without legal merit, manifestly outside of the tribunal's jurisdiction or manifestly inadmissible.[59]

Unlike Rule 41(5) of ICSID Arbitration Rules, Rule 26 of the SIAC Investment Rules concerns not only investors' claims but also defenses of host states. It also adds two more grounds for early dismissal, which are lack of jurisdiction and admissibility. This expansion of the scope of the early dismissal mechanism created by ICSID painted a promising picture with respect to curtailing frivolous claims.

In addition to the above-mentioned institutional responses to unmeritorious claims, investment treaties started to incorporate clauses aiming at early dismissal of frivolous or abusive claims. CAFTA-DR is one of the treaties that contain such a clause.[60] According to the Article 10.20.4 of CAFTA-DR "a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made."[61] The article prescribes that tribunals need to consider the likelihood of success of the claim when faced with a preliminary objection aiming at the early disposition of the claim.[62] Different from ICSID's Rule 41(5), Article 10.20.4 of CAFTA-DR does not necessitate the claim to be "manifestly without legal merit." It advises tribunals to evaluate whether a favorable award may be made in the claimant's favor. The *Pac Rim* tribunal touched upon the matter:

"The Tribunal does not consider that the standard of review under Article 10.20.4 is limited to 'frivolous' claims or 'legally impossible' claims, contrary to the submissions of the Claimant. These words could have been used by the Contracting Parties in agreeing CAFTA; but all are significantly absent. Moreover, the implied addition of these or similar

---

58 2017 Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Center, available at: https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-investment-arbitration-rules , (last accessed 18 January 2022). The SIAC Investment Rules became operational on 1 January 2017.

59 Id. Article 26(1).

60 The Dominican Republic– Central America Free Trade Agreement (CAFTA-DR) is in force since 1 July 2006. The United States, The Dominican Republic, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Guatemala, and Nicaragua are the current parties.

61 CAFTA-DR, Article 10.20.4

62 Ksenia Polonskaya, Frivolous Claims in the International Investment Regime: How CETA Expands the Range of Frivolous Claims That May Be Curtailed in an Expedient Fashion, 17 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 1 (2017), at 24.

words would significantly restrict the arbitral remedy under Article 10.20.4, when the structure of this provision permits a more natural and effective interpretation consistent with its object and purpose."[63]

CETA[64] also contains mechanisms to counter unmeritorious claims. Interestingly, CETA separately accommodates the mechanisms prescribed in Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules and the Article 10.20.4 of CAFTA-DR. While Article 8.32 enables the respondent state to file an objection for the claims that are "manifestly without legal merit,"[65] Article 8.33 under the title "claims unfounded as a matter of law" capacitates the respondent to submit a preliminary objection if the submitted claim is not "a claim for which an award in favor of the claimant may be made."[66] Article 9.23(4) of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (hereinafter CPTPP) also adopts almost the same language in Articles 8.32 and 8.33 of CETA.[67] These agreements do not contain any explicatory text to be employed to distinguish the claims manifestly without legal merit from the ones that may not lead to a favorable award for the claimant. While proving a claim's legally meritless nature necessitates respondent states to surmount a very high threshold, asserting the low likelihood of success of a claim imposes much less burden on them. Incorporation of these two mechanisms into treaties is a clear indication of the drafters' intention to address frivolous claims expeditiously and efficiently.

---

63 Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on The Respondent's Preliminary Objections Under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 August 2010, 108.

64 The Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) provisionally entered into force on 21 September 2017. The approvals of the national parliaments of the member countries of the European Union are needed for CETA to take full effect. Details are available at: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ (last accessed 19 December 2021).

65 Article 8.32 of CETA reads: "The respondent may, no later than 30 days after the constitution of the division of the Tribunal, and in any event before its first session, file an objection that a claim is manifestly without legal merit."

66 Article 8.33 of CETA reads: "Without prejudice to a Tribunal's authority to address other objections as a preliminary question or to a respondent's right to raise any such objections at an appropriate time, the Tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim, or any part thereof, submitted pursuant to Article 8.23 is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under this Section, even if the facts alleged were assumed to be true."

67 Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) is effective since 30 December 2018. Article 9.23(4) of CPTPP reads: "a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under Article 9.29 (Awards) or that a claim is manifestly without legal merit."

Incorporation of early dismissal clauses into institutional rules and investment treaties as a deterrent mechanism to curtail frivolous claims has contributed to the efforts to enhance the efficiency of the investor-state dispute settlement system. Nevertheless, the structural defects of the ISDS system together with its pro-investor bias deprive the arbitrators of employing such mechanisms efficiently. Inconsistency of arbitral awards is one of the central structural defects of the system. Investor-state arbitration has allowed no room for *stare decisis*, which appears to be the most promising cure for inconsistency. This is one of the main consequences of the absence of hierarchy among arbitral tribunals.[68] The absence of *stare decisis* conduces toward divergent interpretations of frivolous claims by arbitrators. An arbitrator's understanding of a claim that is manifestly without legal merit could be quite different from that of his colleagues. Similarly, the way an arbitrator evaluates the likelihood of success of a claim may differ considerably from a different arbitrator's perception of the matter. Consequently, the prevalence of unjustified inconsistency of the decisions involving frivolous claims impairs the effective application of early dismissal mechanisms prescribed by investment treaties and rules of arbitral institutions.

The inconsistency problem in investor-state arbitration is a deep-seated one, the remedy of which resides in putting radical reforms of ISDS into practice. To address this problem, on a multilateral basis, various reform options proposed within the context of UNCITRAL's work in ISDS reform including, but not limited to, creating a permanent international investment court with full-time sitting judges, introducing appellate review mechanisms and offering guidance to arbitral tribunals.[69]

The remuneration system of arbitrators is another structural defect negatively affecting the early curtailment of frivolous claims. In general, an arbitrator's compensation in investor-state arbitrations is commensurate with the time she spends on the proceedings. In other words, an arbitrator's financial gains hinge upon the continuity of the dispute she was referred to. To illustrate, members of an ICSID tribunal, in addition to the reimbursement of the travel-related expenses, can

[68] SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, ¶ 97.

[69] UNCITRAL Working Group III Working Paper, (Document no: A/CN.9/WG.III /WP.150), 28 August 2018, at 14-17.

earn USD 3,000 in a day for her work in respect to the proceedings.[70] That being the case, one may argue that it would not be puzzling to observe an inclination among arbitrators towards allowing frivolous claims to proceed.

Making adjustments in the remuneration system of the arbitrators would provide only an insignificant amount of contribution to the efforts aiming at addressing the problem. This is mainly due to the fact that the root cause of the negative effect of the remuneration system of arbitrators over addressing frivolous claims is the broad discretion of arbitrators primarily originating from the absence of *stare decisis* in the ISDS system as discussed above. In this respect, this author suggests that a code of conduct for members of ISDS tribunals containing provisions that prescribe measures against arbitrators whose conduct is proven to be shaped by financial motives needs to be developed. Indeed, the development of such a code has been one of the discussion points within the ongoing ISDS reform process under the auspices of UNCITRAL.[71]

B. SECURITY FOR COSTS

As an interim measure, security for costs serves the purpose of providing financial guarantee to cover adverse costs orders.[72] As one of the hot topics remaining on the ISDS agenda, security for costs is primarily regarded as a mechanism to curtail frivolous claims. Defending an ISDS claim is rather expensive. The average amount a state spends in defending itself against an ISDS claim is USD 5 million.[73] Naturally, this amount makes states be enthusiastic about employing practical tools that would help curtailing initiation of unmeritorious claims by foreign investors. In certain instances, investors may want to disingenuously pursue a claim that lacks legal merit to secure a settlement value. To avoid such a scenario that may lead to spending

---

[70] ICSID Cost of Proceedings, ICSID Website, available at: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/services/Cost-of-Proceedings.aspx (last accessed 19 December 2021)

[71] UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14–18 October 2019), (Document no: A/CN.9/1004), 23 October 2019, available at: https://undocs.org/en/A/CN.9/1004, (last accessed 17 January 2022).

[72] Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules, REVISTA ROMÂNĂ DE ARBITRAJ 3/2021, at 24. Available at:

https://nivalion.com/uploads/pdf/Romanian_Arbitration_Journal_no_3_2021_Excerpt.pdf (last accessed 10 February 2022)

[73] See supra note 23.

taxpayer funds to counter baseless claims, states would want to request security for costs. It would not be irrational to contend that a claimant would not be willing to deposit the estimated costs of the respondent upfront for a claim that would ultimately fail due to weak legal merit.

Security for costs came into the picture mainly to address investors' non-compliance with cost awards in favor of respondent states.[74] According to a survey conducted by the ICSID Secretariat, claimants did not comply with 12 out of 34 awards related to costs or damages.[75] The high frequency of investors' non-compliance provoked states to take action that has been manifesting itself in the form of modifications in international instruments regulating investment arbitration. Investment treaties and arbitration rules are increasingly including security for costs provisions requiring parties to deposit the estimated cost of the other party in early proceedings to be used as a security from which the party that would obtain a favorable cost award can recover its expenses later on.[76] ICSID also considered this trend in its modernization process and included security for cost provisions in the proposals for amendment of its arbitration and additional facility rules.[77]

---

[74] Martina Polasek & Celeste E. Salinas Quero, 'Chapter 21: Security for Costs: Overview of ICSID Case Law', in Sherlin Tung , Fabricio Fortese , et al. (eds), Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2019) pp. 387 – 417, at 387.

[75] See https://icsid.worldbank.org/en/Documents/about/Report%20on%20ICS ID%20 Survey.pdf (last accessed 31 December 2021); See also Stavros Brekoulakis & Catherine Rogers, 'Third-Party Financing in ISDS: A Framework for Understanding Practice and Policy', Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/11, 31 July 2019, at 23.

[76] E.g., Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Belarus for the Promotion and Protection of Investments, Article 28, available at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment- agreements/treaty-files/5724/download (last accessed 4 April 2020); The Slovakia-Iran BIT (2016), Article 2; The New EU-Mexico Agreement-The Agreement in Principle, Articles 22 and 30 (2018); European Union-Viet Nam Investment Protection Agreement (signed on 30 June 2019), Article 3.48, available at https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437, (last accessed 4 December 2021); The Australia-Indonesia FTA (2019), Article 14.28; The Arbitration Rules of the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) (2013), Article 24; The Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA), (2014), Article 25.2; The Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (SIAC), (2017), Article 24(j); The Rules of the Vienna International Arbitral Centre (VIAC), (2018), Article 33(6); The Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), (2017), Article 38.

[77] Proposals for amendment of the ICSID Rules, Working Paper 3, Volume 1, August 2019, available at:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, (last accessed on 19 December 2021). In this document, security for costs regulated in the Rule 52 of the Arbitration Rules and in Rule 62 of the Additional Facility Rules.

Since the current ICSID rules do not contain any provisions explicitly regulating security for costs, applicants in ICSID arbitrations have invoked provisions regulating tribunals' inherent powers or provisional measures instead.[78] Similarly, UNCITRAL Arbitration Rules vest the tribunals with the authority to issue interim measures awards, which has been an avenue for respondent states when demanding security for costs.[79]

Addressing security for costs requests could be quite challenging for tribunals as it warrants striking a balance between an impecunious party's right to access to justice and the other party's right to collect on a possible favorable costs award. This task is rather demanding in particular when the application for security for costs is made in relation to investor misconduct. In *EuroGas v. Slovak Republic,* the tribunal highlighted the exigence of exceptional circumstances to grant security for costs.[80] In the tribunal's view, the circumstances "where abuse or serious misconduct has been evidenced" are regarded as exceptional, and it was not the case in the proceedings before it.[81] Similarly, the tribunal in *South American Silver Limited v. Bolivia* rejected Bolivia's request for security for costs due to the lack of extreme and exceptional circumstances.[82] The tribunal noted:

"In relation to the necessity and the urgency of the measure, investment arbitration tribunals considering requests for security for costs have emphasized that they may only exercise this power where there are extreme and exceptional circumstances that prove a high real economic risk for the respondent and/or that there is bad faith on the part from whom the security for costs is requested."[83]

As with ICSID's early dismissal mechanism, arbitral tribunals have set a high threshold to grant security for costs awards. Impecuniosity of

---

78 Polasek, supra note 74, at 388.

79 Article 26 of the UNCITRAL Arbitration Rules sets out the rules governing interim measures at great length.

80 EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No. 3, 23 June 2015, 121.

81 Id. 123; See also Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador ICSID Case. No. ARB/09/17, Annulment Proceeding, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012, ¶ 45.

82 South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No.10, 11 January 2016, 59.

83 Id. The tribunal further elaborated: "[i]n sum, the general position of investment tribunals in cases deciding on security for costs is that the lack of assets, the impossibility to show available economic resources, or the existence of economic risk or difficulties that affect the finances of a company are not per se reasons or justifications sufficient to warrant security for costs."

the claimant or third-party funders' involvement have not sufficed by themselves for the threshold.[84] Likewise, the frivolousness of a claim has needed to be evidenced, which could be quite compelling, particularly in early proceedings.[85] As the tribunal in *Lighthouse v. Timor-Leste* observed: "Something more is required."[86] Relatedly, ICSID case law demonstrates that, between 1984 and 2019, out of 43 cases in which security for costs were requested, only in two of them was it granted.[87] The high threshold set by tribunals and the absence of specific provisions regulating security for costs in ICSID rules seem to be the main reasons behind this low number. This ratio has a comforting effect over an investor as to bringing frivolous claims. She is well aware that the claim would likely fail, and therefore, there is no point in making an upfront payment for security for a claim that lacks legal merit. Still, one has to bear in mind that, bringing an investment arbitration claim, by itself, even if it lacks legal merit, provides the investor with a considerable bargaining power against the respondent state in the course of arbitral proceedings.

In present-day conditions, largely due to the absence of regulation, it is hard to see security for costs as a practical tool to curtail frivolous claims. Nevertheless, increasing inclusion of security for costs provisions in investment treaties and institutional arbitration rules bespeaks the positive trend towards more effective employment of this mechanism. Thus, in lieu of invoking provisions on provisional measures that require high legal standards, respondent states will be able to request from tribunals the application of the security for cost provisions. Drafting these provisions in a way that provides flexible requirements and a relatively low threshold for legal standards would help tribunals to grant security for costs more comfortably.[88] An investor who feels the pressure of having to pay security for costs upfront would hesitate to

---

[84] EuroGas, supra note 78, 122,123.; RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on St. Lucia's Request for Security for Costs, 13 August 2014, 75-82.

[85] EuroGas, supra note 78, 121.

[86] Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC v. Democratic Republic of Timor-Leste ICSID Case No. ARB/15/2, Procedural Order No. 2, Decision on Respondent's Application for Provisional Measures, 13 February 2016, 61.

[87] These cases are: RSM (supra note 53) and Luis García Armas v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/16/1, Procedural Order No. 8 concerning provisional measures, 20 June 2018. (The latter was consolidated with Manuel García Armas et al. V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, Procedural Order No. 9, 20 June 2018); See also Polasek, supra note 74, at 403.

[88] Academic Forum on ISDS, Working Group I, Paper on: Excessive Costs & Insufficient Recoverability of Cost Awards, 14 March 2019. Available at: https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/1_Costs_-_WG1.pdf (last accessed 1 January 2022)

bring frivolous claims as the chances of him getting his money back would be slim. Some of the new generation investment treaties contain expressions like "reasonable doubt,"[89] "reasonable grounds,"[90] or "a reason to believe,"[91] which provides arbitral tribunals with plenty of room for interpretation when assessing the security for costs requests. Admittedly, the high number of investor non-compliance with adverse cost awards necessitates adopting such flexible language that would help tribunals in providing a positive contribution to reliability and prestige of investor-state arbitration through granting security for costs. Therefore, it becomes more of an issue for the investment arbitration community, in particular direct stakeholders of UNCITRAL's ISDS reform process, to endeavor to achieve widespread employment of the security for costs mechanism.

C. THIRD-PARTY FUNDING AND FRIVOLOUS CLAIMS

The effects of third-party funding practice over frivolous ISDS claims has been a contentious issue. Some commentators suggest that a third-party funder plays a filtering role when it examines the case, which helps getting rid of most of the frivolous cases because the funder does not want to lose its investment.[92] On the other hand, others suggest that through enabling investors to bring claims without having to allocate funds for legal representation in the case and risk diversification by way of portfolio funding, third-party funding actually causes a rise in the number of said cases.[93]

The lack of a consensus over the definition of frivolous claims in the context of ISDS makes it rather challenging to determine the effects of third-party funding on these claims. Identification of frivolous claims is compelling due to various reasons. For instance, receiving remuneration per case or hour might incentivize an arbitrator to allow a frivolous case to proceed.[94] In a similar vein, arbitrators in an ISDS setting do not necessarily have to interpret the language of investment treaties the same way the state parties do. Put differently, there may occur a gap between the state parties' interpretation of a treaty provision

89 E.g., Slovakia-Iran BIT (2016)

90 E.g., EU-Vietnam FTA (2019)

91 E.g., India-Belarus BIT (2018)

92 Guven, supra note 5, at 21.

93 Id.

94 M. Üzeyir Karabıyık, Remedying Investor Misconduct in Investor-State Arbitration through Third Party Funding, Volume 1 Issue 2, 15-25 (2021), Indian Review of International Arbitration, at 20.

on frivolous claims and interpretation of the same text by arbitral tribunals.[95]

To those who advocate the view according to which third-party funding could play a role in preventing frivolous claims, it is mostly a matter of business.[96] To be able to make a profit, they suggest that third-party funders invest in legally sound claims that have a high likelihood of success. To figure out if the claim is worth investing in, third-party funders carry out extensive merits assessments of the claim or have a law firm do this job for them.[97] This exhaustive assessment process, they contend, enables the funders to eliminate claims that lack solid legal bases.

On the other hand, according to some commentators, third-party funding exacerbates abusive practices in arbitration litigation including frivolous claims. They suggest that if the potential recovery is large enough, a funder would be willing to take the risk even if the claim has a low probability of success due to a thin legal basis.[98] In this context, it would not be irrational to contend that this appetite of funders would incentivize an investor to claim excessive amount of compensation from the respondent state to be able to attract funders even if the case involves high risk. In a similar vein, an empirical research study looking at the cases examined by a third-party funder found that the funder preferred investing in riskier claims with a relatively lower probability of success.[99] Moreover, large corporate funders have been increasingly adopting portfolio funding, which helps them in spreading out the risks.[100] This model of funding motivates investors to bring riskier or frivolous claims, as the cost of a possible loss would be spread over the portfolio.[101] Critics of third-party funding also compare contingency fee lawyers to third-party funders to substantiate their argument that third-party funding encourages frivolous claims. While a contingency fee lawyer does have an ethical duty to advise his or her client if the claim at

---

95 Guven, supra note *5*, at 21.

96 Karabıyık, supra note 94, at 20.

97 ICCA-QM Report, supra note 23, Annex C, at 243.

98 Bernardo M. Cremades Román, 'Third-party Litigation Funding: Investing in Arbitration', Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, © Club Español del Arbitraje; Volume 2012 Issue 13, Wolters Kluwer España 2012, pp. 155 – 187, at 183.

99 Guven, supra note *5*, at 24. (citing Daniel L. Chen, Can Markets Stimulate Rights? On the Alienability of Legal Claims (2015) 46 RAND J. of Economics 23, 25, 33)

100 ICCA-QM Report, supra note 23, at 38.

101 Frank J. Garcia, Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, 59 B.C. L. Rev. 2911 (2018), at 2921.

stake is frivolous, they underline that such a duty does not take place in a third-party funding agreement, which enables third-party funders to take the risk of funding frivolous claims with an expectation of unusually high returns.

The types of third-party funders need to be taken into consideration in this discussion as well. The litigation/arbitration funding market have been dominated by large investment firms providing financial services, such as hedge funds. These firms are repeat players and maintaining their reputation in the steadily expanding market is crucial for achieving their long-term financial goals. Considering this, in all likelihood, they would be hesitant about risking their reputation through contributing to abusive conduct, such as paving the way for frivolous claims. Providing portfolio funding would be preferable to them as it helps managing the risk and ensures a relatively steady profit. Then again, medium or small-sized new entrant companies in the third-party funding market may be more enthusiastic about engaging in risky and frivolous claims that might yield exceptionally high returns that would help them take root in the market and establish a reputation.[102] It would be fair to expect an augmentation in the number of new entrant companies as the third-party funding market is continuously expanding. This surge would make the competition among the funders even fiercer, which could create an atmosphere in which even unmeritorious claims would be in high demand.

The lack of empirical evidence regarding whether third-party funding drives up the number of frivolous cases in ISDS makes producing a comprehensive analysis exceptionally difficult.[103] It is partly due to the fact that third-party funding is an unregulated area of practice. The need for regulating third-party funding in investment arbitration was brought before the UNCITRAL's Working Group III within the ambit of the ISDS reform process. The continuous expansion of third-party funding would produce more data on the effects of the practice over ISDS. Along with prospective regulation of the practice through ISDS reform, this data would help produce a comprehensive analysis of how third-party funding affects frivolous cases.

[102] Karabıyık, supra note 94, at 22.

[103] ICCA-QM Report, supra note 23, at 204.

CONCLUSION

The structural deficiencies of the ISDS system and their associated repercussions, in particular on investors' behaviors in arbitration proceedings, have been a growing concern. Host states have started raising their voices against abusive practices of foreign investors that rely on the deficiencies of the system. This reaction begat the ISDS reform, a process that has been conducted on different levels and platforms. Frivolous claims have come to the fore as one of the most employed abusive tactics by investors. An ISDS claim, even if it lacks legal merit, lays burden on the host state mostly in the form of regulatory chill, reputational harm, and undue durations and costs.

This article analyzes the tools and mechanisms that can be employed to counter frivolous claims. Early dismissal mechanisms incorporated in the rules of arbitral institutions is one of them. Although it may seem that these mechanisms provide a convenient solution to states for dismissing unmeritorious cases, arbitral case law demonstrates that states need to surmount a very high threshold to get the claim dismissed at the initial phase of the proceedings. This article suggests that incorporating detailed articles on early dismissal of frivolous claims into international investment agreements to lower the high threshold set by arbitral tribunals, would be helpful. However, even with such measures, the structural defects of the ISDS system can prevent effective employment of early dismissal mechanisms by arbitrators. Security for costs is another tool that was developed to curtail frivolous claims in ISDS proceedings. Nevertheless, as was the case for early dismissal mechanisms, tribunals have adopted a high threshold to grant security for costs awards. This article suggests use of flexible language in provisions on security for costs in investment treaties and rules of arbitral institutions to provide arbitrators with ample room for interpretation when assessing the relevant requests. The effect of third-party funding on frivolous claims is also discussed in this article. Third-party funding is a relatively new phenomenon that induces conflicting views. While certain scholars contend that third-party funding curtails frivolous claims due to the fact that funders prefer to fund claims with strong legal bases, others are of the view that third-party funders may prefer to take the risk and fund a frivolous claim if the potential return is high enough. In reality, the lack of sufficient data on third-party funding and the unregulated nature of the said practice make it rather challenging to determine whether it helps in curtailing frivolous claims.

All the three tools analyzed in this article have been discussed in one way or another in the ISDS reform process. This process, in particular the one that is conducted by UNCITRAL, has mostly focused on procedural issues. Nevertheless, frivolous claims and the tools to

address them concern not only procedural but also substantive features of ISDS. Indeed, separating procedural issues from substantive ones in ISDS reform is not convenient as they are intricately related. Therefore, a holistic approach involving both procedural and substantive matters is needed in the ISDS reform process to be able to effectively cope with frivolous claims as well as other types of abusive conduct.

REFERENCES

Articles

Brekoulakis S/Rogers C, "Third-Party Financing in ISDS: A Framework for Understanding Practice and Policy", Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/11, 31 July 2019.

Chen D L, Can Markets Stimulate Rights? On the Alienability of Legal Claims, 2015, 46 RAND J. of Economics 23, 25, 33.

Chen T-F, Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement, 8 Contemp. Asia Arb. J. 61, 2015.

Dodge K/Barnett J/Macedo L/Kulig P, Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules, 3/2021, Revista Română De Arbitraj.

Gaillard E, Abuse of Process in International Arbitration, ICSID Review, 2017.

Garcia F J, Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, 59 B.C. L. Rev. 2911, 2018.

Guven B/Johnson L, The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, Columbia Center on Sustainable Investment, CCSI Working Paper, 2019.

Karabıyık M Ü, Investor Misconduct in International Investment Arbitration: Can the Unclean Hands Doctrine be a Cure?, Year: 12, Issue: 22, July 2021, Law & Justice Review.

Karabıyık M Ü, Remedying Investor Misconduct in Investor-State Arbitration through Third Party Funding, Volume 1 Issue 2, 15-25, 2021, Indian Review of International Arbitration.

Markert L, Improving Efficiency in Investment Arbitration, 4 Contemp. Asia Arb. J. 215, 2011.

Polasek M/Quero C E S, 'Chapter 21: Security for Costs: Overview of ICSID Case Law', in Sherlin Tung, Fabricio Fortese, et al. (eds), Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy, © Kluwer Law International; Kluwer Law International 2019.

Polonskaya K, Frivolous Claims in the International Investment Regime: How CETA Expands the Range of Frivolous Claims That May Be Curtailed in an Expedient Fashion, 17 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 1, 2017.

Román B M C, "Third-party Litigation Funding: Investing in Arbitration', Spain Arbitration Review, Volume 2012, Issue 13, Revista del Club Español del Arbitraje, © Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2012.

Yeo A/Yen K S, Objection of Manifest Lack of Legal Merit of Claims: Arbitration Rule 41(5), The Investment Treaty Arbitration Review, 4th Edition, 2019.

Cases

Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 February 2009

Emmis et al. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2, Decision on Respondent's Objection Under ICSID Arbitration Rule 41(5), 11 March 2013

Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador ICSID Case. No. ARB/09/17, Annulment Proceeding, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 September 2012

EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No. 3, 23 June 2015

Global Trading Resources Corp. & Globex International Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, 1 December 2010

Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC v. Democratic Republic of Timor-Leste ICSID Case No. ARB/15/2, Procedural Order No. 2, Decision on Respondent's Application for Provisional Measures, 13 February 2016

Luis García Armas v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/16/1, Procedural Order No. 8 concerning provisional measures, 20 June 2018

Manuel García Armas et al. V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, Procedural Order No. 9, 20 June 2018)

MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/13/32, Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 2 December 2014

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 28 October 2014

Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on The Respondent's Preliminary Objections Under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 August 2010

Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg & RSM Production Corp. v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, 10 December 2010

Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013

RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on St. Lucia's Request for Security for Costs, 13 August 2014

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003

South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No.10, 11 January 2016

Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 12 May 2008

6335 SAYILI KANUN'UN MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluatıon of the Effect of Law No. 6335 on the Principle of Protection of Company Assets

Arş. Gör. Dr. Özlem AKINCI ALBAYRAK*

Öz: Anonim şirketler hukukuna hâkim ilkelerden biri olan malvarlığının korunması ilkesi, Kıta Avrupası hukukunda anonim şirketler hukuka ilişkin hükümlerin genel çerçevesini çizmektedir. Sınırlı sorumluk ilkesinin kabul edilmesine karşılık olarak, adalet terazisini dengeleme amacı taşıdığı kabul edilen ilkenin etkinliği ve yararları her ne kadar son yıllarda sorgulansa da halen Türk hukukunda anonim şirketler hukukunun temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir. 6102 sayılı TTK döneminde de kanunkoyucu malvarlığının korunması ilkesinin genel çerçevesini kullanmış, hüküm gerekçelerinde ve genel gerekçede ilkeden ve koruma amacından bahsetmiştir. 6102 sayılı TTK döneminde açık bir şekilde ilkeye atıf yapılması, ilkenin benimsendiği ve etkilerinden yararlanılmak istendiğini göstermektedir. Ancak kanun yürürlüğe girmeden çok kısa bir süre önce 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TTK'da çok önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerin malvarlığının korunması ilkesi açısından da önemli etkileri olmuştur. Bu değişiklikler anonim şirket malvarlığını korumayı amaçlayan yahut bu yönde bir etki gösteren hükümlerde büyük oranda gerçekleşmiştir. Bu nedenle 6335 sayılı kanun ile gerçekleşen, malvarlığının korunması ilkesinin gücünü zayıflattığını düşündüğümüz bu değişikliklerin anonim şirketler ve limited şirketler kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Malvarlığının Korunması İlkesi, Anonim Şirketler Hukuku, Limited Şirketler Hukuku, 6335 sayılı Kanun

Abstract: The principle of protection of company assets, which is one of the dominant principles in joint stock company law, draws the general framework of the provisions of the law of joint stock companies in Continental European law. Despite the acceptance of the limited liability principle, the effectiveness and benefits of the principle, which is accepted to aim at balancing the scales of justice, have been questioned in recent years, but it is still accepted as the basic building block of joint stock company law in Turkish law. In the period of TCC law no. 6102, the legislator used the general framework of the principle of protection of assets, and mentioned the principle and the purpose of protection in the justifications and general justifications. The explicit reference to the principle during the TCC law no. 6102 shows that the principle was adopted and its effects were intended to be exploited. However, very important changes were made with the Law No. 6335 shortly before the law came into force, and these changes had important effects, in terms of the principle of protection of company assets. These changes have occurred to a large extent in terms of provisions that aim to protect the assets of joint stock companies or have an effect in this direction. For this reason, these changes, which we think have weakened the power of the principle of protection of assets, which took place with the Law No. 6335, have been tried to be evaluated within the scope of joint stock companies and limited liability companies.

Keywords: Principle of Protection of Company Assets, Joint Stock Companies Law, Limited Liability Companies Law, Law No. 6335

* Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, oalbayrak@atu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1274-7334

Makale Geliş Tarihi: 04.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 23.05.2022

GİRİŞ

Anonim şirketler hukukuna hakim ilkelerden bir tanesi olan malvarlığının korunması ilkesi, limited şirketler hukuku açısından da pek çok hükümde kendini hissettirmektedir. Pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu esasının benimsendiği sermaye şirketlerinde hem şirketin devamlılığı, hem de tüm menfaat sahiplerinin çıkarlarının korunması ve haklarına kavuşması açısından şirket malvarlığı büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle şirket malvarlığının korunması şirket yönetimi ve paydaşlarının insiyatifine bırakılmayarak, yasal düzenlemeler aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar bu düzenlemeler, şirketin kötü yönetimden veya dışsal faktörlerden dolayı malvarlığının azalmasına veya kaybetmesine engel olmasa da, bu temel mantıkla genel bir çerçeve çizer.

Malvarlığını koruyan hükümlerin etkinliği, gerçek anlamda bir koruma sağlaması açıdan önem arz etmektedir. 6102 sayılı TTK döneminde de malvarlığının (sermayenin) korunması ilkesi, normatif olarak özel bir düzenleme ile açıklanmasa da, pek çok hükmün gerekçesinde benimsendiği ifade edilmiş, yönetim kurulu ve genel kurul kararlarının butlanına ilişkin hükümlerde de açıkça hüküm altına alınmıştır.

6102 sayılı TTK'da malvarlığının korunması ilkesinin amacına hizmet eden pek çok hüküm 6335 sayılı Kanun değişikliği neticesinde etkisini kaybetmiştir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanması hususunu düzenleyen TTK m. 395/2, payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edildiği hususunu düzenleyen TTK m. 341, işlem denetçiliğine ilişkin düzenlemeler, denetime tabi şirketler ve bağımsız denetime ilişkin değişiklikler, limited şirketlerin kurulma anının düzenlendiği TTK m. 585 ve cezai hükümlerdeki düzenlemeler 6335 sayılı Kanun ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin malvarlığının korunması ilkesi açısından olumsuz etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ

A. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA İLKEYE BAKIŞ AÇISI

Pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ve şirketin tüzel kişiliğinin bulunması gibi özelliklere sahip olan anonim şirketler, tarih sahnesine çıktıkları andan beri ülke ekonomisinde önemli işlevlere sahip

olmuştur[1]. Ülke ekonomisine ve pek açıdan sosyal hayata yön veren anonim şirketlerin önemi, kanun koyucuları bu şirket türünü ayakta tutmaya yönelik olarak özel bir gayret göstermeye itmiştir. Çünkü başarılı olamayan bir anonim şirketin olumsuz etkilerinin sirayet alanının çok geniş olduğu kabul edilmiştir.

Anonim şirketlerde sınırlı sorumluluk hususu, hem bu şirketlere katılmayı teşvik eden hem de alacaklılar ile pay sahipleri arasındaki hakkaniyet dengesini bozan bir olgudur. Kanun koyucu, sınırlı sorumluluğunun avantajlarından dolayı bu olgudan vazgeçmeyip, bozulan dengeyi malvarlığını koruyan kurallarla telafi etmeye çalışmıştır. Zira tüm menfaat gruplarını tatmin eden temel başvuru kaynağı şirket malvarlığıdır. Genel olarak Kıta Avrupası hukukunda temellerini bulan ve uygulanan malvarlığının korunması ilkesi, anonim şirketler hukukunda temel ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan malvarlığının korunması ilkesinin etki alanı, şirketin kurulma aşamasından başlayıp sona erdikten sonra dahi belirli bir süre devam etmektedir[2].

Malvarlığının korunması ilkesi kapsamında değerlendirilen hükümler; sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşumuna hizmet eden hükümler, sermayenin şirketin ekonomik varlığı süresince sürdürülmesine hizmet eden hükümler ve malvarlığını bağlayarak koruma sağlamaya hizmet eden hükümler olmak üzere üç temel ayaktan oluşmaktadır. Asgari sermayeye ilişkin hükümler, ayni sermayenin şirkete getiriliş sürecine ilişkin hükümler, nakdi sermayenin getirilişine ilişkin hükümler ile anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi muteber sayılmayan unsurların belirlenmesi ve itibari değerin altında pay oluşturulamamasına ilişkin yasal düzenlemeler sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşturulmasına hizmet etmektedir[3].

---

1 Martin Henssler, Beck Online Grosskommentar, Kommentar zum Aktiengesetz, C.H. Beck, München, 2019; § 1, pn.13; Hüffer, Uwe/ Koch Jens, Aktiengesetz, C. H. Beck, München, 2021, §1, pn.1; Druey, Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, s. 108, pn.1; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 280; Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 1; Ali Paslı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 6.

2 Wulf Goette/Susanne Kalss/Matias Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, C.H. BECK, München 2019, § 57, pn.14; Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard, Kommentar zum Aktiengesetz, Band: 1, C. H. Beck, München 2019, AktG § 57, pn. 50; Henssler, Martin/ Strohn Lutz, Gesellschaftsrecht, C.H. Beck, München 2019, § 57, pn.3;

3 Peter Forstmoser/ Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1996, s. 647, pn.3 ; Urs Kägi/Stunder Ueli/ Tsün Kelsang,

Sermayenin sürdürülmesini sağlamak amacına hizmet eden hükümler ise; sermayenin iadesinin yasaklanması, pay sahipleri tarafından şirkete getirilen veya getirilecek sermaye için faiz kararlaştırılamaması, pay sahibi için çıkma hakkının tanınmaması, payın devrine ilişkin malvarlığının korunması amacıyla sınırlandırmalar öngörülmesi, şirketin kendi paylarının iktisabı halinin belirli şartlara tabi olması, sermaye değişikliklerinin özel prosedürlere tabi olması, yedek akçe ayrılmasına ilişkin özel düzenlemeler öngörülmesi ve sermayede ciddi kayıpların bulunması halinde önlem mekanizmasına ilişkin hükümlerdir[4]. Son olarak malvarlığını bağlamak suretiyle, şirket malvarlığını kapsamlı bir şekilde korumaya hizmet eden hükümler ise; kâr payı dağıtımlarına yönelik hükümlerin bulunması, finansal yardım yasağı, şirkete borçlanma yasağı, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı halinde özel hükümler düzenlenmiş olması şeklinde ifade edilebilir.

Anonim şirketler hukukunda malvarlığının korunması ilkesinin, belirtmiş olduğumuz hükümler dışında da pek çok hükümde etkisi ve varlığı hissedilmektedir. Bu nedenle malvarlığını koruyan hükümler, bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Malvarlığının korunması ilkesinin hem pay sahipleri hem alacaklılar hem de ekonomik düzen üzerinde koruyucu etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle etki alanı bu kadar geniş olan malvarlığının korunması ilkesinin, güçlendirilmesi veya etkisini azaltacak değişikliklerden kaçınılması gerekmektedir.

B. LİMİTED ŞİRKETLER HUKUKUNDA İLKEYE BAKIŞ AÇISI

Sermaye şirketlerinden biri olan limited şirketin varlığını ve amacını gerçekleştirmesi için şirket malvarlığının korunması gerekmektedir. Ancak bu korumanın boyutu ve kapsamının anonim şirketler hukukunda kabul edilen kapsam ile aynı boyutta olup olmadığı sorgulanmaktadır.

"Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung", Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, Zürich, 2021, s. 176; Tobias Meyer, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Dike Verlag, Zürich, 2009, s. 53; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınevi, Adana/Bandırma, 2021, s. 177; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.110; Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 107 vd,; Ahmet Türk, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 111.

[4] Bilgili/Demirkapı, s. 177; Bahtiyar, s. 110; Türk, s. 111-112; Sevi, 409 vd.; Harun Eryiğit, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 173 vd.

Alman hukukunda ilkenin kapsamını düzenleyen GmbHG § 30/1'de kapsamın yalnızca "şirketin esas sermayesi" ile sınırlandığı görülmektedir[5]. Başka bir deyişle, Alman limited şirketler hukukunda sadece esas sermaye çapında bir korunma mevcuttur. Alman hukukunda, anonim şirketlerde malvarlığının korunması ilkesinin kapsamını değerlendirmede temel aldığımız hüküm olan AktG § 57'de, GmbHG § 30 'dan daha ileri bir koruma vardır[6]. Limited şirket ve anonim şirket açısından koruma kapsamının farklılığının temel nedenlerinden bir tanesi limited şirket yapısının, anonim şirket yapısına nazaran kişi unsurunun daha baskın olması olarak gösterilmiştir [7]. Diğer yandan anonim şirketlerde organizasyon yapısının bir sonucu olarak, yönetim organı ve pay sahibi kontrolü katı bir şekilde ayrılmıştır. Anonim şirketlerde pay sahipleriyle yapılan kabul edilemez iş ilişkilerinden ve örtülü dağıtımlardan diğer pay sahiplerinin haberdar olması limited şirketlere nazaran daha zordur[8]. Bu nedenle anonim şirketlerde malvarlığının korunması hususunun kapsamı limited şirketlerden daha ileri bir konuma getirilmiştir. Ayrıca bu tercihin, limited şirketi güçlendirmek amacı taşıdığı, koruma kapsamı dar ve daha özgür olan bir şirket türü yaratılmak istenmesi sebebiyle bilinçli bir tercih olduğu sonuca da çıkarılmaktadır[9].

Türk hukukunda limited şirketler açısından şirket malvarlığını koruma sağlayan hükümler; ayni sermaye, ayni devralmalar ve özel menfaatler ilişkin hükümler, asgari sermayeye ilişkin hüküm, payın itibari değerine ilişkin hüküm, kâr payı dağıtılmasına ilişkin hükümler, yedek akçe ayrılmasına ilişkin hükümler, sermayeye ve ek ödemelere faiz ödenmesinin yasaklanmasına ilişkin hüküm, şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen hüküm, sermaye kaybı ve borca batıklık halinde

---

5 Spindler/Stilz/Cahn/V. Spannenberg, AktG § 57, pn.1; Henssler/Strohn, AktG § 57, pn. 2; Schwarzfischer, Fabian B., "Verdeckte Gewinnausschüttungen im Aktienrecht" Das Spannungsverhältnis zwischen Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, 2014, s. 3; Haaker, Andreas, "Zur Zukunft der Kapitalerhaltung – IFRS und Solvenztest statt HGB-Abschluss?", Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Walter de Gruyter GmbH, C. 59, Sayı. 3, 2009, s. 200; Kägi, Urs, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Dike Verlag, Zürich, 2012, s. 156, pn. 19.

6 Spindler/Stilz/Cahn/V. Spannenberg, AktG § 57, pn.1; Henssler/Strohn, AktG § 57, pn. 2; Kägi, s. 156, pn. 19.

7 Lutz Michalski/Andreas Heidinger/Stefan Leible/Jessica J. Schmidt, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), C. H. BECK, München, 2017, pn.28, 29, Adolf Baumbach/Alfred Hueck, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, C.H.BECK, München, 2019, pn.4, 5, 6; Schwarzfischer, s. 4.

8 Schwarzfischer, s. 4.

9 Baumbach/ Hueck, GmbHG § 30, pn.1.

uygulanacak prosedürü düzenleyen hüküm, pay sahiplerinin ve müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanma durumunu düzenleyen hükümler ve kurucular ile yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen hükümler olarak olarak ifade edilebilir. Anılan hükümler incelendiğinde görüldüğü üzere limited şirketlerde malvarlığını koruyan hükümler ile anonim şirketlerde malvarlığını koruyan hükümler paralellik göstermektedir. Hatta yukarıda saymış olduğumuz hükümlerin birçoğu, ilgili anonim şirketlere ilişkin hükme atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Hatta 6102 sayılı TTK döneminde yapılan birçok değişikliğin gerekçesinde limited şirketlerin de anonim şirketler gibi bir sermaye şirketi olduğu ve bu nedenle iki şirket türüne ilişkin hükümler arasından uyum sağlanmak istediği ifade edilmiştir. Bu açıdan limited şirketler hukukunda da anonim şirketler açısından kabul ettiğimiz gibi malvarlığının korunması ilkesinin geçerli olduğunu kabul edebiliriz. Sonuç olarak anonim şirketlerde malvarlığını koruyan hükümlerde, hükümlerin etkisini hafifletip kapsamını daraltan her türlü değişikliğin olumsuz etkisi limited şirketlere de sirayet edecektir.

II. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ SINIRLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anonim şirketler hukukunda pay sahibinin şirkete borçlanması hususu sermayenin iadesi kapsamında değerlendirilmesinden dolayı, Kıta Avrupası hukukunda uzun yıllar çekinceli yaklaşılan ve tartışılan bir konu olmuştur. Şirket varlıklarının pay sahiplerine borç verme suretiyle azaltılması durumunda, malvarlığının korunması ilkesine aykırılık hususu gündeme gelmektedir[10]. Bu işlemler, alacaklıların, diğer pay sahiplerinin ve şirketin ekonomik menfaatlerini tehlikeye uğratmama ve şirket varlıklarının kontrolsüz bir biçimde azaltılmasını engellemek amacıyla kanuni olarak düzenlenmeye çalışılmıştır.

Türk hukukunda 6762 sayılı TTK döneminde pay sahiplerinin şirkete borçlanma durumuna ilişkin olarak herhangi bir kısıtlayıcı veya düzenleyici hüküm yer almamaktadır. 6102 sayılı TTK döneminde bu husus 358. maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu maddenin düzenlenme amacını madde gerekçesinde, ticari hayatta zaten sıkça başvurulmakta olan bu uygulamanın verdiği zararlardan ötürü, doğru ve sınırları belirli bir sistematiğe bağlanarak uygulanmaya devam edilmesi olarak ifade etmiştir. Bu şekilde belirli şartlara uyulmak koşuluyla pay sahiplerinin şirkete borçlanması mümkün olabilecektir. Malvarlığının

[10] Serdar Hızır, "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", C. 29, S. 2, 2013, BATİDER, s. 228.

korunması ilkesi açısından değerlendirildiğinde ise, hükmün ulaşmak istediği şirket malvarlığını koruma amacı ilkeyi güçlendirici bir etkiye sahiptir. Bu bakımdan şirket malvarlığını korumaya hizmet eden bir hüküm olarak değerlendirilebilir.

Şirket malvarlığını koruma amacı taşıyan hükümlerden biri olan TTK m. 358 yürürlüğe girmeden önce köklü bir değişikliğe uğramış ve malvarlığını koruma amacı taşıyıp taşımadığı sorgulanır hale gelmiştir. Hükmün ilk hali "*iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemden doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları yasaklamıştır[11]. Ancak hüküm gerekçesinde de ifade edildiği üzere; hükmün katı ve istisnasız bir şekilde uygulanmasının haksızlıklara neden olma ihtimaline binaen, belirli koşullarda pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına izin verilecektir. Bu şartlar, işlemin şirketin işletme konusuna giren bir işlem olması, pay sahibinin de işletmesi gereği yapılması ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulması olarak belirlenmiştir[12]. Ancak hüküm bu haliyle uygulanma fırsatı hiç bulamamıştır. 6335 sayılı Kanun, TTK m. 358' de köklü bir değişiklik yapmıştır.

6335 sayılı Kanun ile değişen TTK m. 358'e göre; pay sahipleri sermaye taahhütleri dolayısıyla vadesi gelmiş olan borçlarını ifa etmediği sürece ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek düzeyde olmadığı sürece şirkete borçlanamazlar. Doktrinde, hükmün değiştirilen şeklinin bir borçlanma yasağı olmadığı ve kural olarak şirkete pay sahiplerinin borçlanacağı; yalnızca belirtilen iki halde borçlanılmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir[13].

Şirket malvarlığının korunmasına hizmet etmesi amaçlanan TTK m. 358'in değiştirilmiş hali birçok açıdan eleştirilere konu olmuştur. Maddeye ilişkin eleştiriler, malvarlığının korunması ilkesinin amaçlarını gerçekleştirmesi noktasında kaygıları artıracak niteliktedir. Doktrindeki eleştirilerden ilki, pay sahiplerinin şirkete borçlanmanın koşullarından biri olan "*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe*"

---

11 Ali Paslı, "Yeni Türk Ticaret Hukuku Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler", C. 27, S. 3, 2011, BATİDER, s. 160.

12 Emek Toraman Çolgar, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 119.

13 Hızır, s. 233; Toraman Çolgar, s. 126

ibaresidir. Bu ibare karşısında hükmün lafzından, pay sahiplerinin yalnızca vadesi gelmiş sermaye taahhüdüne ilişkin borçlarının varlığı halinde borçlanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak hükmün mefhumu muhalifinden pay sahibinin vadesi gelmemiş borçlarının bulunması durumunda, şirkete borçlanabileceği söylenebilir[14]. TTK m. 344/1'e göre, taahhüt edilen nakdi sermayenin yüzde yirmibeş oranındaki kısmının ödenmesinden sonra, kalan bakiye kısmının yirmidört ay içinde getirilebilmesinde bir engel yoktur. Böyle bir durumda pay sahibinin, cüz'i bir miktarda belirlenen vadesi gelmiş olan sermaye ödemesini gerçekleştirdikten sonra, vadesi daha ileri tarihli olan büyük miktarlı sermaye ödemelerinin vadesi gelmeden şirkete borçlanabilmesi kanunun mevcut haliyle lafzen mümkündür[15]. Bu durum da malvarlığının koruması ilkesi amacıyla örtüşmemektedir. Zira böylece şirket malvarlığında azalma yaratacak bir kötüye kullanımın kanunen önü açılmış olmaktadır.

TTK m. 358'de pay sahibinin borçlanabilmesi amacıyla getirilen bir diğer şart, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek düzeyde olmaması şartıdır. Bu şart her ne kadar şirketin malvarlığının, borçlanma durumundan kötü yönde etkilenmesini engellemeye hizmet etme amacı taşısa da, belirlenmiş olan kriter kavramlar muğlak olup yoruma muhtaçtır[16]. Doktrinde, hükümde ifade edilen "*serbest yedek akçe*", "*şirket kârı*" ve "*şirketin geçmiş yıl zararları*" terimlerinin ne ifade edeceği hususu tartışılmıştır[17]. Lafzi olarak kapsamının belirsiz ve yoruma açık ifadelerin tercih edilmesi, hükmün etkin bir şekilde uygulanmasını zayıflatmakta ve malvarlığının korunması ilkesinin etkinliğine gölge düşürmektedir. Bu açıdan pay sahiplerinin şirkete borçlanması hususunda, net bir koruma sağlanması hedefleniyorsa, hükümde belirtilen koşulların açık bir şekilde belirtilmesi gerekir.

Anılan hükümlere yönelik diğer bir eleştiri hükmün ilk halinde belirtilmiş olan "*emsallerine uygunluk*" kriterinden vazgeçilmesidir[18].

---

[14] Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 323; Ahmet Tamer, "Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)", S. 102, 2012, TBB Dergisi, s. 110; Toraman Çolgar, s. 214.

[15] Tamer, s. 110.

[16] Hızır, s. 264.

[17] Ayrıntılı bkz. Hızır, s. 278 vd.; Toraman Çolgar, s. 226 vd.

[18] Funda Özdin, "Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu (Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak)", Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 111.

Kanun koyucu, hükmün ilk halinde emsallerine uygunluk kriteri ile örtülü bir biçimde pay sahiplerine yapılacak bir dağıtımı engellemeyi amaçlamıştır[19]. Hükmün 6335 sayılı Kanun değişikliğiyle, emsallerine uygunluk kriterinin kaldırılması neticesinde ihdas ediliş amacını kaybettiği doktinde ifade edilmiştir[20]. Ancak her ne kadar emsallerine uygunluk kriteri hükümden çıkarılmış olsa dahi, hükmün değişiklik gerekçesinde, pay sahiplerinin şirkete borçlanması durumuna ilişkin bir genel sınırlama olarak sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi, sermayenin iadesi yasağı ve eşit işlem ilkesi zikredilmiştir. Bu kapsamında, emsallerine uygunluk kriterinin değerlendirmesinin halen bir borçlanma kriteri olarak değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir[21]. Ayrıca, hükümde şirket tarafından pay sahibine verilen borcun geri ödenmesine ilişkin olarak herhangi bir iade süresi dahi belirtilmemesi önemli bir eksiklik olarak görülmüştür[22].

TTK m. 644/1-b hükmü gereği TTK m. 358, limited şirketler açısıdan da uygulama alanı bulacaktır. Ancak limited şirketler açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 25. maddesiyle yapılan değişikliktir. Bu değişikliğe göre, limited şirket açısından şirket kuruluşunda taahhüt edilmiş olan nakdi sermaye paylarının "*en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi*" şartı kaldırılmıştır. Şirketin yirmidört ay boyunca sermayesiz kalma ihtimali ve uygulamada oluşabilecek pek çok sorun ihtimalinin[23] yanı sıra malvarlığının korunması ilkesini de olumsuz etkilemektedir. Ancak şirkete borçlanma yasağı özelinde değerlendirildiğinde, limited şirket pay sahipleri, taahhüt etmiş oldukları nakdi sermaye bedellerine ilişkin olarak herhangi bir ödeme yapmadan şirkete borçlanamayacaklar. Bu durum her ne kadar olumlu bir etki olarak düşünebilse de anonim şirketler açısından ifade etmiş olduğumuz miktar ve vade hileleriyle bu engelin aşılması mümkündür.

Tüm bu değerlendirmeler karşısında hükmün ilk düzenleniş hali, malvarlığının koruması ilkesine önemli ölçüde hizmet edip, bir koruma

---

19 Özdin, s. 106.

20 Özdin, s. 106.

21 Toraman Çolgar, s.255; Mehmet Mülazımoğlu, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 195.

22 Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu, s. 324.

23 Hasan Pulaşlı, " 'Sermayesiz' Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler" C. 34, S. 2, 2018, BATİDER, s.5; Bilgeç, Hakan, 7099 Sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri, S. 143, 2019, TBB Dergisi, s. 236.

sağlarken; değişiklik sonrası kural olarak borçlanmanın serbest kabul edilmesi, yasağın belirli kriterlere bağlanması olumsuz bir gelişme olarak kabul edilebilir. Diğer yandan yasağa ilişkin kriterlerin muğlak ifadelerinden kaynaklı olarak pay sahibinin şirkete borçlanma müessesi suistimale açık bir durumdadır. Her ne kadar TTK m. 564/5'te cezai yaptırım öngörmek suretiyle, hükme yönelik ciddiyet artırılmak istense de, TTK m. 358'e aykırı bir şekilde gerçekleşecek borçlanmanın kapsamı oldukça dardır. Bu nedenle şirket malvarlığını koruma hedefini gerçekleştirme ölçüsü de şüphelidir. Sonuç olarak 6335 sayılı Kanun ile pay sahibinin şirkete borçlanması hususunda yapılan değişikliğin malvarlığının korunması ilkesini olumsuz etkilediği açık bir şekilde görülmektedir.

III. PAY SAHİBİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN PAY SAHİBİ OLMAYAN YAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMASINA İLİŞKİN TTK M. 395/2 HÜKMÜNDEKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanması hususu TTK m. 395/2'de düzenlenmiştir. Hüküm değişiklik öncesi "*yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler*." şeklindedir.

Yasağın amacı hükmün gerekçesinde açıkça sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi olarak ifade edilmiştir. Ayrıca TTK m. 358'in tamamlayıcısı olduğu belirtilmiştir. Ancak bu hüküm de 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayarak, yasak kişi bakımından daraltılmış, konu bakımından da nakdi sermaye ile sınırlandırılmıştır. TTK m. 358'deki aynı mantıkla yasağın kapsamı yumuşatılmıştır[24]. 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan hüküm, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393'te sayılan yakınlarının[25] şirkete nakit borçlanamayacağını,

[24] Toraman Çolgar, s. 308.

[25] TTK m. 393'te "yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biri"şeklinde sayılmıştır.

şirketin de bu kişiler için kefalet, garanti, teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve borçlarını devralamayacağı hususunu düzenlenmiştir. TTK m. 395/2 hükmünde, kefalet, garanti, teminat verememe, sorumluluk yüklenememe ve borçlarını devralamama şeklindeki kısıtlamalarının 6335 sayılı Kanunla değiştirilmemiş olması malvarlığının korunması ilkesi açısından olumlu kabul edilebilir. Borçlanma yasağının kapsamının en azından benzeri işlemleri de içeriyor olması memnuniyet vericidir. Ancak hüküm kapsamında borçlanma yasağının, şirketin mali durumuna ilişkin bir kriter koyulmadan, muğlak olarak öngörülmesi tüm malvarlığını koruma amacına yönelik olduğu sonucunu çıkarsa da[26], yasak kapsamı dışındaki kişilerin şirketin mali durumunun uygun olmadığı bir dönemde borçlanabilmesini mümkün kılması açısından da risk barındırmaktadır.

TTK m. 395/2'nin, 6335 sayılı kanun değişikliği ile birlikte gerekçesinde belirtilmiş olan malvarlığını koruma amacı sorgulanır hale gelmiştir. Yasak kapsamından ayni borçlanmaların çıkarılması hükmün malvarlığını koruma amacını zayıflatmıştır. Bu nedenle hükmün etkisini artırmak amacıyla kapsamı genişletilmeli, şirketin borç verebilmesi için belirli bir mali seviyede olmasına ilişkin olarak da bir kriter koyulmalıdır. TTK m. 644/1-b gereği, limited şirketler açısından da uygulanacak hüküm, bu şirketlere yönelik olarak da aynı sakıncaları içermektedir.

IV. TTK'NIN MÜLGA m. 341 HÜKMÜNÜN MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK m. 341'de taahhüdün onaylanması başlığı altında, esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edildiği hususunun, esas sözleşmenin altında yer alan bir noter şerhiyle onaylanması hususu düzenlenmiştir. Bu hükmün gerekçesinde, şirketin sağlıklı bir şekilde kuruluşunun gerçekleşmesi için, sorumluluk alanını genişleterek, kuruluşta sorumluluk taşıyan kişilerin arasına noterin de eklendiği; noterin, imzaların yanı sıra payların tamamının kayıtsız ve şartsız taahhüt olunduğunu da inceleyeceği hususu ifade edilmiştir. Esasen malvarlığının korunması ilkesi açısından ciddiyeti artıran, sorumluluğu genişleten ve kuruluşun daha sağlıklı bir şekilde kurulmasına hizmet eden hüküm, 6335 sayılı Kanun'un 43/9 maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[26] Toraman Çolgar, s. 312.

Kuruluş işlemlerini daha masraflı kılan TTK m. 341 hükmünün kaldırılması doktrinde olumlu karşılanmıştır[27]. Anılan hükmün kaldırılması, şirket kuruluş süreci masrafının azaltılması ve kolaylaştırılması mevcut gelişmeler açısından olumlu bir adım olarak kabul edilebilir. Ancak malvarlığının koruması ilkesi açısından, koruma bariyerlerinden bir tanesinin ortadan kalktığı da söylenebilir. Malvarlığını koruma amacını taşıyan hükümler incelendiğinde, bazı hükümlerin doğrudan koruma amacını taşıdığını, bazılarının da koruma amacı taşıyan diğer hükümleri güçlendirdiği görülmektedir. Sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşmasına hizmet eden hükümler doğrudan malvarlığını korumayı hedefleyen hükümlerdir. TTK m. 341 de bu hükümlerin amacını güçlendiren hükümlerden bir tanesidir. Bu açıdan TTK' da varlığını sürdürmesi malvarlığının korunması ilkesi açısından olumlu kabul edilebilirdi.

V. İŞLEM DENETÇİSİ KURUMUNUN KALDIRILMASININ MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşlem denetçisi kurumu 6102 sayılı TTK döneminde benimsenmiş ve TTK m. 554'te, "*şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını veya herhangi bir diğer şirket işlem ve kararını denetleyen"* kişi olarak ifade edilmiştir. İşlem denetiminin ve işlem denetçiliğinin amacı, yapılan işlemlerin kanunlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak, işlem güvenliğini sağlayarak hatalı ve hileli işlemlerin gerçekleşmesini engellemek, şirketteki ilgili tüm menfaat sahiplerinin haklarını korumak ve nihayetinde malvarlığının korunması ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektir[28].

İşlem denetçisinin TTK'da sayılan görevleri şu şekilde sıralanabilir: sermaye şirketlerinin kuruluş işlemlerinin denetlenmesi, birleşme, bölünme, tür değiştirme sözleşmesi ile raporunun denetlenmesi, sermaye artırım ve azaltım sürecinin denetlenmesi, tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılmasının denetlenmesi, sermayenin kaybı veya borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma işleminin denetlenmesi, menkul kıymet ihracının denetlenmesidir. Ayrıca bunlara ek olarak limited şirketler açısından ek ödemenin ve ayrılma akçesinin denetlenmesi hususu da işlem denetçisinin görevleri arasındadır.

---

[27] Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, S. 140.

[28] Bülent Berki, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Işlem Denetçisi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 116.

İşlem denetçisinin görevlendirildiği işlemlere bakıldığında her biri şirket malvarlığının korunması açısından önem arz eden işlemlerdir. Kanun koyucu bu işlemlere ilişkin süreçleri şirket malvarlığını korumak amacıyla özel düzenlemeye tabi tutmuştur. Bu süreçlerin işlem denetçisi eşliğinde ve kontrolünde tamamlanması malvarlığının korunması ilkesinin amacını güçlendirmektedir. Zaten işlem denetçiliği kurumunun getirilmesi de bu amaca hizmet etmektedir. Ancak 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçisi ve bu kuruma atıfta bulunan hükümlerin kaldırılması malvarlığının korunması ilkesi açısından en olumsuz değişikliklerden biridir. 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçisi kurumunun kaldırılmasının yanı sıra, bu işlemlere yönelik herhangi bir denetim mekanizmasının getirilmemesi de Kanun'un diğer bir olumsuzluğu olarak söylenebilir[29].

VI. DENETİME TABİ ŞİRKETLER VE BAĞIMSIZ DENETİM AÇISINDAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRMESİ

6102 sayılı TTK'da, anonim şirketlerin denetimi hususunda köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Şirketin denetimi, şirketin zorunlu üç organından biri olan ve üyelerinin uzmanlık bilgisine sahip olma zorunluluğu bulunmayan denetim kurulunun görev ve yetkisinden çıkarılarak, bağımsız ve konunun uzmanı kişilerce gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır[30]. Bu şekilde hem kurumsal yönetim ilkesinin hem de malvarlığının korunması ilkesinin amacının gerçekleşmesi sağlanmak istenmiştir.

TTK m. 397 ile anonim anonim şirketlerin, TTK m. 565/2 atfıyla paylı komandit şirketlerin ve TTK m. 635. madde atfıyla limited şirketlerin bağımsız denetimi hususu düzenlenmiştir. Bu nedenle tüm sermaye şirketlerinin bağımsız denetime tabi olması amaçlanmıştır. TTK m. 635'in madde gerekçesinde, AET/AT yönergeleri gereği, limited şirketin sermaye şirketi türü olarak anonim şirketle aynı denetleme sistemine bağlanması hususu ifade edilmiştir. TTK' da sermaye şirketlerinin denetimine ilişkin olarak, malvarlığının korunması ilkesi açısından oldukça önemli gelişmeler kaydedilmesine rağmen 6335 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte bu gelişmeler önemli ölçüde kaybedilmiştir[31]. Zira 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 397'ye eklenen 4.

[29] Ercüment Erdem, 6335 Sayılı Kanun ile Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, 2012, https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/6335-sayili-kanun-ile-yeni-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisiklikler.

[30] Korkut Özkorkut, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 32.

[31] Özkorkut, s. 193.

fıkra gereği bağımsız denetime tabi şirketlerin kapsamı önemli ölçüde daraltılarak, bağımsız denetime tabi şirketlerin Cumhurbaşkanınca (02/07/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK öncesi Bakanlar Kurulunca) belirlenmesi hususu düzenlenmiştir. Bu değişiklik sonrası pek çok şirket bağımsız denetim kapsamından çıkarılmıştır. Denetim kurulunun zorunlu bir organ olmaktan çıktığı 6012 sayılı TTK döneminde, 6335 sayılı Kanun değişikliği neticesinde denetime tabi olmayan anonim şirketlerin oluşması malvarlığının korunması ilkesi açısından kabul edilemez bir durumdur. Bu şekilde şirketteki tüm menfaat grupları zarar görmeye açık hale gelmiştir.

6335 sayılı Kanun ile bağımsız denetime ilişkin değişikliklerden bir diğeri TTK m. 400'de gerçekleşmiştir. Denetçi olabileceklerin düzenlendiği madde değişiklik öncesi, denetçilerin ancak ortakları, yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabileceği; orta ve küçük ölçekli anonim şirketler açısından ise, bir veya birden fazla yeminli mali müşaviri veya serbest muhasebeci malî müşavirin olabileceği ifade edilmiştir. 6335 sayılı Kanun değişikliği ile hüküm *"denetçinin bağımsız denetim yapmak üzere, 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik neticesinde bağımsız denetçi seçilebilecek kişilere ilişkin hüküm daha esnek hale getirilmiştir. Küçük ve orta büyüklükteki anonim şirketlerin denetimi açısından, yeminli mali müşavirler ile serbest muhasebeci mali müşavirlerin sürekli görevlendirilmesinin yanı sıra bir de en az iki denetçi görevlendirmeleri gerekliliği aşırılık olarak kabul edilerek bu değişiklik doktrinde olumlu kabul edilmiştir[32]. Ancak malvarlığının korunması ilkesi açısından küçük ve orta büyüklükteki anonim şirketlerin denetimi hususunda bir eksiklik yaratacaktır.

Denetime tabi sermaye şirketleri açısından kurumsal yönetim ve şeffaflığı artırmaya yönelik olarak benimsenen TTK m. 1524'de düzenlenen internet sitesi açma yükümlülüğü açısından da 6335 sayılı Kanun'un etkisi gözlemlenmektedir. Denetime tabi anonim şirketlerde kapsamın daraltılmasıyla birlikte, internet sitesi açma yükümlülüğü bulunan şirket kapsamı da daralmıştır. İnternet sitesi açma yükümlülüğünün öngörülme amacı olan şeffaflığın artırılması hususunun malvarlığının korunması ilkesini de güçlendirici etkisi

[32] Moroğlu, s. 201.

bulunmaktadır. Zira şeffaflık yoluyla iç ve dış denetimin sağlanmasıyla şirketlerin ekonomik istikrarını sağlamak ile şirketin tüm menfaat gruplarının korunması amaçlanmıştır[33]. 6335 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen şeffaflığa yönelik kapsam daralması malvarlığının korunması ilkesi açısından da olumsuz etkiye sahiptir.

VII. LİMİTED ŞİRKETLERDE KURULMA ANINI DÜZENLEYEN HÜKME İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER VE MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİLERİ

Limited şirketlerin kurulma anının düzenlendiği TTK m. 585 hükmünün değişiklikten önceki hali, "*kurucuların limited şirket kurma iradelerini açıklayıp, sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleri ve nakit kısmını hemen ve tamamen ödemeleriyle kurulur*." şeklindeydi. Limited şirketlerde nakdi sermaye ödenmesine ilişkin bu değişiklik, 6762 sayılı TTK'da düzenlendiği şekliyle uygulamada yol açtığı sorunları ortadan kaldırma amaçlıdır. Hükmün gerekçesinde de bu husus; "*ödemeye çağrı, temerrüt, ıskat, bedelinin tamamı ödenmemiş pay gibi çeşitli zorluklara, çekişmelere ve kötüye kullanmalara yol açan ve kabuk şirketlerin kurulmasını cesaretlendiren esas sermayenin taksitlerle ödenebilmesi sistemine son verilmiştir*." şeklinde ifade edilmiştir. 6102 sayılı TTK'da benimsenin bu usul malvarlığının korunması ilkesi açısından son derece olumlu bir düzenlemeydi. Ancak 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde limited şirketlerde nakit sermayenin derhal ve tamamen ödenmesi şartı kaldırılarak, anonim şirket hükümlerine yapılan atıf neticesinde, sermayenin dörtte birinin kuruluşta, geri kalan kısmının da yirmi dört ay içinde ödenmesi şeklinde düzenlenmiştir.

6335 sayılı Kanun öncesi limited şirketin kurulması için, sermayesinin tamamının ödenmesi gerekmekteydi. Sermayenin tamamının ödenmesi oy ve kâr payı gibi pek çok sorunun önlenmesinin yanı sıra sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşmasını sağlamaktaydı. Malvarlığının korunması ilkesinin sermayenin oluşması ayağının şirket kuruluşunda "*hemen ve tamamen*" gerçekleştirilmesi, ilkenin amacını bu ayak açısından gerçekleştirmekteydi. Ancak 6335 sayılı Kanun değişikliği neticesinde yalnızca itibari değerinin yüzde yirmibeşinin şirkete getirilmesinin yeterli olması ve kalanının da yirmidört ay içinde getirilebilmesi limited şirketler hukuku açısından ilkenin etkisini hafiflettiği gibi, 6102 sayılı TTK'da değişiklik öncesi hükmün benimsenme gerekçesiyle de çelişmektedir.

[33] Paslı, Kurumsal Yönetim, s. 49 vd.

Limited şirketlere nakdi sermaye getirilmesine ilişkin olarak malvarlığının korunması ilkesinin etkisini azaltan değişiklikler, 6335 sayılı Kanunla sınırlı kalmayıp, 7099 sayılı Kanunla da devam ettiği görülmektedir. 7099 sayılı Kanun değişikliği neticesinde, nakit sermaye olarak taahhüt edilmiş olan paylarının itibari değerinin en az yüzde yirmibeşinin ödenmesi şartının da kaldırılarak, nakdi sermayenin şirketin tescilinden itibaren yirmidört ay içerisinde ödenmesi imkânı getirilmiştir[34]. Bu değişiklik neticesinde limited şirket, sermayenin tamamının nakit sermaye olarak taahhüt edildiği varsayımında sermayesiz olarak kurulabileceği gibi, yirmidört ay da sermayesiz olarak varlığını sürdürebilir. Limited şirketler hukukunda nakdi sermayenin şirkete getirilişi hususundaki bu aşamalı değişiklikler, malvarlığının korunması ilkesinin sermaye oluşum kurallarını aracılığıyla gerçekleştirmeyi amaçladığı koruyucu etkisini bertaraf etmektedir.

VIII. CEZAİ HÜKÜMLERDEKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

6102 Sayılı TTK'da, ticari hayatın sağlıklı bir biçimde ilerlemesi ve ticari hükümlerin etki gücünün artırılması amacıyla cezai hükümler öngörülmüştür[35]. Cezai yaptırımların uygulandığı hükümler incelendiğinde görüleceği üzere bu hükümlerin birçoğu, şirket malvarlığını korunmaya hizmet eden hükümlerdir. Kanun koyucu şirket malvarlığının korunması amacını cezai hükümler aracılığıyla güçlendirmek istemiştir.

TTK'da 562. madde'de "Suçlar ve cezalar" başlığı altında anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında cezai yaptırım içeren hükümler düzenlenmiştir. Bu hükmün limited şirketler ile paylı komandit şirket açısından da uygulanması ilgili hüküm atıflarıyla sağlanmıştır. Hükmün amacı değerlendiğinde, kamunun aydınlatılması, şeffaflığın sağlanması, kurumsal yönetim ilkesi ve malvarlığının korunması ilkelerinin amaçlarının gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiştir[36]. Bu yönde bir kabul 6102 sayılı TTK' nın temel mantığına da uygundur. 6335 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte, belirlenmiş olan cezai yaptırımlara ilişkin hükümlerin bazılarının yumuşatıldığı görülmektedir. Bu kapsamda özellikle defter tutma ve raporlama ile buna ilişkin prosedürel işlemlere

[34] Pulaşlı, s. 5; Ömer Korkut, "7099 Sayılı Kanun ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", 2015, C.2, S.4, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 21; Bilgeç, s. 236.

[35] Emrullah Kervankıran, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği-I", C.6, S.10, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.178.

[36] Kervankıran, s. 182.

yönelik hükümlerde belirlenmiş olan adli para cezalarının idari para cezasına dönüştürüldüğü görülmektedir. Bu yönde bir değişiklik; yaptırımları adli yaptırım alanından çıkararak, idari yaptırım alanına sokmaktadır. Bu açıdan 6335 sayılı kanun ile cezai hükümlerin yumuşatıldığı söylenebilmektedir.

SONUÇ

Sermaye şirketlerinden anonim ve limited şirket açısından pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu, şirketteki diğer pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının ve şirketin ekonomik varlığının korunması ihtiyacını doğurmuştur. Tüm menfaat gruplarının tek başvuru kaynağı olan şirket malvarlığının korunmasına hukuk düzenleri tarafından özel önem verilerek, özellikle Kıta Avrupası hukukunda bu koruma yasal hükümler aracılığıyla gerçekleştirmek istenmiştir. Malvarlığının korunması ilkesi, şirket malvarlığını koruyan hükümlerin ilkesel kapsamda değerlendirilmesi anlamına gelip, özellikle anonim şirketler hukukuna hâkim ilkelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

6102 sayılı TTK'da malvarlığının korunması ilkesinin amacını gerçekleştirmeye hizmet eden pek çok hükümde 6335 sayılı Kanun ile esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Şirkete borçlanma yasağının kapsamının daraltılması, taahhüdün onaylanması müessesesinin kaldırılması, işlem denetçiliği kurumunun kaldırılması, denetime tabi sermaye şirketlerinin kapsamının daraltılması ve bağımsız denetim kapsamındaki hükümlerin hafifletilmesi, limited şirketlerde nakdi sermaye getirilmesine ilişkin hükümde yer alan değişikler ve cezai hükümlerdeki değişiklikler, malvarlığının korunması ilkesinin amacına doğrudan etki etmektedir. Yapılan değişiklikler ile malvarlığını koruyan hükümlerin etki alanın daraltılıp zayıflatıldığı görülmektedir. Bu nedenle 6335 sayılı Kanun'un malvarlığının korunması ilkesine etkileri olumsuz niteliktedir.

6335 sayılı Kanun'un olumsuz etkilerinden kurtulmak ve malvarlığının korunması ilkesinin amacını tekrar güçlendirmek için çeşitli kanun değişikliklerine ihtiyaç duyulmaktadır. TTK' da şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 ve TTK m. 644/1-b hükümlerinde, emsallerine uygunluk kriteri yeniden getirilmeli, "serbest yedek akçe", "şirket kârı" ve "şirketin geçmiş yıl zararları" gibi muğlak terimlerinden ziyade şirketin gerçek ekonomik durumunu ortaya koyan belirli zaman aralıklarını da ifade eden terimler tercih edilmeli veya bu yönde hükmü netleştirecek eklemeler yapılmalıdır. Aynı şekilde pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanması hususunun düzenlendiği TTK m. 395/2'de de benzer kaygılarla şirketin mali

durumuna ilişkin bir kriter koyulmadan borçlanılmasını engelleyici bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

TTK m. 341'de taahhüdün onaylanması başlığı altında, esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edildiği hususunun düzenlendiği hükmün mülga olması her ne kadar kanunkoyucunun ve politik yönelimin kolay ve masrafsız şirket kurulması yönündeki iradesinin varlığını gösterse de, malvarlığının korunması ilkesi açısından koruyuculuk etkisini azaltmaktadır. Bu nedenle böyle bir hükmün tekrar TTK'da yer alması olumlu bir yaklaşım olacağı düşüncesindeyiz.

İşlem denetçiliği kurumuna yönelik hükümlerin kaldırılması malvarlığının korunması ilkesi açısından büyük eksiklik teşkil etmektedir. İşlem denetçisi kurumunun eşlik ettiği işlemlere bakıldığında şirket malvarlığı açısından önem arz eden işlemler olduğu görülmektedir. Bu nedenle işlem denetçiliği kurumumun tekrar TTK' da yer alması şirket malvarlığının korunması açısından olumlu bir değişiklik teşkil edecektir.

Denetim kurulunun kaldırıldığı anonim şirket açısından, denetime tabi anonim şirketlerin azaltılması ve bağımsız denetim hususunun da kısıtlanması, işlem denetçiliği kurumunun da kaldırılmasıyla beraber şirketin denetimi hususunda büyük bir zafiyet meydana getirmiştir. Şirketin denetiminin malvarlığını koruma amacı doğrultusunda gerçekleşmesi şirketteki tüm menfaat grupları açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle denetime tabi şirketlere ilişkin düzenlemeler ve bağımsız denetim açısından 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesi haline dönülmelidir. 6102 sayılı TTK' nın en önemli yeniliklerinden biri olan bu hususun, şirket malvarlığının korunması amacına ve kanunun ruhuna uygun bir şekilde uygulanması sağlanmalıdır.

Limited şirketlerin kurulma anının düzenlendiği TTK m. 585 hükmünün, 6335 sayılı Kanun ile değişikliği öncesi kanunkoyucu sermayenin "hemen ve tamamen" oluşmasına yönelik bir irade içerisindedir. Sermayenin eksiksiz ve fiilen getirilmesine hizmet eden bu hükme yönelik değişiklik malvarlığının korunması ilkesinin etkisini zayıflatmaktadır. Limited şirketlerin kuruluş ciddiyetinin sağlanması açısından TTK m. 585 hükmünün değişiklik öncesi halinde olduğu gibi sermayenin hemen ve tamamen getirilmesi mantığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Son olarak 6335 sayılı Kanun değişikliği ile cezai hükümlerde de gerçekleştirilen yumuşatılma neticesinde, hukuk politikasında kanunkoyucunun tercihinin malvarlığının korunması ilkesinden ziyade şirket kurmanın kolaylaştırılması ve hükümlerin esnekleştirilmesinden yana olduğunu görmekteyiz. Şirketlerin kuruluşunda ve faaliyeti

sırasında tercih edilen bu esnekleşme, şirketin tüm menfaat grupları ve ülke ekonomisi açısından barındırdığı sakıncalar da gözden kaçırılmamalıdır. Şirketin sağlıklı bir şekilde mevcudiyeti koruması açısından önem arz eden malvarlığının korunması ilkesinin gücünü artıracak kanuni değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Baumbach A/Hueck A, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, C.H.BECK, München, 2019.

Berki B, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda İşlem Denetçisi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Bilgeç H, 7099 Sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri, TBB Dergisi, S. 143, 2019, ss. 235-256.

Bilgili F/Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınevi, Adana/Bandırma, 2021.

Çeker M, "Şirkete Borçlanma Yasağı", C.18, S. 2, 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 659-670.

Druey J N/Druey J E, Glanzmann L, Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.

Erdem E, 6335 Sayılı Kanun ile Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, 2012, https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/6335-sayili-kanun-ile-yeni-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisiklikler.

Eryiğit H, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Forstmoser P, Meier-Hayoz Arthur/ Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.

Goette W/Kalss S/Habersack M, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, C.H. BECK, München 2019.

Haaker A, "Zur Zukunft der Kapitalerhaltung – IFRS und Solvenztest statt HGB-Abschluss?", Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, C. 59, Sayı. 3, 2009, Walter de Gruyter GmbH, ss. 198-218.

Henssler M, Beck Online Grosskommentar, Kommentar zum Aktiengesetz,

C.H. Beck, München, 2019.

Henssler M/Strohn L, Gesellschaftsrecht, C.H. Beck, München 2019.

Hızır S, "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", C. 29, S. 2, 2013, BATİDER, ss. 227-289,

Hüffer U/ Koch Jens, Aktiengesetz, C. H. Beck, München, 2021.

Kervankıran E, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği-I", C.6, S.10, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 177-201.

Korkut Ö, “7099 Sayılı Kanun ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, 2015, C.2, S.4, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.13-23.

Kägi U/Stunder U/Tsün K, “Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Zürich, 2021, Dike Verlag AG, ss. 163-186.

Kägi U, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Dike Verlag, Zürich, 2012.

Meyer T, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Dike Verlag, Zürich, 2009.

Michalski L/ Heidinger, Andreas/ Leible, Stefan / J. Schmidt, Jessica, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), C. H. BECK, München, 2017.

Moroğlu E, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Mülazımoğlu M, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Özdin F, ”Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu (Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak)”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Özkorkut K, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

Paslı A, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2005 (Kurumsal Yönetim)

Paslı A, ”Yeni Türk Ticaret Hukuku Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, C. 27, S. 3, 2011, BATİDER, ss. 137-170. (Genel Hükümler ve Temel İlkeler)

Pulaşlı H, "Sermayesiz" Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler” C. 34, S. 2, 2018, BATİDER.

Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Schwarzfischer Fabian B., “Verdeckte Gewinnausschüttungen im Aktienrecht” Das Spannungsverhältnis zwischen Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, 2014.

Sevi, A M, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013

Spindler G/ Stilz E, Kommentar zum Aktiengesetz, Band: 1, C. H. Beck, München 2019.

Tamer A, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, S. 102, 2012, TBB Dergisi.

Toraman Çolgar E, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

Türk A, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Yanlı V, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

ADİ KONKORDATONUN YERİNE GETİRİLMESİ AMACIYLA ATANAN KAYYIM

The Appointed Trustee for the Fulfillment of Ordinary Concordat

Arş. Gör. Tahsin MAVZER*

Öz: 7101 sayılı Kanun, yeni konkordato hükümlerini hukukumuza kazandırmıştır. Bu hükümlerle gelen yeniliklerden birisi konkordatonun tasdikiyle borçluya "kayyım" atanabilmesidir. Konkordatonun tasdiki sürecinin sonrasında, tasdik kararıyla, mahkemeye, konkordatonun yerine getirilmesinin sağlanması hususunda, gözetim, denetim yetkilerine sahip veya tasfiye tedbirlerini alabilecek bir kayyım atama yetkisi verilmiştir.
Bu çalışmada, 7101 sayılı Kanun ile değişen İİK m. 306/2 hükmünde mahkemeye verilen kayyım görevlendirme yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Düzenlemedeki kayyımlık ile diğer hukuki kurumların arasındaki benzerlik ve farklılıklara işaret edilmektedir. Böylece kayyımlığa ilişkin uygulanacak hükümlerin tespiti yapılmaktadır. Kayyımın görevlerinin sınırlarına ilişkin açıklamalarla kurum ele alınmaktadır. Kayyımın işlemlerine karşı gidilebilecek hukuki çarenin ne olduğu doktrindeki görüşler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ardından kayyımın hukuki sorumluluğu ve cezai sorumluluğuna değinilmektedir.
Anahtar Kelimeler: Adi Konkordato, Konkordatonun Tasdiki, Kayyım, İcra Organı.

Abstract: Code No. 7101 brought the new concordat provisions to our law. One of the innovations that came with these provisions is that a "trustee" can be appointed to the debtor with the approval of the concordat. With the approval decision, the court has been given the authority to appoint a trustee who has the powers of oversight and control or who can take liquidation measures to ensure the execution of the concordat.
In this study, the legal nature of the authority to appoint trustees given to the court in the EBL 306/2, amended by Code No. 7101, is evaluated. The similarities and differences between the trusteeship and other legal institutions in the regulation are pointed out. Thus, the provisions to be applied regarding the trusteeship are determined. The institution is discussed with explanations regarding the limits of the duties of the trustee. The legal remedy that can be taken against the actions of the trustee is evaluated within the framework of the views in the doctrine. Then, the legal and criminal liability of the trustee is mentioned.
Keywords: The Ordinary Concordat, The Court's Approval of a Concordat, Trustee, Organ of Execution.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, tmavzer@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5951-5987.
Makale Geliş Tarihi: 01.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 11.05.2022

GİRİŞ

7101 sayılı Kanun, yeni konkordato hükümlerini hukukumuza kazandırmıştır. Bu hükümlerle gelen yeniliklerden birisi konkordatonun tasdikiyle borçluya "*kayyım*" atanabilmesidir. Konkordatonun tasdiki kararıyla, mahkemeye, konkordatonun yerine getirilmesinin sağlanması hususunda, gözetim, denetim yetkilerine sahip veya tasfiye tedbirlerini alabilecek bir kayyım atama yetkisi verilmiştir. Bu düzenleme esasında tam anlamıyla bir yenilik değildir. Çünkü 7101 sayılı Kanun öncesindeki konkordato hükümlerinde 4949 sayılı Kanun'la eklenmiş benzer bir hüküm bulunmaktaydı. Ancak kayyım kavramının kullanılması, yeni konkordato düzenlemelerinin getirdiği bir yeniliktir.

Günümüzde bu hükmün uygulama alanı oldukça yaygınlaşmıştır. Yeni konkordato hükümlerinin sıklıkla uygulanması ve konkordato süreçlerinin tasdik ile sonuçlanmasıyla konkordatoda kayyımlık kurumu hukukun gündeminde yer edinmektedir.

7101 sayılı Kanun ile değişen İİK'nin 306/2 hükmü çerçevesinde mahkemeye verilen kayyım görevlendirme yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerin yapılacağı bu çalışmada, kayyımlık ile diğer hukuki kurumların arasındaki benzerlik ve farklılıklara işaret edilecektir. Böylece kayyımlığa ilişkin uygulanacak hükümlerin tespiti yapılacaktır. Kayyımın görevlerinin sınırlarına ilişkin açıklamalarla kurum ele alınacaktır. Kayyımın işlemlerine karşı gidilebilecek hukuki çarenin ne olduğu doktrindeki görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir. Ardından kayyımın hukuki ve cezai sorumluluğuna değinilecektir.

I- KONKORDATODA KAYYIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- DÜZENLEMENİN GELİŞİMİ VE AMACI

Adi konkordatonun tasdiki sonrası konkordatonun yerine getirilmesini sağlayacak kişi, konkordato borçlusudur[1]. Ancak hukukumuzda tasdik incelemesini yapan mahkemeye, konkordatonun yerine getirilmesi için bir kişiyi atayabilme takdir yetkisi verilmiştir. Bu imkân, 4949 sayılı Kanun ile 2004 sayılı İİK'nin 303. maddesinde değişiklik yapılarak sağlanmıştır.

4949 sayılı Kanun ile İİK'nin eski 303. maddesinin üçüncü fıkrasıyla -günümüzdeki şekliyle "*kayyım*"- bir kişinin atanabilmesi imkânı getirilmişti. Buna göre, konkordatonun tasdik edilmesi durumunda konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için "*komiser*" veya "*uzman bir kişi*"nin gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevlendirilebileceği düzenlenmişti. Bu düzenlemede atanacak kişi "*kayyım*" olarak nitelendirilmemiş, "*komiser*" veya "*uzman bir kişi*" olacağı

[1] Daniel Oehri, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schultess Verlag, Zürich, 2018, pn. 43.

ifade edilmişti. Bu düzenleme tasarı halindeyken atanacak kişi, "*komiser*" veya "*bir üçüncü kişi*" olarak düzenlenirken, adalet komisyonunda düzenleme "*uzman bir kişi*" şeklini almıştı[2]. Buradaki "*komiser*" kavramından konkordato sürecinde görev almış komiser anlaşılabilmekteydi. Komisyonda tasarıdaki "*üçüncü kişi*" düzenlemesinin "*uzman bir kişi*" olarak değiştirilmesi, üçüncü kişinin uzman olması gerektiği gerekçesine dayanmaktaydı. Konkordatonun tasdiki ile birlikte bu şekilde bir kişinin atanması imkânının getirilmesinin gerekçesi ise, bu görevlendirilen kişinin sunacağı raporların alacaklılar tarafından incelenebilmesi olarak belirtilmişti[3]. Böylece alacaklılar, konkordato süreci hakkında bilgi sahibi olabilecekti. Mahkemenin konkordatonun tasdiki kararından sonra konkordatonun yerine getirilmesini uygulamada denetleyememesinin sorunlara neden olduğu belirtilerek o dönem bu düzenleme doktrinde isabetli bulunmuştu[4].

7101 sayılı Kanun ile konkordato hükümlerinde kapsamlı değişiklik yapılmıştır. Bu çerçevede İİK'nin 306. maddesinin ikinci fıkrasında eski düzenleme ile paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu değişikliklerde konumuz bağlamında göze çarpan husus, atanacak kişinin "*kayyım*" olarak düzenlenmesidir[5]. Düzenlemenin kayyım kavramını kullanması, hâkimin takdir yetkisine dayanması ve kazuistik olmaması, birtakım tartışmaların yapılmasına sebep olmaktadır. Bu çalışmada bu hususlar değerlendirilecektir.

Düzenlemenin lafzından atanan bu kişinin yetkilerini, konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla kullanacağı açıkça çıkarılabilmektedir. Buradan hareketle doktrinde kayyımın atanma amacıyla, kesin mühletin amacının aynı doğrultuda olduğu belirtilmiştir. Kesin mühletin borçlunun mali durumunun iyileşebileceği öngörüsüyle verilmesi durumunda, komiserin yetkileri gibi tasdik kararında da kayyıma, "*gözetim ve yönetim*" yetkilerinin verilebileceği, alacaklı ile borçlunun anlaşabilmesi için kesin mühletin verilmesi durumunda ise tasdik kararında bu anlaşmanın yerine getirilebilmesi için kayyıma

---

2 "*…2004 sayılı Kanunun 303 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki "bir üçüncü kişi" ibaresi, bu kişinin uzman olması gerektiği düşünülerek "uzman bir kişi" şeklinde değiştirilmiş…*" (Adalet Komisyonu Raporu'nda yer alan bu ifade için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss225m.htm), Sema Taşpınar, "Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", C. 22, S. 2, 2003, BATİDER, ss. 49-92, s. 86, dn. 90.

3 Gerekçe için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss225m.htm, (s.e.t 10.10.2021).

4 Taşpınar, 2003, s. 86;, Süha Tanrıver "4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adî Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi", S. 51, 2004, TBB Dergisi, ss. 67-90, s. 84. 4949 sayılı Kanun ile hukukumuza giren bu kurum Amerikan yeniden yapılandırma sisteminin bir yansımasıdır (Sema Taşpınar Ayvaz, İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara, 2005, s. 254).

5 Bu kavram hakkındaki değerlendirmeler için bkz. aşa. I, B, 3.

"*tasfiye yetkilerinin*" verilebileceği ifade edilmiştir. Böylece kesin mühlette komiserin gerekli önlemler çerçevesinde yetkilendirilmesiyle tasdik durumunda kayyımın yetkilendirilmesinin aynı doğrultuda olabileceği ifade edilmiştir[6].

Konkordatonun yerine getirilmesi bir yandan alacaklıların yararınadır. Kayyımın konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için atanması da alacaklıların menfaatini koruma ve gözetme amacına dayanacaktır[7]. Bunun yanında konkordato borçlusu, konkordatodan borçlarını yapılandırarak yararlanmaktadır. Buna ek olarak konkordatonun başarı ile yerine getirilmesi ve projeye uyulmasında, genel ölçekte, kamunun menfaati ortaya çıkar. Çünkü konkordato prosedürü sonucunda verilen tasdik kararına uyulmaması konkordatonun amacını[8] da riske atacaktır. Bu menfaatler, projenin gerçekleştirilmesinin önemini arttırır ve kayyım atanmasını mümkün kılar[9]. Kayyım, konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla atandığından, konkordato ile ulaşılmak istenen amaca hizmet eder. Sonuç olarak kayyım atanmasında, alacaklıların, borçlunun ve kamunun menfaatlerinin korunmasının[10] amaçlandığı ifade edilebilir.

---

6 Hakan Pekcanıtez/Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, 2018, s. 52-53.

7 Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 7. Basım, İstanbul, 2020, s. 503; Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 141.

8 Konkordato, mali olarak sıkıntıda bulunan borçluların ve işletmelerin bunu iflas dışında bir yolla aşabilmesi için öngörülmüş hukuki bir lütuftur (M. Serhat Sarısözen, Konkordato, 5. Basım, Ankara, 2021, s. 101). Mali sıkıntının aşılması borçluya hitap eden bir yön teşkil ederken, alacaklının alacağına kısmen veya vadeyle ulaşabilmesi alacaklıya hitap eden bir yöndür. Hukuk düzeninin bu şekilde sosyal barış ve güvenliği sağlaması, işsizliği bir şekilde engellemesi gibi amaçlar da konkordatonun kamusal yönünü gösterir (Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara, 1993, s. 5). Bu çerçevede konkordato, günümüzde bu menfaatlerin bağdaştırıldığı, yani işletmelerin devamlılığının ve iyileşmesinin sağlanmasının, alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin gerçekleştirilmesinin prosedüre bağlandığı bir hukuki kurumdur (Nurullah Bal, "Adi Konkordato Çerçevesinde Kayyım", C. 4, S. 2, 2021, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 390-414, s. 392). Konkordato menfaatlerin korunmasını ve dengelenmesini amaçlayan sosyal politika aracıdır (Tanrıver, 1993, Konkordato Komiseri, s. 5). Konkordatonun amacına ilişkin açıklamalar için bkz. Emsalgül Doğan, Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, Ankara, 2020, s. 7-10. İsviçre'de SchKG art. 293a/3'e göre konkordato, borçlunun yeniden yapılandırılmasını veya konkordatonun tasdikini amaçlamaktadır (Oehri, 2018, pn. 15).

9 Bal, 2021, s. 392; Taşpınar, 2003, s. 87-88; Doğan, s. 276, dn. 730.

10 Bal, 2021, s. 395.

B- KONKORDATODAKİ KAYYIMIN DİĞER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI VE İSİMLENDİRME SORUNU

1. Konkordatoda Kayyım Atanmasının Borçlunun Fiil Ehliyeti ve Tasarruf Yetkisi Bakımından İncelenmesi

Konkordatonun tasdiki kararını verecek mahkeme, kararında gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla yetkili bir kayyım atayabilecektir (İİK m. 306/2). Bu düzenlemede atanacak olan kayyımın yetkileri, borçlunun fiil ehliyetini mi, yoksa tasarruf yetkisini mi kısıtladığının tespiti yapılmalıdır. Çünkü düzenleme metninde vesayete ilişkin bir hukuki kurum olan "*kayyım*" ifadesine yer verilmesi, bu hususun değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Öncelikle fiil ehliyeti, kişinin medeni haklarını bizzat kullanabilmesi, bu kullanım neticesinde kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratabilmesidir (TMK m. 9 vd.). Bir başka ifadeyle fiil ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyeti olarak ifade edilebilir. Bir kimsenin, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması ile kısıtlı olmaması fiil ehliyetini haiz olup olmadığını belirler. Fiil ehliyetinin içeriği, bazı ayrımlar yapılmasına imkân verir. Bunlar hukuki işlem ehliyeti, tasarruf ehliyeti ve hukuka aykırı fiilden sorumlu olma ehliyetidir. Çalışmamız kapsamında fiil ehliyetinin bir ayrımı olan tasarruf ehliyeti ile farklı bir kavram olan tasarruf yetkisi kavramlarına dikkat çekmek gerekir.

Fiil ehliyetinin bir ayrımı olan tasarruf ehliyeti, geçerli bir tasarruf işleminin yapılabilmesi için kişinin sahip olması gereken şartları ifade eder[11]. Tasarruf yetkisi ise, kişinin tasarruf etmek istediği şey ile ilişkisidir. Tasarruf işleminin konusuna kişi, doğrudan etki edilebiliyorsa tasarruf yetkisi vardır. Ancak o şey veya hak üzerinde kişinin, kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple devir-değişiklik yapamaması ya da o şey veya hakka son verememesi söz konusuysa tasarruf yetkisinin yokluğu söz konusu olur[12]. Bu iki hukuki kavramın birtakım farklılıkları şu şekilde ifade edilebilir. Öncelikle tasarruf ehliyeti kişi ile ilgili niteliklerin varlığına ilişkindir. Tasarruf yetkisi ise, kişi ile hak veya eşya arasındaki bağdır. Tasarruf ehliyetinin sınırlanması kişiyi korumaya yönelikken, tasarruf yetkisinin sınırlanması üçüncü kişiyi korumaya yöneliktir. İşlemin yapılması esnasında kişinin tasarruf ehliyeti bulunmalıdır ve bu işlemin geçerlilik unsurudur. Tasarruf yetkisi, hukuki sonuç doğurma anında bulunmalıdır. Tasarruf işlemi anında olmayan tasarruf ehliyetinin sonradan kazanılması işlemi geçerli

[11] Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 18. Basım, İstanbul, 2017, s. 50.

[12] Emel Şeyda Elgün Toğrul, Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara, 2021, s. 36;, M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, 16. Basım, İstanbul, 2016, s. 51.

kılmazken, tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması veya tamamlanması işlemi, kendiliğinden geçerli kılar. Tasarruf ehliyetinde yasal temsilcinin varlığı durumunda kural olarak işlemin yapılma anında yasal temsilcinin rızası gerekir ve bu rıza işlem yapılıncaya kadar geri alınabilir. Tasarruf yetkisinin lehine sınırlandırıldığı üçüncü kişinin rızası, tamamlayıcı unsurdur ve işlemi kural olarak geçerli kılar[13]. Bu üçüncü kişi rızasını kural olarak geri alamaz. Tasarruf ehliyetinin olmaması işlemin kural olarak kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktayken, tasarruf yetkisinin olmaması işlemin yerine getirilmesini engeller[14].

Çalışmamız kapsamında konkordatonun tasdikinden sonra atanacak olan kayyımın, borçlunun fiil ehliyetini veya tasarruf yetkisini etkileyip etkilemediğinin değerlendirilmesi yapılmalıdır. Konkordatonun etkileri, geçici mühletin verilmesiyle başlamaktadır. Geçici mühlet kesin mühletin hukuki sonuçlarını da doğurmaktadır. Geçici mühletin verilmesinden tasdik kararının verilmesine kadar geçen süre içerisinde konkordato komiseri görevlendirilmektedir. Bu komiserin görevi, kural olarak borçlunun işlemlerine nezaret etmektir. Bu nezaret görevi yerine, mahkemece bazı işlerin komiserin izniyle veya işletme faaliyetinin komiserce yürütülmesine karar verilebilir (İİK m. 297/1). Konkordato mühletinin verilmesi borçlunun fiil ehliyetinin sınırlanması sonucunu doğurmamaktadır[15]. Konkordato komiserinin yetkili kılındığı hususlarda borçluyla arasında temsilcilik ilişkisi bulunmamaktadır[16]. Mühlet sürecinde borçlu, kural olarak tasarruf yetkisini de haizdir. Ancak İİK m. 297/2 çerçevesinde sayılan işlemler bakımından tasarruf yetkisinden yoksundur.

Konkordatonun tasdik edilmesi de borçlunun fiil ehliyetini etkilemez. Diğer bir deyişle borçlunun fiil ehliyetine konkordato etki etmez. Tasarruf yetkisi ise, konkordato projesinde ve tasdik kararında aksine bir hüküm bulunmamaktaysa, kural olarak vardır[17]. Ancak borçlunun tasarruf yetkisi, konkordato projesiyle birtakım malvarlığı unsurları üzerinden sınırlanabileceği gibi, birtakım işlemler bakımından mahkeme tarafından kayyıma devredilebilecektir. Bunun çerçevesi hâkimin takdir yetkisiyle çizilecektir.

a. Konkordatodaki ve TMK'deki Kayyımlığın Karşılaştırılması

Kanun koyucu, çalışmanın konusunu oluşturan İİK m. 306/2 hükmünde, konkordatonun yerine getirilmesi için mahkemece atanabilecek kişiyi kayyım olarak düzenlemiştir. Kanun'un bu şekilde bir

13 Dural/Öğüz, 2017, s. 51.

14 Dural/Öğüz, 2017, s. 51; Hakan Albayrak, İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara, 2020, s. 112-113.

15 Tanrıver, 1993, s. 111.

16 Detaylı açıklamalar için bkz. Tanrıver, 1993, s. 109-112.

17 Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 2020, s. 517.

kavram kullanmasına ilişkin tartışmalara ileride değineceğiz. Bunu bir yana bırakacak olursak bu düzenleme ile TMK'nin kayyımlığa ilişkin hükümlerinin karşılaştırılması konunun incelenebilmesi için faydalı olacaktır.

i. Genel Olarak TMK'daki Kayyımlık

TMK'nin kayyımlık hükümleri, kişilerin sınırlı-özel durumlardaki ihtiyaçlarını karşılama amacını taşıyan vesayet önlemini düzenler. Farklı engellerin kaldırılması, temsil ve koruma ihtiyaçlarının karşılanması için öngörülmüş olan kayyımlık çok şekilli bir hukuki kurumdur[18]. Kayyım, vesayet organı olduğundan, kişinin bakımını, kişiye özen gösterilmesini, kişinin malvarlığı yararlarının korunmasını ve temsilini gerçekleştirir[19]. Bu bakımdan kayyımın atanması koruma amacına dayanır.

TMK m. 427'e göre kayyım tayinini gerektirecek olguların gerçekleşmesiyle kayyım ataması resen gerçekleştirilecektir. Bunun dışında kayyım atanma kararının mahkemece istek üzerine verilebilmesi, kendisine kayyım ataması yapılacak kişide kısıtlılık sebeplerinin olmasını gerektirir (TMK m. 428). Bu bakımdan isteğe bağlı kayyım, kısıtlılık sebepleri ve kişinin talebi varsa hâkimin takdir yetkisiyle atanabilir. İsteğe bağlı kayyımın atanmasında bu şartlar kümülatif (birlikte) olarak gerçekleşmelidir. Resen kayyım atanmayı gerektiren durumlarda hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir[20].

Kayyım, kural olarak doğrudan kendisine kayyım atanan kişinin menfaatini koruma amacıyla atanmaktadır[21]. Bu amaç esasında kayyımın hukuki niteliğinin tespitinde yol gösterici olacaktır. Kayyım, bir vesayet organıdır. Bu vesayet türü, kişiye en hafif müdahalenin yapıldığı bir koruma önlemidir[22]. Kayyımın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde temsil niteliğinde olup olmadığına ilişkin bir tartışma bulunmaktadır[23].

---

18 M. Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, 2006, s. 2.

19 Özge Yücel, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara, 2011, s. 9; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Basım, Ankara, 2015, s. 1325-1326.

20 Gümüş, s. 6.

21 Öztan, s. 1326.

22 Yücel, s. 9.

23 Tartışmalar için bkz. Yücel, s. 9, dn. 18. Şöyle ki doktrinde bir görüş kayyımlığın yasal temsil ilişkisi tesis etmediğini, belirli işlerin görülmesini sağlamak için atandığını belirtmektedir (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Basım, İstanbul, 1965, s. 558; Cansu Atıcı, Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara, 2021, s. 237). Bugün hâkim olan diğer bir görüşe göre ise, kayyımın yasal temsilci olduğunu ileri sürmektedir (Gümüş, s. 14, 69; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 4. Basım, İstanbul, 1982, s. 660). Bu yöndeki bir başka görüşe göre ise, kayyımın kişinin, sadece bir malın yönetimi veya belli bir ya da birkaç işin görülmesi için tayin olunmasını iradi temsile yaklaştırdığını ileri sürmektedir. Çünkü bu görüşe

TMK'ye göre kayyım, belli işler için temsil kayyımı olarak(TMK m. 426), malvarlığının yönetilmesi için yönetim kayyımı olarak (TMK m. 427) veya bu iki işi de içeren karma kayyım olarak[24] atanabilir. Kayyıma belirli faaliyetin kontrolü görevi yüklenmiş ise kontrol kayyımı, işlemlere katılma görevi verilmiş ise katılım kayyımı olarak nitelendirilebilir[25]. TMK'deki kayyımlık düzenlemelerinden kayyımlık türlerine ulaşılabilmektedir. İlk olarak temsil kayyımlığı ele alınacak olursa, temsil kayyımlığı, TMK m. 426'da belirtilen durumlarda veya kanun tarafından öngörülen diğer durumlarda atanabilmektedir[26]. TMK m. 426'da kendisine kayyım atanan kişinin, işlem tesisi için elverişsiz bir durumu bulunmaktadır. Bu çerçevede doktrinde temsil kayyımının yasal temsilci olduğu ifade edilmektedir[27]. Temsil kayyımının atanması durumunda, kayyım atanan kişinin fiil ehliyeti etkilenmez[28] (TMK m. 458/1). Temsil kayyımının atanmasını gerektiren durumlar, kişinin bir işini hızlı bir şekilde fiilen görmesine olanak olmadığı veya yetersizlik içinde olduğu durumlardır[29]. Bu bakımdan temsil kayyımlığının kişinin menfaatinin koruması amacıyla tesis edildiğine dikkat çekmek gerekmektedir[30]. Temsil kayyımlığı görevli olduğu işin bitimi veya kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalmasıyla sona erer. Kişinin ölümü veya vesayet makamının görevden alma kararı, ayrıca sona erme sebebidir.

İkinci olarak ise, yönetim kayyımlığı ele alınacak olursa, yönetim kayyımı atanabilecek durumlar TMK m. 427'de düzenlenmektedir. Bu maddede sayılan durumların sınırlı sayı ilkesine tâbi olmadığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan TMK m. 427 dışındaki durumlarda yönetim kayyımı atanabilmesi için kanun koyucunun aradığı ölçüt, malvarlığının yönetiminin kimseye ait olmaması durumudur (TMK m. 427/1). Doktrinde bir görüş, bu ölçütün malvarlığının kötü veya yetersiz yönetiminin olduğu durumlara da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir[31]. Kanun koyucunun yönetimi kimseye ait olmayan mallar şeklinde bir ölçüt koyması hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.

---

göre kayyımın vasi gibi kişinin kişiliğine özen göstermesi gerekmemektedir (Öztan, s. 1325-1326).

24 Aslı Açıkgöz, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul, 2017, s. 59.

25 Gümüş, s. 6.

26 Bu şekilde temsil kayyımı atanması gereken durumların kanun tarafından belirtilmesi gerektiği düzenlemesi nedeniyle sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. Öztan, s. 1327; Elgün Toğrul, s 336. Aksi yönde bkz. Atıcı, 2021, s. 238; Gümüş, s. 22.

27 Gümüş, s. 14-15; Elgün Toğrul, s. 325.

28 Gümüş, s. 15-16; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 5. Basım, İstanbul, 2012, s. 432.

29 Öztan, s. 1326; Gümüş, s. 22.

30 Gümüş, s. 17-18, 22.

31 Gümüş, s. 63.

Doktrindeki bu görüş, yönetim kayyımı atanmasındaki ölçütün esnetilmesine neden olmaktadır. Söz konusu ölçütün geniş bir yorumla neredeyse her kötü ve yetersiz yönetime uygulanabilir hale getirilmesi, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Diğer bir yandan ise bu ölçüt, mülkiyet hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlanmasındaki anayasal gereklilikler çerçevesinde açıklanabilir. Bu ölçüt bu temel hak ve ilkelerin korunması için konulmuştur ve yapılacak müdahalenin sınırı konumundadır. Bu ölçütün bu şekilde geniş yorumlanması temel hak ve ilkelere müdahalenin sınırını genişletecektir. Bu açıklamalar çerçevesinde kanun koyucunun hükmün uygulanması için düzenlediği ölçütün geniş yorumundan kaçınılması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekir. Yönetim kayyımı atamanın, TMK m. 427'deki ölçüt ve örnek durumların incelenmesi sonucunda, kişideki bir eksiklikten kaynaklandığı söylenebilecektir. Dolayısıyla kişinin şahsından kaynaklı sebeplerle malvarlığını yönetememesi veya bir malvarlığının malikindeki belirsizlik veya eksiklikten kaynaklı yönetilememesi durumunda yönetim kayyımının atanması gündeme gelmektedir. Yönetim kayyımı atanmaksızın başka bir şekilde malvarlığının yönetiminin mümkün olduğu (temsilci tayini vb.) durumlarda yönetim kayyımı atanamayacaktır[32]. Yönetim kayyımı, kendisine kayyım atanan kişinin yasal temsilcisidir ve kayyım atanması kişinin fiil ehliyetini sınırlamaz[33]. Yönetim kayyımının, kayyım olarak atandığı kişinin menfaatlerini de gözetmekle yükümlü olduğunu belirtmek gerekir. TMK m. 460'a göre kayyım yönetim ve gözetim göreviyle atanmışsa, olağan yönetim işleri bakımından yetkilidir. Önemli yönetim işleri bakımından ise, kayyım, işin niteliğine göre, kayyım olarak atandığı kişinin özel yetki vermesi veya vesayet makamının izin vermesiyle yetkilidir[34]. TMK m. 477/2'de yönetim kayyımlığının, kayyım atanma sebebinin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona ereceği düzenlenmektedir[35].

ii. Konkordatodaki Kayyımlık ile Karşılaştırılması

İİK m. 306/2 hükmüne göre konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla konkordatonun tasdiki kararında atanabilen kayyım, gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla yetkilidir. Kanun koyucunun bu düzenlemede kayyım şeklinde bir kavram kullanması, TMK'nin vesayet hükümlerinde yer alan kayyımlık kurumuyla karıştırılmaya müsait bir kavramdır. Bu bakımdan iki kavrama ilişkin bir karşılaştırmanın yapılması isabetli olacaktır.

---

32 Gümüş, s. 64.

33 Gümüş, s. 69.

34 Dural/Öğüz/Gümüş, 2012, s.433-434.

35 Doktrinde kayyım atanma sebebinin ortadan kalkmasının tek başına kayyımlık görevini sona erdirmeyeceği ileri sürülmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2012, s. 434).

1. TMK'deki kayyım atama süreci çekişmesiz yargı işi olup vesayet makamının kararıyla gerçekleşmektedir. Kanun koyucu kayyım atanmasını gerektiren durumlar hakkında ölçütler koymuştur. Bu ölçütlerin gerçekleşmesi halinde kayyım atanması kural olarak takdir yetkisine tâbi olmayıp bağlı yetkidir. Bu sonuca TMK m. 426 ile 427'nin "*atar*" ve "*alır*" şeklindeki lafızlarından ulaşılabilir. Konkordatoda kayyım atanması da çekişmesiz yargı işi olup karar konkordatonun tasdik incelemesini yapan mahkemece verilir. Ancak konkordatoda kayyım atanması mahkemenin takdir yetkisine tâbidir. Konkordato incelemesi sırasında mahkeme, konkordatonun yerine getirilmesi için kayyım atanması gerekliliğini ve kayyımın yetkilerinin ne olacağını takdir edecektir.

2. TMK'deki kayyım, atandığı iş ve işlemler bakımından atandığı kişinin yasal temsilcisidir[36]. Kayyım atandığı kişinin menfaatlerini gözetmektedir[37]. Bu çerçevede TMK'deki kayyımın tarafsız bir süreç yürüttüğünden bahsedilemeyecektir. Konkordatoda atanabilen kayyım ise, yasal temsilci niteliğinde olmayıp konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla atanan atipik bir cebri icra organıdır[38]. Görevini yerine getirme esnasında borçlunun menfaatlerini gözetmesi ilk etapta beklenmeyip yetkilerini tarafsız biçimde tasdik kararının yerine getirilmesi için kullanması gerekir.

3. Bir kimseye vesayet organı olan kayyımın atanması, onun fiil ehliyetini etkilemez. TMK'deki kayyım, temsil yetkisini kullanarak işlem tesis eder. Kendisine kayyım atanan kişinin fiil ehliyeti etkilenmese de kayyım atanması gereken durumlarda genellikle fiil ehliyetinin kullanılmasının önünde fiili engeller bulunmaktadır[39]. Fiil ehliyetinin kullanılmasının önündeki engeller ortadan kalktığında kayyımlığında sona ereceği ifade edilebilir (Karş. TMK m. 477). Konkordatodaki kayyımlıkta ise, konkordatosu tasdik edilen borçlunun fiil ehliyeti etkilenmemekle birlikte, kural olarak fiil ehliyetini kullanmasının önünde de fiili bir engel de bulunmamaktadır. Ancak konkordatoda kayyım atanmasının, özellikle kayyıma gözetim veya yönetim yetkisi verilmişse, borçlunun tasarruf yetkisini etkilediği söylenebilir[40].

4. TMK'deki kayyımın işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyet yolu öngörülmüştür (TMK m. 461). Ayrıca şikâyet üzerine verilen kararlara karşı denetim makamına itiraz yolu bulunmaktadır. İtiraz üzerine verilen kararlara karşı da kanun yolu açıktır[41]. Konkordatoda

36 Elgün Toğrul, s. 324.

37 Öztan, s. 1265.

38 Daniel Hunkeler/Georg J. Wohl, "Art. 314", Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK - Schulthess Kommentar, Zürich-Basel-Genf, 2017, ss. 1843-1851, pn. 24. Bu konuda bkz. aşa. I, C, 2.

39 Gümüş, s. 292.

40 Hunkeler/Wohl, 2017, pn. 23.

41 Gümüş, s. 315.

kayyımın işlemlerine karşı şikâyet yolu kanunun lafzında düzenlenmemiştir. Doktrinde hâkim görüşe göre, kayyımın işlemlerine karşı, konkordato tasdik incelemesini yapan mahkemeye şikayet yoluyla başvuru mümkündür[42] (Kıyasen İİK m. 16). Ancak bu hususta kıyas yapılmasını gerektiren bir boşluğun olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Bu hususa ilişkin değerlendirmelerimize aşağıda yer vermekteyiz[43].

5. TMK'deki kayyımın atanmasının ilan edilmesi hâkimin takdirindedir (TMK m. 431/2). Kanun koyucu konkordatodaki kayyımın tasdik kararında atanmasını düzenlemektedir (İİK m. 306/2). Bu sebeple tasdik kararının ilan edilmesi, İİK m. 306/3'de düzenlendiğinden, konkordatoda kayyım atanma kararı da ilan edilir. Tasdik kararı sonrasında kayyımın atanabileceği doktrinde ileri sürülmektedir[44]. Tasdik kararı sonrası kayyım atanmasına ilişkin değerlendirmelerimizi ileride yapacağız[45].

6. TMK'deki kayyımın atanması durumunda TMK m. 458/2'ye göre, atanan kayyımın yapacağı iş göz önünde bulundurularak, mahkemece ücret takdir edilir. Konkordatodaki kayyımın atanmasında ise ücret hakkı kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Bu kayyımın ücret hakkının olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Mahkeme kararında kayyımın ücretini, kayyıma verdiği yetkilerin ve iş yükünün ağırlığına göre belirlemelidir[46]. Ancak burada bir belirsizlik söz konusudur. Kayyıma uygulanacak ücret tarifesinin belirlenerek sorunun giderilmesi gereklidir.

b. Konkordatodaki Kayyımlık ile Yasal Danışmanlığın Karşılaştırılması

i. Genel Olarak Yasal Danışman

Yasal danışman, ergin kişilerin ayırt etme gücünü ortadan kaldırmasa da önemli bir ölçüde engelleyen bir sağlık sorununun olması durumunda, onlara birtakım tasarruflarda[47] yardım etmek için atanan

---

42 Hunkeler/Wohl, 2017, pn. 24; Bal, 2021, s. 401; Mustafa Okan Yağcı, "Uygulamadan Örneklerle Konkordato Kayyımı", C. 8, S. 1, 2021, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 329-355, s. 348; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 2020, s. 523.

43 Bu konuda bkz. aşa. IV.

44 Bal, 2021, s. 396.

45 Bu konuda bkz. aşa. II.

46 Bal, 2021, s. 405; Buna benzer bkz., Özlem Kayhan Çetin, İflasın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık, Ankara, 2011, s. 97.

47 TMK m. 429'da 9 bent halinde söz konusu tasarruflar, sınırlı sayı ilkesiyle belirtilmiştir (Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, 2. Cilt Aile Hukuku, 21. Basım, İstanbul, 2019, s. 31).

kişidir[48]. Yasal danışman atanacağı durumlar, kişinin kısıtlanmasını gerektirmez. Ancak erginin yararının korunması için bazı işlemlerde oyunu alacağı veya malvarlığını yönetecek kişinin atanması gerekmektedir[49]. Yasal danışmanlık kurumu geniş anlamda kayyımlık kavramı içerisinde değerlendirilse[50] de esasında bir vesayet kurumu olarak bağımsız niteliktedir[51]. Yasal danışmanlık, vesayet organlarının ehliyeti sınırlama etkisi bakımından vasi atanmasından daha hafif, kayyım atanmasından ise daha ağır bir vesayet tedbiridir[52]. Kendisine yasal danışman atanmış kişiler, sınırlı ehliyetlidir[53]. Kendisine yasal danışman atanan kişinin fiil ehliyeti ortadan kalkmayıp, bazı tasarruflar bakımından ehliyetin sınırlanması sonucu doğmaktadır[54]. Yasal danışmanlıkta hüküm bulunmayan hallere vesayete ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Bu çerçevede yasal danışmanın atanmasında kişinin yerleşim yeri vesayet makamı yetkilidir. Yasal danışmanın görev süresi, vasilikte olduğu gibi iki yıldır (Kıyasen TMK m. 456/1). Yasal danışmanlık görevi, sebebin ortadan kalkmasıyla veya vesayet makamının kararıyla sona erer (TMK m. 477/2) ve yasal danışman atanması kararı hâkim tarafından ilan edilmişse sona erdiğinde de ilan edilmelidir (TMK m. 431).

Yasal danışmanlığın iki türü kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. İlk türü olan oy danışmanlığında, TMK m. 429'un dokuz bent halinde düzenlediği işlerde, kişi, oy danışmanının onayıyla işlem yapabilir. Oy danışmanı, yasal danışmanı olduğu kişinin yerine işlemleri tek başına yapamaz. Oy danışmanı, kişinin yasal temsilcisi değildir[55]. Kişinin yaptığı işlemlere onay veya icazet vererek görevini yürütür. Oy danışmanının onayı bir şekle tâbi olmayıp, onaylamadığı işlemler hükümsüzdür[56]. Oy danışmanı atanan kişinin fiil ehliyeti, TMK m. 429'da sayılan işlemler haricinde tamdır[57].

İkinci türü ise, yönetim danışmanlığıdır. Yönetim danışmanı, yasal danışman olarak atandığı kişinin malvarlığının yönetimi ile görevlidir. Kişinin malvarlığının yönetimi konusunda ehliyeti yoktur. Ancak bunun dışındaki işlemler için kişinin ehliyeti tamdır[58]. Yönetim danışmanının

48 Açıkgöz, 2017, s. 65, dn. 200.

49 Öztan, s. 1264.

50 Dural/Öğüz/Gümüş, 2012, s. 424.

51 Dural/Öğüz/Gümüş, 2012, s. 435. Kanun koyucu vesayet organı olarak saymasa da doktrinde yasal danışman vesayet organı olarak kabul edilmektedir (Öztan, s. 1263).

52 Açıkgöz, 2017, s. 66.

53 Öztan, s. 39.

54 Öztan, s. 264, 1341.

55 Atıcı, s. 246; Elgün Toğrul, s. 342.

56 Öztan, s. 1344.

57 Öztan, s. 1346.

58 Öztan, s. 1346.

atanmasıyla kişinin malvarlığının zarar görmesinin engellenmesi amaçlanır[59]. Kişinin oy danışmanlığıyla yönetim danışmanlığındaki ehliyet sınırlaması karşılaştırıldığında, yönetim danışmanı atanması kişinin fiil ehliyetinin daha çok sınırlandığı bir durumdur. Yönetim danışmanı malvarlığının yönetimi konusunda kişinin yasal temsilcisi niteliğini taşır[60]. Bir başka değişle malvarlığının yönetimi hususunda yönetim danışmanı işlemleri kişinin yasal temsilcisi sıfatıyla yapar. Kişi, malvarlığının yönetiminde fiil ehliyetine sahip olmasa da o malvarlığından ve kişisel emeğinden elde ettiği geliri tasarruf ederken fiil ehliyetini haizdir[61].

Uygulamada ve doktrinde kabul edilen üçüncü tür de tam (karma) danışmanlıktır. Bu esasında oy danışmanlığı ile yönetim danışmanlığının birleşimi sonucu, onlardan daha ağır bir vesayet tedbiri türüdür. Kendisine tam danışman atanan kişinin, malvarlığının yönetimi ile ilgili ve TMK m. 429/1'deki işlemleri yapamayacağı, ancak bu işlemler dışındakileri yaparak gelirleri üzerinde tasarruf edebileceği kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle oy danışmanının veya yönetim danışmanının görevinin kapsamına giren hususlarda, yani tam danışmanın görev sahasında, kişinin fiil ehliyeti sınırlamalara tâbidir[62].

ii. Konkordatodaki Kayyım ile Yasal Danışmanın Karşılaştırılması

Konkordatoda atanan kayyım ile bir kimseye atanan yasal danışman şu şekilde bir karşılaştırmaya tâbi tutulabilir.

1. Yasal danışman kişinin kısıtlanmasına yeterli bir sebep bulunmamakla birlikte malvarlığının veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin korunması amacıyla atanmaktadır[63]. Konkordatonun tasdiki sonrasında atanan kayyım ise, konkordatonun yerine getirilmesi aşamasında borçlunun davranışlarıyla konkordatoya zarar vermemesi ve borçlunun faaliyetlerini bağımsız bir kişinin rapor etmesi amacıyla atanır. Konkordatonun yerine getirilmesinde borçlunun, alacaklıların ve kamunun menfaati olduğundan kayyım, bunu sağlamak için atanır.

2. Bir kimseye yönetim danışmanı atanması, yasal temsilci atamasıdır. Oy danışmanı da TMK m. 429/1 hükmündeki sınırlı işlemlerin tesisi esnasında borçlunun menfaatlerini gözetmek için atanmaktadır. Oy danışmanının onayıyla işlemler geçerli hale gelmektedir. Bu bakımdan yasal danışmanlık etkilerini kişinin fiil ehliyetinde doğurur. Oysaki konkordatoda kayyım atandığında, gözetim

59 Öztan, s. 1346.

60 Öztan, s. 1346.

61 Açıkgöz, s. 65; Öztan, s. 1347.

62 Akıntürk/Ateş, s. 503.

63 Kayhan Çetin, s. 37.

kayyımı işlemlere onay verme görevini üstlenmemekte sadece düzenli raporlarla konkordatonun yerine getirilmesini takip etmektedir. Yönetim kayyımı ise, borçlunun fiil ehliyetini malvarlığı üzerinde sınırlamamaktadır. Kişinin tasarruf yetkisi malvarlığının yönetiminden kaldırılarak öncelikli olarak kişinin menfaati çerçevesinde değil, konkordatonun yerine getirilmesi çerçevesinde işlemler yapılmaktadır. Sonuç olarak yasal danışman bir vesayet organı iken, konkordatoda kayyım atanması atipik bir cebri icra organı niteliğindedir.

3. Yasal danışman atanmış kişinin, oy danışmanı onay vermezse ya da yönetim danışmanı işleme katılmazsa yaptığı hukuki işlem hükümsüzdür. Konkordato kayyımı atanmış kimsenin, tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı alanla ilgili yaptığı borçlandırıcı işlem geçerlidir, ancak yerine getirilemeyecektir. Burada konkordato kayyımına verilen yetkiler önem taşımaktadır.

4. Kişiye yasal danışman atanması, kişi hakkında kısıtlılık kararı verilmesini gerektiren sebeplerden daha hafif sebeplerin olmasına dayanır (TMK m. 429 vd.). Oysaki konkordatoda kayyım atanması kişideki bu şekildeki bir sebebe dayanmayıp, konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla mahkemenin takdirine bağlıdır.

5. Yasal danışman atanması hâkimin takdiriyle ilan edilebilecekken, konkordatoda kayyım ataması kural olarak tasdik kararıyla birlikte ilan olunur.

2. Konkordatodaki Kayyımın İsimlendirme Sorunu

İİK m. 306/2 hükmünde tasdik kararının gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini alacak bir kayyımın atanmasını içerebileceği düzenlenmektedir. Bu çalışmada, düzenlemede kayyım kavramının kullanılmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle daha önceki açıklamalarımızda tasdik kararında bu yetkilere sahip bir kişinin atanabilme imkânının 4949 sayılı Kanun ile düzenlendiğine değinmiştik. Düzenlemenin bu ilk halinde atanacak kişi, komiser veya uzman bir kişi olarak düzenlenmişti[64]. Sonrasında ülkemizde 7101 sayılı Kanun ile konkordato kurumuna ilişkin yapılan değişikliklerde çalışma konumuza karşılık gelen İİK m. 306/2 hükmünde kayyım kavramı kullanılmıştır. Doktrinde bu kavramın kullanılmasını isabetli bulan ve eleştiren yazarlar bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, burada kayyım kavramının kullanımı bilinçli bir tercihtir. Çünkü tasdikten sonra atanacak kişi olan kayyımın görev ve fonksiyonu ile tasdik öncesindeki komiserin görev ve fonksiyonu farklıdır. Komiser tasdik öncesinde görev almakta ve Kanun'da sayılı işlemleri gerçekleştirmektedir[65].

[64] Bu düzenleme 7101 sayılı Kanun'dan önce, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 303. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktaydı.

[65] Ali Cem Budak/Serdar Kale, "Madde 306", Yeni Konkordato Hukuku, Selçuk Öztek (ed.), 2. Basım, Ankara, 2019, s. 544.

Kayyım ise, konkordatonun yerine getirilmesinde görev almaktadır[66]. Doktrinde başka bir görüşe göre, kayyım kavramının kullanılması hukuki bir isabetsizlik olarak nitelendirilemezse de bu kavramın ifade ettiği teknik anlam gereği yeni bir kavramın kanun koyucu tarafından kullanılması isabetli olacaktır. Bu görüş, kayyım yerine konkordato icra görevlisi[67] şeklinde yeni bir kavramın kullanılmasını önermektedir[68]. Doktrinde diğer bir görüşe göre, kayyım kavramının kullanılması kısmen bilinçsiz, kısmen de bilinçli bir tercihtir. Çünkü gözetim yetkisiyle atanan kişi, esasında kayyım olarak anılabilecek nitelikte yetkilere sahip değildir. Bu kişileri denetçi olarak anmak daha doğrudur. Yönetim yetkisi verilen kişiler bakımından ise, kayyım kavramı kullanılabilmelidir[69]. Bu görüşe göre iflasın ertelenmesi kurumunda bulunan kayyımlık, İİK'ye ilk defa o zaman kavram olarak girmiştir. O dönem uygulamada bu kişilerin yetkilerini aşarak kötü neticelere sebep oldukları ileri sürülmektedir[70]. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre ise, bu kavramın kullanılması isabetsizdir[71]. Bu görüşe göre "*denetçi*" kavramının kullanımı daha isabetlidir[72].

İsviçre'de olağan konkordatonun düzenlendiği SchKG'nin 341. maddesinin üçüncü fıkrasında çalışmamızın konusunu oluşturan İİK m. 306/2'nin mehazı düzenlenmektedir. SchKG m. 314/3'ün "*Konkordatonun gerçekleşmesini tatbik ve güvence altına alma için gözetim, yönetim ve tasfiye yetkileri, önceki komisere veya üçüncü bir kişiye devredilebilir*" şeklindeki düzenlemesine göre, konkordatonun yerine getirilmesi için atanacak kişi komiser veya üçüncü kişidir. İsviçre doktrininde konkordatoda atanacak bu kişiye icracı anlamına gelen "*Vollzieher*" kavramı kullanılmaktadır[73]. Burada gözetim, yönetim ve tasfiye yetkileri komisere veya üçüncü kişiye devredilebilir denilmiş ve atanacak kişinin "*sıfatı*" belirtilmemiştir. Bir başka deyişle "*kayyım*", "*komiser*" veya başka bir tabir kullanılmamış sadece birtakım yetkilerin devredilebileceğinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda atanacak kişinin sıfatından çok atanacak kişinin yetkilerine odaklanılmıştır. Ancak Türk hukukunda bu yetkilerin devredildiği kimse ayrıca "*kayyım*" olarak tanımlanmıştır. Düzenlemenin kazuistik olmaması ve kullanılan kavramın yorumuyla uygulanacak

66 Budak/Kale, 2019, s. 544.

67 İsviçre'de bu kavram doktrinde "*Vollzieher*" olarak kullanılmaktadır (Hunkeler/Wohl, 2017, pn. 21 vd.; Kren Kostkiewicz, Jolanta, "*SchKG 314*", SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Auflage, Zurich, 2020, ss. 835-836, pn. 3).

68 Yağcı, 2021, s. 339.

69 Ekin Cankal/Cemal Fazıl Karakaş, "Konkordato Kayyımının İşlevi Üzerine Düşünceler", C. 17, S. 49, 2021, MİHDER, ss. 571-598, s. 578-579.

70 Cankal/Karakaş, 2021, s. 578, dn. 18.

71 Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 142; Bal, 2021, Kayyım, s. 393-394.

72 Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 142.

73 Hunkeler/Wohl, 2017, pn. 21 vd.; Kren Kostkiewicz, 2020, pn. 3.

hükümlerin belirlenmesini zorlaştırması nedeniyle uygulanacak hükümlerin tespitinin yapılması gerekmektedir.

C- KONKORDATODAKİ KAYYIMLIĞA UYGULANABİLECEK HÜKÜMLERİN TESPİTİ

1. Genel Olarak

İsviçre'de, konkordato komiseri veya üçüncü bir kişinin, konkordatonun gerçekleşmesini güvence altına almak amacıyla gözetim, yönetim ve tasfiye yetkileriyle atanabileceği kabul edilmiştir (SchKG art. 341/3). Bu düzenleme İİK m. 306/2 hükmünün mehazını teşkil etmektedir. İsviçre doktrininde konkordato incelemesini yapan mahkemenin atadığı bu kişilerin, kamusal bir işlev gördükleri ve atipik bir cebri icra organı niteliğinde oldukları ileri sürülmektedir[74].

Konkordatonun tasdiki kararında kayyım atanması ve bu kayyımın atipik bir cebri icra organı olarak görev yapması hususunda uygulanacak hükümlerin tespitinin yapılması gerekmektedir. Doktrindeki bir görüş, kayyıma ilişkin hususlarda konkordato komiseri ve iflas idaresi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir[75].

Diğer bir görüşe göre, kayyım, konkordatoda projeyle amaçlananın başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi için atanmaktadır[76]. Kayyımın faaliyetleri kamusal niteliklidir. Kanun koyucu kayyımın hak, yetki, yükümlülük ve sorumluluğunu düzenlememiştir. Bu görüşe göre konkordatoda atanan kayyımın yetkilerinin içeriği değerlendirilerek kıyas yapılacak hükümlerin tespiti gerekmektedir. İlk olarak sadece gözetim yetkisi bulunan bir kayyım görevlendirilmesi, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumundaki proje denetçisine oldukça benzemektedir. Bu çerçevede uygulanacak hükümler proje denetçisine ilişkin hükümler değerlendirilerek bulunabilecektir[77]. İkinci olarak tasfiye yetkisinin tanınması durumunda, mal varlığının terki suretiyle konkordato kurumundaki tasfiye memurlarına ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Son olarak yönetim yetkisi tanınmışsa, konkordato

---

74 Hunkeler/Wohl, 2017, pn. 24.

75 Hunkeler/Wohl, 2017, pn. 24; Kren Kostkiewicz, 2020, pn. 3; Tanrıver, 2004, Değişiklikler, s. 83; Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 141-142; Budak/Kale, 2019, s. 545, pn, 6; Yağcı, 2021, s. 344-345.

76 Bal, 2021, s. 399-400.

77 Bal, 2021, s. 400; Nurullah Bal, "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi", Yayımlanmamış Yükseklisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 111.

komiserinin yönetim yetkisi ile donatılması durumunda geçerli olacak hükümlere göre değerlendirme yapılabilecektir[78].

Bir başka görüş ise, gözetim yetkisine sahip kayyımın proje denetçisine benzediğini ifade etmiştir[79]. Bu görüş, yönetim yetkisinin tanındığı hallerde ise, kayyımın TMK hükümleri çerçevesinde vesayet organı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür[80].

Başka bir görüşe göre[81], kayyıma mal varlığının terki suretiyle konkordatodaki tasfiye memuruna ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilecektir. Kayyımın işlemlerine karşı şikâyet mümkündür. Bu şikâyetin, konkordatoya ilişkin raporların sunulduğu asliye ticaret mahkemesine yapılması gerekmektedir. Kayyım, komiser bakımından geçerli olan beş dosyadan fazla görev alamama kuralına da tâbidir[82].

2. Değerlendirmelerimiz

Konkordato alacaklının, borçlunun ve kamunun menfaatini dengelemeyi amaçlayan iflasın ağır sonuçlarının borçlu üzerinde oluşmasını engelleyebilecek bir kollektif tasfiye biçimidir. Konkordato, hukuki nitelik itibarıyla[83] özel bir cebri icra türüdür[84]. Bu cebri icra türü, konkordatonun talep edilmesi ve tasdik süreciyle bir bütündür. Adi konkordatoda, konkordato komiseri, alacaklılar kurulu[85] ve konkordatoyu incelemekle görevli mahkeme özel cebri icra türünün organları olarak yer almaktadır. Bu organlar, konkordato sürecinde görev almaktadır.

Cebri icra organları bakımından Türk-İsviçre hukukunda asli organ, yardımcı organ ve atipik organ ayrımı yapılmaktadır. Asli organ ve yardımcı organlar bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa, bu organların idari teşkilatta oldukları söylenebilecektir. Çünkü icra organları bakımından kural olarak merkeziyetçi bir yapı

78 Bal, 2021, s. 400-401.

79 Cankal/Karakaş, s. 585-587.

80 Cankal/Karakaş, s. 585-587.

81 Sarısözen, s. 517-518.

82 Sarısözen, s. 518.

83 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Doğan, 2020, s. 11-16.

84 Doğan, 2020, s. 15; Sarısözen, 2021, s. 111; Serdar Kale, Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), İstanbul, 2017, s. 1-2; Süha Tanrıver/Adnan Deynekli, Konkordatonun Tasdiki, Ankara, 1996, s. 34; Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, 1993, s. 7; İlhan Postacıoğlu, Konkordato, İstanbul, 1965, s. 12.

85 Bu organın atipik bir cebri icra organı olduğu yönünde bkz. Meral Sungurtekin Özkan, "7101 Sayılı Kanunla Getirilmiş Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu", 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, 5-6 Ekim 2018, ss.107-121, s.110-117.

öngörülmüştür[86]. Atipik organlar ise idari bir teşkilata sahip organlar değillerdir[87]. Buna örnek olarak konkordato sürecinde görev alabilen ihtiyari organlardan biri olan alacaklılar kurulu verilebilir[88]. Bir başka ihtiyari organ da tasdik sürecinden sonra mahkemenin takdir yetkisiyle atanabilen konkordato kayyımıdır. Bu organların ihtiyaren oluşturulabilmesi ve merkeziyetçi bir yapıya sahip olmaması, bu organların atipikliğini (kendine özgülüğünü) teşkil eder.

Konkordatonun tasdiki kararıyla mahkeme tarafından konkordato kayyımının görevlendirilmesi, atipik bir cebri icra organının görevlendirilmesidir. Kayyımın cebri icra organı niteliği mahkemenin onu konkordatonun gerçekleşmesini sağlamaya yönelik yetkilerle donatmasından kaynaklanmaktadır. Burada cebri icra organı niteliğini haiz kayyıma ilişkin uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi gereklidir. Bu kayyımlığın İİK m. 306/2'de "*Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler*." şeklinde düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü bu düzenlemede kayyım hakkında kıyasen uygulanabilecek hükümlere, konkordato komiserinde olduğu gibi, atıf yapılmadığı görülmektedir. Bu çerçevede kanuni düzenlemenin değerlendirmesi neticesinde, şu iki husus hakkında farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Bunlardan ilki kayyımın hak, yetki ve yükümlülükleridir. Kanun koyucu düzenleme metninde hak, yetki ve yükümlülükler bakımından konkordato incelemesini yapan hâkimlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Kayyımın atanması bu hususlar bakımından somut olayın özelliklerine göre esneklik gerektirmektedir. Bu çerçevede kanun koyucu mahkemeye, hem kayyımı atamada hem de hak, yetki ve yükümlülüklerinin sınırını çizme hususunda takdir yetkisi vermiştir. Kanun koyucunun, hâkime takdir yetkisi verdiği durumlarda, düzenleme bilinçli şekilde eksik bırakılır[89]. İİK m. 306/2 düzenlemesinin ilk cümlesinin "*–ebilir*" ile bitmesi, kayyımın atanmasının zorunluluk olmadığına mahkemenin takdirine bağlı olduğuna işaret etmektedir[90].

---

86 M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 8. Basım, İstanbul, 2021, s. 32.

87 Örneğin, iflasta alacaklılar toplantısı, alacaklılar kurulu, komiser ve tasfiye memurları sayılabilecektir. Bu konuda bkz. C. Serhat Konuralp, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2013, s. 26.

88 Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 78.

89 Seyfullah Edis, Hukuk Uygulamasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, C. 30, S. 1, 1973, AÜHFD, ss. 169-196, s. 169.

90 Bu yönde bkz. Bal, 2021, Kayyım, s. 394. Takdir yetkisinin tanınmasının kuralın yazılış biçiminden anlaşılabileceği ile ilgili açıklamalar için bkz. Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 16. Basım, Bursa, 2019, s. 408; Seyfullah Edis, 1973, Takdir Yetkisi, s. 183; Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara, 1997, s. 211; Gökhan

Ayrıca kayyım atanmasının amacının konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak olduğuna işaret edilerek gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerinin içeriğinin doldurulması için mahkemeye yol gösterilmiştir. Hâkimin takdir yetkisinin olduğu düzenlemeler, kural içi boşluk içeren düzenlemelerdir. Kanun koyucu kuralın amacını belirterek kayyım atanmasını mahkemenin takdirine bırakmıştır. Kural içi boşluğun doldurulup doldurulmaması hâkimin serbestisinde olan bir husus değildir. Bu düzenlemeler, kural içi boşluğa ilişkin hususların doldurulması konusunda hâkime bir ödev teşkil eder[91]. Bu çerçevede doktrinde ileri sürülen konkordato komiserine ilişkin veya iflas idaresine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğine yönelik görüşlere katıldığımızı ifade edemeyeceğiz. Çünkü konkordatoda görevli hâkimlerin kayyım atama kararında, kayyımın hak, yetki ve yükümlülüklerini belirtmesi gerekmektedir. Bu belirtmede mahkemenin eksik karar vermesi kıyasen başka hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirmez. Hukukta kıyas aynı amacı taşıyan hükümler arasında söz konusudur. Bir konuda düzenlemenin olması ve aynı amacı taşıyan başka bir konuda düzenlemenin olmaması durumunda hukuk uygulayıcıları kıyas yaparak bu eksikliği giderebileceklerdir. Oysaki kayyım atanmasına ilişkin kararda mahkeme, kanun koyucu gibi, konkordatonun yerine getirilmesini sağlama amacı çerçevesinde kayyımın hak, yetki ve yükümlülüklerinin sınırını çizecektir.

İkincisi ise, kayyımın işlemlerine karşı başvurulacak hukuki çareler, kayyımın hukuki ve cezai sorumluluğu çerçevesindeki yollar ile kayyımın tarafsızlığını sağlama konusundaki imkânlardır. Bu hususlar hakkında konkordatoda kayyım atanma imkânını veren İİK m. 306/2 hükmü bir düzenleme içermemektedir. Söz konusu madde metninde düzenlemenin bulunmaması ilk bakışta gerçek (kural dışı) bir boşluğun bulunduğu izlenimi yaratsa da bu husus tasdik incelemesinin özellikleri ve kayyım atamasının hukuki niteliği çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecektir. Bu çerçevede öncelikle tasdik incelemesine ilişkin bazı belirlemeleri şu şekilde yapabiliriz. Tasdik incelemesi çekişmesiz yargı işi niteliğindedir (HMK m. 382/2-7). Kayyım ataması ise, konkordato kurumuna özgü geçici hukuki himaye tedbiri niteliğindedir[92]. Çekişmesiz yargının özellikleri, kararda yer alan hususların yerine getirilip getirilmemesi hususunda mahkemenin denetimine imkân tanımaktadır[93]. Tasdik kararının verilmesiyle mahkeme dosyadan, çekişmesiz yargı işinin niteliği gereği, davada

---

Antalya/ Murat Topuz, Medeni Hukuk, C. I, 3. Basım Ankara, 2019, s. 441-442; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 23. Basım, İstanbul, 2017, s. 92-93.

91 Edis, 1973, s. 172.

92 Bal, 2021, s. 396.

93 Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara, 1961, s. 181, 189; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, 4. Basım, C. I, Ankara, 2021, s. 116; Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Ankara, 2017, s. 142.

olduğu gibi elini çekmeyecektir. Dolayısıyla çekişmesiz yargı işinde geçici hukuki himaye tedbiri olarak atanan kayyımın tarafsızlığına ilişkin hususlar bakımından mahkemenin kayyımın değiştirilmesi dâhil olmak üzere denetim ödevi gereği birtakım tedbirlerin alınabileceğini ifade edebiliriz[94]. Bu geçici hukuki koruma kararıyla konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla yetkilerle donatılan kayyımın denetimi, konkordatoda kayyım atamasını yapan mahkemece gerçekleştirilecektir. Kayyımın işlemlerine ilişkin hukuki çareler ile kayyımın hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin açıklamalarımızı bu çerçevede ileride yapmaktayız[95].

II- KONKORDATODA KAYYIM GÖREVLENDİRİLMESİ

Konkordato incelemesini yapan mahkeme, İİK m. 306/2'ye göre, konkordatonun yerine getirilmesinin sağlanmasının kayyım atanmasına bağlı olduğu yönünde bir kanaate ulaştığında takdir yetkisini kullanarak kayyım atayabilecektir. İİK m. 306/2, mahkemeye bu imkânı tanımıştır. Kanun koyucu kayyım atanmasına ilişkin birtakım hususları detaylı düzenlememiştir. Buradan hareketle birtakım durumlara ilişkin açıklamaların yapılması gerekmektedir.

İlk olarak kayyım atanmasında bir talebin gerekip gerekmediğine değinilmesi gerekmektedir. Konkordatonun tasdiki aşamasında borçlu veya alacaklıların kayyım atanmasını talep etmesi durumunda mahkeme bununla bağlı değildir. İİK m. 306/2 hükmü mahkemenin, konkordatonun gerçekleşmesini sağlamak için kayyımın atanması gerekip gerekmediği hususunda kanaate ulaşmasını aramaktadır. Kayyım atanmasının alacaklılar tarafından talep edilmesinde mahkemenin bu taleple bağlı olmadığını ifade edebiliriz[96]. Ancak borçlu, kayyım atanmasını talep etmişse, elbette ki konkordato tasdiki aşamasında mahkemenin buna değer vermesi mümkündür. Çünkü kayyım atanmasıyla tasarruf sahası etkilenecek olan kişi, konkordato borçlusudur. Bu takdir yetkisinin verilmesinin nedenlerinden biri de borçlunun özgürlük sahasına ilişkin muhtemel sınırlamanın, mahkemenin denetimine tâbi tutulmasıdır. Borçlunun konkordato sürecinin başarılı yürütülmesi için kayyım atanmasını talep etmesi durumunda mahkeme tarafından buna öncelik verilmesi gerekebilecektir. Nitekim doktrinde konkordato projesinde, borçlu ile konkordato alacaklılarının konkordatonun gerçekleştirilmesini sağlamak için bir kayyım belirlemelerinin mümkün olduğuna işaret

---

94 Yağcı, s. 342. İflasın ertelenmesinde kayyım atanması bakımından da aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Kayhan Çetin, s. 64-65. Karş. Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 2. Basım, Ankara, 2018, s. 336; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2020, s. 594.

95 Bu konuda bkz. IV, V, VI.

96 Bal, 2021, s. 394.

edilmektedir[97]. Bu durumda mahkemenin, bu kayyım belirlemesi ile ilgili olarak, hak, yükümlülük ve yetkiler bakımından denetim ve takdir yetkisinin ortadan kalkmayacağını ifade etmek gerekmektedir. Çünkü kayyımın faaliyetinin kamusal özellikleri ve cebri icra organı niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Kayyımlık görevinin niteliği gereği kayyımın tarafsız bir faaliyet yürütmesi gerekmektedir. Böylece mahkemenin haklı sebeplerle takdir yetkisi çerçevesinde projedeki kayyıma ilişkin bazı hususları değiştirebileceğini kabul etmek gerekir[98]. Projede bir kişinin bazı yetkilerle kayyım olarak atanması kararlaştırılmışsa, doktrinde mahkemenin kayyımın niteliklerini göz önünde bulundurarak bunu değiştirebileceği, ancak hiç kayyım atanmamasına karar veremeyeceği ileri sürülmektedir[99]. Kanaatimizce bu hususta şu şekilde bir yaklaşımda bulunabilecektir. Projede kişinin kimliği ve nitelikleri kayyım olarak atanmasında önem taşıyorsa, mahkemede bu kişinin kayyım olarak atanamayacağı yönünde kanaat oluşmuşsa ve mahkeme konkordatonun başarısı için kayyım atanmasının da gerekmediği sonucuna ulaşırsa hiç kayyım atanmaması söz konusu olabilir. Çünkü bu durumda bir kişinin kayyım göreviyle atanmasının projede kabul edilmesi, kayyımın atanmasının gerektiği temeline dayanmamaktadır. Kayyım atanmasının gerekip gerekmediğine tasdik incelemesi sonucunda karar verilecektir. Burada projede belirlenen kişinin nitelikleri kayyım olarak atanmasını taraflarca cazip kılmaktadır. Bunun dışında konkordato projesinde borçlunun sadece İİK m. 306/2 çerçevesinde kayyım atanmasını kabul etmesi durumunda mahkeme, bu yönde karar verebilir. Bir başka deyişle kayyım olarak atanacak kişi belirli değilse, sadece böyle bir icra organı oluşturulması kabul edilmişse, mahkemenin takdir yetkisi kalkmayacaktır. Ancak mahkemenin kayyım ataması, bu durumda konkordatonun yerine getirilmesini kolaylaştırır.

İkinci olarak İİK m. 306/2 hükmünün mehazını teşkil eden SchKG art. 314/2 hükmünün başlığı "*inhalt*" yani "*içerik*" olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm tasdik kararının içeriğine ilişkin birtakım düzenlemeler getirmektedir. İİK m. 306'da " *Konkordatonun tasdiki kararı, kapsamı ve ilânı*" şeklinde bir düzenleme başlığı bulunmaktadır. Ayrıca İİK m. 306/2 hükmü "*Kararda…*" ifadesiyle başlamaktadır. Bu çerçevede kayyım atanmasının tasdik kararıyla olmasının zorunlu olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Doktrindeki bir görüş tarafından konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla kayyımın atanması, kayyım atanmasında konkordatonun niteliği gereği kamusal menfaatin bulunması, tasdik kararı sonrasında kayyım atanmasının gerekebileceği, kayyım atanmasının geçici hukuki himaye tedbiri niteliğinde olması gibi gerekçelerle tasdik kararından sonra da kayyım atanmasının mümkün

97 Bal, 2021, s. 394.

98 Bal, 2021, s. 394-395.

99 Bal, 2021, s. 395.

olduğu ileri sürülmektedir[100]. Kanaatimizce konkordatonun tasdiki sonrasında kayyım atanması mümkün olsa da atanan kayyımın görevini yürütebilmesi için gerekli masrafların nasıl karşılanacağı ve karşılanmaması durumunda ne gibi bir yaptırımın söz konusu olacağı açıkça düzenlenmelidir. İİK m. 306/2'ye göre konkordatonun tasdiki kararıyla birlikte kayyım atanabildiğinden kayyımın ücreti, ilan vb. masraflar konkordatonun tasdiki kurallarına tâbidir. İİK m. 305/1-e hükmünde konkordatonun tasdiki şartları arasında, tasdik için gereken yargılama giderlerinin yatırılması düzenlenmiştir. Tasdik kararında kayyım atanması yönünde kanaate ulaşan mahkemenin kayyım ücretini de takdir ederek tasdik için yargılama giderlerini belirlemesi mümkündür. Borçlunun bu giderleri ödememesi, konkordatonun tasdik edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Bu da tasdik giderlerinin yatırılması için borçluları zorlayıcı etki doğurmaktadır. Tasdik kararı sonrasında kayyım atandığı ve gerekli masraflar borçlu tarafından karşılandığı takdirde kayyım görevini yapabilecektir. Ancak tasdik kararı sonrasında kayyım atansa ve masraflar borçlu tarafından yatırılmazsa bu atama kararı etki doğurmayabilir. Çünkü kayyım görevini yerine getiremeyecektir. Borçlunun bu masrafları yatırmasını sağlayacak bir yaptırım kanun koyucu tarafından öngörülmemiştir.

Üçüncü olarak konkordatonun tasdiki kararı, kural olarak verildiği anda, kesin mühletin etkilerini ve konkordato komiserinin görevini sona erdirir. Bunun istisnasını mahkeme tarafından tasdik kararında, kararın etkilerinin kesinleşmeyle doğacağının kararlaştırılması oluşturur. Doktrinde bu durumda konkordato komiserinin görevinin de sona erip ermeyeceğine göre değerlendirme yapılmaktadır. Bir görüş, tasdik kararının etkilerinin kesinleşmeyle doğacağı yönünde bir karar verilmesi durumunda kesin mühlet kesinleşmeye kadar etkilerini sürdüreceği için komiserin görevinin de devam edebileceğini ileri sürmektedir[101]. Bu doğrultuda komiserin görevi devam etmekteyse kayyım atanamayacağı ifade edilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, konkordatonun bağlayıcı hale gelmesi kesinleşmeye bağlansa dahi komiserin ve alacaklılar kurulunun görevi sona erer[102]. Kesinleşmeye kadar tasdik kararının etkilerinin ertelenebileceğini düzenleyen İİK m. 308/c hükmü, 7101 sayılı Kanun'un getirdiği yenilikler arasındadır. Bu düzenlemenin mehazı da bulunmamaktadır[103]. Kural, tasdik kararının konkordato komiserinin görevini sona erdirmesidir[104]. Yeni düzenleme ile tasdik kararının etkilerinin doğacağı anın kesinleşme anı olarak mahkemece belirlenebileceği getirilmiştir. Bu düzenlemede kesin mühletin kesinleşme anına kadar etkilerini sürdüreceği yer almaktadır.

[100] Bal, 2021, s. 395-396.

[101] Sarısözen, s. 516; Bal, 2021, s. 397, dn. 30.

[102] Cemil Simil, Konkordatonun Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul, 2020, s. 251.

[103] Budak/Kale, 2019, s. 586.

[104] Oehri, 2018, pn. 43; Simil, 2020, s. 351.

Kanaatimizce tasdik kararının etkilerinin kesinleşmeyle doğacağına karar veren mahkemenin komiserin görevinin sona erip ermeyeceğini de açıkça belirlemesi gerekir. Burada çeşitli ihtimaller söz konusu olabilecektir. Birincisi, mahkeme komiserin görevinin sona erdiğini belirtip kayyım atamayabilir. Kesinleşmeye kadar etkisi ertelenen bir tasdik kararının uygulanabilmesi için mahkemenin prosedürün sıhhati bakımından bu yönde bir karar vermemesi gerektiği söylenebilir. İkincisi mahkeme, komiserin görevini sona erdirip, kesin mühlette komiserin yetkilerini kayyımın yetkilerine yansıtarak kayyım ataması yapabilecektir. Bu durumda kayyımın görevinin sınırı da mahkeme tarafından çizilmiş olacaktır. Üçüncüsü ise, komiserin görevini sona erdirmeyip, komiserin görevine devam edeceğine karar verilebilir. Bu durumda her ne kadar komiserin görevine devam edeceği kararlaştırılmışsa da burada esasında komiser, kayyım gibidir. Çünkü İİK m. 306/2 hükmünün mehazı SchKG art. 314/3, önceki komiserin veya üçüncü bir kişinin tasdik ile birlikte atanabileceğini düzenlemektedir. İİK m. 306/2'e göre kayyımın hak, yetki ve yükümlülükleri somut olaylara göre mahkeme tarafından belirlenir. Kayyım ataması, konkordatonun yerine getirilmesi amacını taşımaktadır. Komiserin konkordato prosedüründe bulunma amacı da konkordato sürecinin başarıya ulaşıp ulaşmayacağını incelemektir[105]. Sonuncu ihtimal ise, mahkemenin bu konuda hiç belirleme yapmamasıdır. Bu ihtimal oldukça düşüktür. Çünkü tasdik masrafları çerçevesinde komiser veya kayyıma ilişkin bir ücret belirlenmişse, bu görev eski komiser tarafından sürdürülecektir. Kişiye ilişkin açıkça karar verilmemiş olsa da prosedürün sıhhati için bu kabul edilebilir. Tasdik masraflarında bu ücretlerin belirlenmediği durumlarda ise, prosedürü eski komiserin denetleyeceğini söylemek güçtür. Doktrinde konkordatonun tasdikinin etki doğurması mahkeme tarafından kesinleşmeye ertelenmişse komiserin görevine devam edeceğinin İİK m. 308/c-1'e bir düzenleme ile eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir[106].

Dördüncü olarak kayyımın nitelikleri konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde komiserliğe ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bu konuda kanaatimizce mahkeme, kayyıma vereceği yetkileri de göz önünde bulundurarak kayyımın niteliklerini takdir edebilecektir. Mahkeme konkordato komiserinde bulunması gereken nitelikleri göz önünde bulundurabileceği gibi başka birtakım özellikleri de dikkate alabilecektir. Burada dikkat çeken en belirgin husus, konkordato komiserinin sicile kayıt zorunluluğunun bulunmasıdır. Yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde kayyımın konkordato komiserleri gibi sicile kayıtlı

[105] Konkordatonun tasdiki sonrasında atanacak olan kayyımın amacı ile mühlette görev yapan komiserin amaçları ortaktır. Konkordatonun aşamaları da amaç bakımından benzerdir (Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 52-53).

[106] Bal, 2021, s. 397.

kişilerden olabileceği ileri sürülemeyecektir. Kayyımın nitelikleri konusunda da konkordato incelemesini yapan mahkemenin hâkimlerinin bir takdir yetkisi bulunmaktadır[107]. Kayyım olarak atanacak kişinin, sicile kayıtlı veya bazı hukuki eğitimleri (konkordato komiserliği veya bilirkişilik vb.) almış olması aranmayacaktır. Fakat mahkeme kayyımın, en azından bir bilirkişide olması gereken niteliklere uygun olup olmadığını değerlendirerek atama yapabilmelidir. Çünkü takdir yetkisinin kullanımının genel bir sınırını TMK m. 4 çizmektedir. Bu nedenle takdir yetkisi, hukuka uygun bir şekilde kullanılabilecektir.

Son olarak doktrinde kayyımın gerçek kişiler arasından atanabileceği ve tüzel kişiler arasından da atanabilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir[108]. Komisere ilişkin 30.01.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmeliğin "*Komiserin nitelikleri*" başlıklı 4. maddesinin, konkordato komiseri olarak tüzel kişilerin atanmasına engel teşkil etmektedir. Çünkü bu Yönetmelik'te sayılan nitelikler, gerçek kişilere özgü niteliklerdir. Ancak kanun koyucu kayyım kavramını komiserden farklılaşmak için kullandığını düşündüğümüzde tüzel kişilerin kayyım olarak atanabilmesi imkânının hukukumuza getirilmesi gerekmektedir[109].

Görevlendirilebilecek kayyım birden fazla kişiden de oluşabilecektir[110]. Konkordatodaki kayyımın atanmasında ücret hakkı bir düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Bu durumda da bir belirsizlik söz konusudur. Bunun bir düzenlemeyle giderilmesi isabetli olacaktır. Kayyıma uygulanacak ücret tarifesinin belirlenerek belirsizliğin giderilmesi gereklidir. Bu kayyımın ücret hakkının olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Mahkeme kararında kayyımın ücretini, kayyıma verdiği yetkilerin ve iş yükünün ağırlığına göre belirlemelidir[111]. Kayyımın ücretinin yatırılmamasının yaptırımının da belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususta İİK m. 305/1-e hükmü çerçevesinde konkordatodaki yargılama giderlerinin kapsamına kayyımın ücretinin de girdiği ve yargılama gideri arasındaki kayyım ücretinin yatırılmamasının tasdik kararını engelleyebileceği ileri sürülebilir. Ayrıca kayyımın tasdik kararından sonra da atanabileceğinin kabulü durumunda bu ücretin

[107] Bal, 2021, s. 398. İflasın ertelenmesi kurumunda atanacak kayyımın nitelikleri de düzenlenmemiştir. Bu çerçevede kayyımın tam ehliyetli, yetkileri bakımından bilgili, tecrübeli, bağımsız, tarafsız, dürüst olması gerektiği ifade edilmekteydi. Bu hususta kayyımın niteliklerinin ne olacağına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Kayhan Çetin, 2011, s. 36-41.

[108] Bal, 2021, s. 399.

[109] Bal, 2021, s. 399. İflasın ertelenmesi kurumunda kayyımın tüzel kişi olmasının önündeki engellere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Kayhan Çetin, 2011, s. 46-50.

[110] Bal, 2021, s. 399.

[111] Bu yönde bkz. Kayhan Çetin, s. 97.

yatırılmamasına ilişkin bir yaptırımın da kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekmektedir.

III- KONKORDATODA KAYYIMIN YETKİLERİ

A- GÖZETİM KAYYIMI

Kayyım, İİK m. 306/2'ye göre gözetim yetkisiyle görevlendirilebilecektir. Kanun koyucu mahkemeye, konkordatonun yerine getirilmesini gözetim kayyımı görevlendirerek sağlayabileceği bir imkân tanımıştır. Gözetim yetkisinin sınırlarını çizmek önem taşımaktadır.

Konkordatonun tasdiki kararında kural olarak borçlunun tasarruf ehliyeti ve malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi tamdır. Bu çerçevede konkordato projesinin başarıyla yerine getirilmesini sağlayacak kişi kural olarak konkordato borçlusudur[112]. 4949 sayılı Kanun ile konkordatonun tasdikinden sonra alacaklıların borçlunun faaliyetleri hakkında bilgi edinmesini sağlayan çalışma konumuzu teşkil eden düzenleme gelmiştir. Bu gözetim yetkisi çerçevesinde kayyım, konkordato borçlusunun ticari faaliyetlerini, işletmesinin durumunu ve mali gücünü konkordato mahkemesine iki ayda bir rapor edecektir. Bu yetki çerçevesinde verilen raporu alacaklılar inceleyebilmektedir. Konkordatonun yerine getirilmesi mahkeme ve alacaklılar tarafından böylece takip edilebilecektir. Dolayısıyla gözetim yetkisi, tedbir çeşitleri arasında en hafif tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bu yetki, borçlunun işlemlerini kısıtlayıcı bir özellik arz etmeyip sadece denetim aracıdır.

Konkordato komiseri mühlet içerisinde nezaret görevini yerine getirmektedir. Komiser, nezaret görevi çerçevesinde denetim yetkisini, borçlunun belli iş ve işlemleri yapması ya da yapılmaktan kaçınması konusundaki emir ve yasaklarını içeren talimatlar vermek suretiyle kullanır[113]. Ancak uygulamada nezaret görevi borçlunun ödemelerine onay verilmesi ve borçluya yapılan ödemelerin kontrol edilmesi şeklinde geniş yorumlanmaktadır[114]. Nezaret görevinin bu şekilde borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması olarak anlaşılması neticesinde[115], doktrinde kayyımın da bu gibi bir nezaret görevinin bulunup bulunmadığı tartışılmıştır. Bir görüş gözetim yetkisini, borçlunun iş ve işlemlerinin projeye uygunluğunu sürekli bir biçimde denetleme olarak anlamlandırmıştır. Bu yetkide borçlunun işlemlerinin

---

112 Oehri, pn. 43.

113 Albayrak, s. 133; Tanrıver, 1993, s. 192.

114 Albayrak, s. 134.

115 Bu konudaki açıklamalar ve eleştiriler için bkz. Albayrak, 2020, s. 133-139.

geçerliliği kayyımın onayına tâbi tutulamayacaktır[116]. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, yetkinin türüne göre ayrım yapmaksızın, kayyımın komiser gibi nezaret etme görevinin bulunmadığını ileri sürmektedir. Kayyım, İİK m. 306/2'nin ikinci cümlesi gereğince işletmenin durumunu, borçlunun projeyi gerçekleştirecek mali durumunun olup olmadığını rapor edecektir[117]. Doktrindeki bu görüşün aksini ileri süren bir görüşe göre ise, İİK m. 306/2 hükmü bu yoruma engeldir[118]. Konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla mahkemece verilen tedbirler çerçevesinde kayyım, gözetim görevi yerine getirilebilecektir. Bu görüşe göre verilen yetki denetim yetkisi olmayıp daha geniş bir anlam ifade eden gözetim yetkisidir. Kayyım mahkemenin çizdiği sınırlar çerçevesinde gözetim yetkisini kullanmalıdır. Gözetim yetkisinden daha sınırlı bir yetki kayyıma, mahkeme tarafından verilmemelidir[119]. Diğer bir görüş sahibi tarafından kural olarak gözetim yetkisi çerçevesinde tasarruf yetkisinin kısıtlanamayacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre kayyımın yetkileri somut olaya göre mahkeme tarafından takdir edilecektir. Bu sebeple ihtiyaç duyulması durumunda kayyımın nezaret edeceği bazı işlemlerin mahkemece belirlenebileceği ileri sürülmüştür[120]. Ancak bu şekilde bir yetkinin açıkça belirlenmesi gerektiği ileri sürülerek açıkça bir yetki yoksa nezaret görevinin olmayacağı ileri sürülmektedir.

Kanaatimizce gözetim yetkisi, borçlunun denetlenmesini ve alacaklıların bu denetim sonucunda bilgilenmesini sağlamaktadır. Kanun koyucu gözetim yetkisini en hafif tedbir, yönetim yetkisini ise en ağır tedbir olarak düzenlemiştir. Hafif bir yetki olan gözetim yetkisinin verildiği durumlarda mahkeme tarafından tasarruf yetkisinin kısıtlanması olarak nitelendirilebilecek bir tedbire hükmedilmemişse, kayyımın belirli iş veya işlemlere katılması gerekmeyecektir. Bu en hafif tedbir niteliğinde olan gözetim yetkisinin sonucu olarak da kayyım raporda, borçlunun işletmesinin durumuna, konkordatoya uyulup uyulmadığına ve borçlunun proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediğine yer verecektir. Mahkemece borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması sonucunda kayyıma bir yetki verilmişse, bu kısıtlama çerçevesinde kayyım yetkisini ne şekilde kullandığını da raporunda belirtmelidir. Gözetim yetkisinin sınırı,, somut olaya göre mahkeme tarafından belirlenecektir. Bu yetkiye hükmedilmesinin sebebi, bu yetkinin kayyıma verilmesiyle konkordatonun gerçekleşmesinin mahkeme ve alacaklılar tarafından takip edilmesini

---

116 Cankal/Karakaş, s. 584.

117 Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2020, s. 686.

118 Yağcı, s. 349.

119 Yağcı, s. 351.

120 Bal, 2021, s. 404.

sağlamaktır. Gözetim yetkisinin içeriği, yönetim yetkisi kadar ağır tedbirler içermeyecek şekilde mahkeme tarafından doldurulabilecektir.

B- YÖNETİM KAYYIMI

Konkordatonun tasdikiyle borçlu, kural olarak malvarlığı üzerinde kısıtlama olmaksızın tasarruf yetkisine sahiptir[121]. İİK m. 306/2'de kayyıma yönetim yetkisinin verilebileceği düzenlenmektedir. Doktrinde bu yetkinin sınırının çizilmesi hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüş, bu yetkiyi konkordatonun yerine getirilmesi için kayyımın borçlunun işletmesinin yönetimine katılması, bazı işlemlerin kayyımın onayına tâbi olması veya kayyımın borçlunun yerine bazı işlemleri yapması olarak değerlendirmektedir[122]. Doktrindeki diğer bir görüş ise[123], bu yetkiyi, birtakım işlemlerin doğrudan kayyım tarafından yapılmasının kararlaştırılması olarak değerlendirmektedir. Bu görüşe göre borçlunun bilgisizliği, yapılması gereken işlemlerin uzmanlık gerektirmesi bu yetkinin verilmesinin sebebidir. Borçlunun tasarruf yetkisinin tam olması kural olduğundan bu görüşe göre, tüm işlemlerin kayyım tarafından yapılabileceği kararlaştırılamaz. Yönetim yetkisinin kapsamının mahkeme tarafından açıkça çizilmesi gerekmektedir[124]. Bir başka görüş ise, yönetim kayyımını TMK hükümlerine göre vesayet tedbiri olarak görmektedir. Bu görüşe göre yönetim kayyımı idareci ve temsilcidir. Bu yetki, mahkeme kararına dayanmaktadır. Yönetim kayyımı tasfiye tedbirleri de dahil olmak üzere konkordato projesinin yerine getirilmesini sağlayacak kişidir. Yönetim kayyımı, konkordato borçlusunun yapacağı tüm işlemleri onun yerine yapacaktır. Bu görüşe göre yönetim kayyımı projeyi gerçekleştirecektir. Diğer bir ifadeyle yönetim kayyımı, konkordato borçlusunun temsilcisi gibi davranacaktır. Yönetim kayyımı konkordato borçlusunun ödeme kabiliyetini yitirdiğini veya konkordato sürecinde kötüniyetli işlemler yaptığını tespit ederse, konkordatonun feshini isteyebilecektir[125].

Kanaatimizce tasdik kararından sonra konkordato borçlusu kural olarak ehliyet ve tasarruf yetkileri bakımından sınırlamaya tâbi değildir. Kanun koyucu kayyımın yetkileri konusunda konkordato incelemesini yapan hâkimlere takdir yetkisi tanımıştır. Gözetim yetkisi, bu yetkiler arasında en az sınırlama teşkil eden bir tedbiri ifade ederken, yönetim tedbiri ağır bir sınırlama sonucu doğuran tedbir türüdür. İİK m. 306/2 hükmüne göre atanan kayyım hiçbir durumda vesayet organı niteliğine sahip olamayacaktır. Çünkü TMK hükümlerine göre vesayet organları

[121] Hunkeler/Wohl, pn. 23.

[122] Yağcı, s. 348.

[123] Bal, 2021, s. 403.

[124] Bal, 2021, s. 403.

[125] Cankal/Karakaş, s. 585-587.

çoğu zaman sınırlı sebeplerle, yani kişide bulunan bir noksanlık veya durumun elverişsizliğinden kaynaklı olarak, söz konusu olabilmektedir. Borçlarını vadesinde ödeyemeyen herkesin (tacir olması dahi gerekmeksizin) başvurabildiği kollektif bir tasfiye biçimini içeren ve cebri icra kurumu olan konkordatonun bu şekilde bir sonuç doğurması beklenmemelidir. Yönetim yetkisinin kayyıma verilmesinin sebeplerinin değerlendirilmesi, esasında bu kurumun özelliklerinin anlaşılmasını sağlayacaktır. Bir yandan konkordato projesinin karmaşıklığı[126], alacaklıları sayısı ve alacak miktarı bu konuda önem arz edecektir. Diğer yandan ise, konkordato borçlusunun malvarlığını bir şekilde elden çıkarmaması ve konkordato alacaklılarının (aynı zamanda rehinle güvence altına alınan imtiyazlı alacaklıların) haklarını tehlikeye düşürmemesi için kayyıma belirli varlıklar üzerinde tasarruf yetkisi verilebilecektir[127]. Bu çerçevede yönetim yetkisinin verilmesi iki şey üzerinde söz konusu olabilecektir. Birincisi belirli malvarlıklarının tasarruf yetkisinin devri, ikincisi ise, tüzel kişilerde bazı yönetim işlerinin kayyım vasıtasıyla yapılması şeklindedir. Borçlunun mahkemenin açıkça kararında belirttiği hususlar bakımından tasarruf yetkisinin sınırlanacağı bu yetkinin devrinden anlaşılması gerekendir. Tasarruf yetkisinin bazı malvarlığı unsurları üzerinde sınırlanması bir vesayet tedbiri veya temsil ilişkisi olarak yorumlanmamalıdır. Burada tasarruf yetkisi sınırlamalarının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, hizmet sektöründeki bir konkordato borçlusunun işletmenin tesisatı üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanabilecektir. Bir restoran işletmesinde işletmenin tamamı veya tesisatı hakkında konkordato borçlusunun tasarruf yetkisi, bu yönetim yetkisiyle kayyıma verilebilecektir. Konkordato projesinde işletmenin aylık kârının alacaklılara belirli bir vadede dağıtılacağı öngörülmüşse, yönetim yetkili kayyım kârın toplanması ve alacaklılara projeye göre dağıtılmasını temin etme yetkisiyle yetkilendirilebilecektir. Her somut durumun özellikleri çerçevesinde bunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Konkordatonun kollektif tasfiyeyi esas alan cebri icra kurumu olması, borçlunun temel hak ve özgürlüklerinin sınırsız tedbirlerle engelleneceği anlamına gelmeyecektir. Her somut durumun özellikleri çerçevesinde hâkimin takdir yetkisiyle belirleme yapması kanun koyucu tarafından istenmiştir. Buradaki hâkimin takdir yetkisini kullanmasının sınırlarını, hem konkordatonun yerine getirilmesi amacı hem de hukuka ve hakkaniyete uygunluk (TMK m. 4) teşkil eder.

[126] İsviçre'de hisse devrinin kompleks olduğu göz önüne alındığında, hisse senetlerinin devri için bir kayyımın yönetim yetkisiyle atanmasının zorunlu olduğu ileri sürülmektedir (Hunkeler/Wohl, pn. 23).

[127] Hunkeler/Wohl, pn. 23.

C- TASFİYE KAYYIMI

İİK m. 306/2 düzenlemesinde atanacak olan kayyımın tasfiye tedbirlerini almakla yetkilendirilebileceği düzenlenmektedir. Tasdik edilen konkordato projesi, bazı durumlarda birtakım malvarlığı unsurlarının devrini veya satılmasını yani tasfiyesini içerebilir (İİK m. 308/h). Tasfiye sonucu elde edilen değerin konkordato alacaklılarına proje çerçevesinde dağıtılması gerekebilir. Kanun koyucu bu şekildeki projelerin içerdiği tasfiye işlemlerinin ve tedbirlerinin kayyım vasıtasıyla yerine getirilmesine imkân tanımıştır[128]. Bu yetkinin kayyıma tanınmasının gerekip gerekmediği de hâkimin takdir yetkisi çerçevesindedir. Mahkeme bu şekilde bir tedbirin kayyım tarafından yapılmasını isterse, hangi işlemlerin ve hangi malvarlığı unsurlarının, ne şekilde tasfiye edileceğine ilişkin belirlemeler yaparak kayyımı yetkilendirebilecektir[129].

IV- KAYYIMIN İŞ VE İŞLEMLERİNE KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Doktrindeki hâkim görüşe göre, kayyım kamu görevi yapan atipik bir icra organıdır[130]. Hâkim görüşe göre, kayyıma ilişkin hukuki sorunların çözümünde konkordato komiserine ve iflas idaresine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Bu görüş çerçevesinde kayyımın işlemlerine karşı başvurulacak hukuki çare ise, şikâyet yoludur[131].

Kayyımı atipik bir icra organı olarak nitelemek, onun hakkında geçerli olan hâkim ilkeleri de belirlemeye yöneliktir. Bu çerçevede kamu görevinin yerine getirilmesi bakımından icra organının faaliyetlerinin nitelendirilmesi de önem taşımaktadır. İcra organlarının faaliyetlerini farklı şekilde niteleyen görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler çoğunlukla tartışmayı icra dairelerinin faaliyetleri çerçevesinde yürütmektedir. İcra organlarının faaliyetlerinin kamusal niteliği haiz olması ve bu organların kamu gücünü kullanması gerekçeleriyle doktrinde bir görüş tarafından bu faaliyetler, idari işlem olarak nitelendirilmiştir[132]. Diğer bir görüş, icra organlarının faaliyetlerini adli işlem olarak nitelendirmektedir. Bu görüş tarafından bu faaliyetlerin uyuşmazlıkları çözmeye elverişli olmadıkları belirtilerek bu işlemlerin yargısal niteliği olmadığı ileri sürülmüştür. Bu faaliyetlerin mahkemelerin denetiminde olması, inşai niteliklerinin

---

128 Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 141.

129 Bal, 2021, s. 405; Yağcı, 2021, s. 348.

130 Hunkeler/Wohl, pn. 24; Kren Kostkiewicz, pn. 3; Bal, 2021, s. 399; Budak/Kale, s. 545, pn. 6; Yağcı, s. 344-345.

131 Hunkeler/Wohl, pn. 24; Kren Kostkiewicz, pn. 3; Tanrıver, s. 83; Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 141-142; Budak/Kale, s. 545, pn, 6; Yağcı, s. 344-345.

132 Cengiz Topel Çelikoğlu, İcra Dairesi Kararı, Bursa, 2017, s. 105; Nedim Meriç, Türk-İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara, 2015, s. 241; Sabri Şakir Ansay, İcra ve İflas Usulleri, İstanbul, 1960, s. 17.

olması, bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlamak amaçlı olarak adli teşkilatın içinde olması gibi gerekçeler, bunları adli işlem kılmaktadır. İcra faaliyetinin yargılamanın devamı niteliğinde ve onun bir parçası olması onu adli işlem olarak nitelemeye yetmektedir. Bir kamu hizmeti olan adli faaliyetlere dâhil olan kamusal görevlerin adli işlem olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[133]. Başka bir görüşe göre ise, icra organlarının faaliyetlerinde bağımsız ve tarafsız olması ve icrai prosedürde korunan menfaatin gözetilmesi gibi gerekçeler bu faaliyetleri adli-idari işlem olarak nitelemeyi gerektirir[134]. Bu faaliyetler yargısal bir nitelik taşımazlar. Çünkü bir yargı işlevi yerine getirilerek tarafların iddialarının dinlenip hukukun uygulanmasıyla bir sonuca ulaşılması söz konusu değildir[135]. İcra organlarının yargı işlevi görmedikleri yargı işlevinin tanımından açıkça anlaşılacaktır[136].

Doktrindeki bu görüşler genel itibarıyla icrai faaliyetleri kategorize eden ve icra daireleri çerçevesinde değerlendirmeleri yapan görüşlerdir. Elbette ki devletin cebri icra faaliyetinin niteliği her icra organının özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir[137]. Bu görüşlerin değerlendirilmesinden genel olarak cebri icra organlarına hâkim ilkeleri tespit edebiliriz. Öncelikle cebri icra faaliyetlerinin temel hak ve özgürlüklere saygılı bir biçimde yürütülmesi gerekmektedir. Çünkü cebri icra faaliyeti, devletin tekelinde bir alandır[138]. Bu tekelin sebebini, kamu düzeni, ihkak-ı hak yasağı ve toplumsal barış gibi kamusal menfaatler teşkil etmektedir. Bu itibarla cebri icra organları görevlerinin icrasında temel hak ve özgürlükleri gözetmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük aynı zamanda cebri icra organlarının görevlerinin kaynağını kanundan alması gerektiğini ifade eder. Bir cebri icra organının görev sınırı, kanunun çizdiği sınır kadardır. Buradan cebri icra hukukuna özgü olan şekli ve sınırlı yollara özgü olma sonucu da çıkacaktır. Çünkü kanunilik ilkesi cebri icra organlarının görevlerinin çerçevesini çizerek ona, şekil verir, sınırlı yetkiler tanır. Doktrindeki icra organlarının faaliyetlerini idari işlemlerden farklı bir biçimde niteleyen

---

133 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 7. Basım, Ankara, 2021, s. 53; Tanrıver, 1993, s. 129-133.

134 Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 4. Basım, Ankara, 2018, s. 255; Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları, Ankara, 2018, s. 38-40; Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, 2009, s. 24; Y. Hakan Pekcanıtez, İcra-İflas Hukukunda Şikayet, Ankara, 1986, s. 18-20; İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 4. Basım, İstanbul, 1982, s. 32.

135 Pekcanıtez, 1986, s. 18; Postacıoğlu, 1982, s. 32.

136 Yargı işlevi, bağımsız mahkemelerin soyut hukuk kurallarını yargısal usuller çerçevesinde somut olaylara uygulamasıdır (Ramazan Arslan/ Süha Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku, 2. Basım, Ankara, 2001, s. 35).

137 Bilge Umar, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973, s. 41-42.

138 Çelikoğlu, 2017, s. 273.

görüşler, cebri icra organlarının idari organlardan farklı özelliklerini dikkate almaktadır. Hukuk devleti niteliği ile temel hak ve özgürlüklere saygının sonucu olarak devletin kişiler arası hukuki ilişkilere müdahalesi, ilişkilerin nitelikleri çerçevesinde bazı menfaatlerin gözetilmesini gerektirmiştir. Kişiler haklarını, hukuki ilişkilerin dışındaki kamu gücünü haiz icra organları vasıtasıyla elde etmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede icra organlarının hukuki ilişkilerin dışında üçüncü bir taraf oluşu ve hukuki ilişkilerin özellikleri çerçevesinde menfaatleri gözetmesi, icra organlarının bağımsız ve tarafsız olmasını gerektirmektedir. Sonuç olarak kayyımın bir cebri icra organı olarak nitelendirilmesi, kayyıma, niteliği gereği bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğü yüklemektedir. Kayyımın gözeteceği menfaat konkordatonun yerine getirilmesindeki menfaattir. Çoğu zaman konkordatonun yerine getirilmesinde alacaklının, borçlunun ve kamunun menfaatleri bulunmaktadır. İİK m. 306/2 düzenlemesi dikkate alındığında kayyımın atanması ile hak, yetki ve yükümlülükleri bakımından mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu hak, yetki ve yükümlülüklerin sınırını mahkeme çizecektir. Bunu yaparken mahkeme hukuka ve hakkaniyete uygun davranacaktır (TMK m. 4).

Doktrinde kayyımın cebri icra organı olmasının sonucu olarak, icra ve iflas daireleri bakımından geçerli olan iş görme yasağı, akit yasağı gibi düzenlemelerin geçerli olacağı ileri sürülmektedir[139]. Buna ek olarak doktrinde kayyımın işlemleri bakımından şikâyet hükümlerinin geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, kayyımın işlemlerine karşı İİK m. 16 vd. hükümlerine göre başvuru mümkündür[140]. Kanaatimizce bu hükümler kural olarak icra ve iflas daireleri için geçerli olan hükümlerdir. Bu hükümlerin örneğin konkordato komiserlerinin işlemleri bakımından geçerli olması bu hükümlere yönelik açık[141] bir kıyas atfının bulunmasından kaynaklanmaktadır (bkz. İİK m. 290/3; İİK m. 227/4-5).

Kıyas hukukta bir akıl yürütme metodudur. Kıyas ile benzer iki düzenlemeden birinin eksik olması durumunda diğerinin onunla karşılaştırılması yapılarak bir sonuca ulaşılır. Benzer iki düzenlemenin sebebi ortak olmalıdır[142]. Kayyıma ilişkin düzenlemede kayyımın atanması ile hak, yetki ve yükümlülükleri bakımından ilk olarak kural içi boşluğun olduğunu ifade etmek gerekir. Bu durumda kayyıma ilişkin bu hususların mahkeme tarafından takdir yetkisiyle doldurulması gerekmektedir. İkinci olarak konkordato komiseri ve iflas idaresinde olduğu gibi kayyımın işlemlerine karşı şikayet yolunun mümkün olduğu sonucuna kıyas yoluyla ulaşılamayacaktır. Çünkü şikâyet yoluna kural

139 Bal, 2021, s. 405.

140 Hunkeler/Wohl, pn. 24; Kren Kostkiewicz, pn. 3; Pekcanıtez/Erdönmez, 2018, s. 142.

141 Kanun tarafında açıkça öngörüldüğü hallerde icra ve iflas daireleri dışındaki organların işlemleri şikâyet yoluna tâbidir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 76).

142 Gözler, 2019, s. 366-368.

olarak icra ve iflas dairesinin işlemlerine karşı başvurulabilmektedir. İstisnai olarak da konkordato komiserinin ve iflas idaresinin işlemleri şikâyet yoluna tâbi tutulmuştur. Bir başka deyişle şikâyet yolu tüm icra organlarını kapsayıcı bir hukuki yol değildir. Bu çerçevede konkordato komiserinin veya iflas idaresinin işlemlerinin şikayet yoluna tâbi olması istisnai bir hüküm olmasından hareketle, kayyıma da bu şikayet yolu kıyasen uygulanamayacaktır[143]. Üçüncü olarak medeni yargılama hukuku ile icra ve iflas hukuku şekli hukuk dallarıdır. Şekli hukuk dallarında hukuki prosedürün kanuniliği ve sınırlılığı çerçevesinde temel hak ve özgürlükler esas alınarak yorum yapılabilir. Şekli hukuk dallarında kıyasın çok uygulama bulamayacağı söylenebilecektir[144]. Son olarak kayyımlığa ilişkin hükümler bakımından bir gerçek (kural dışı) boşluk olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Çünkü kayyım atama işlemi, çekişmesiz yargı işi olan konkordatonun tasdiki aşamasında, geçici hukuki himaye tedbiri olarak verilmektedir. Çekişmesiz yargıda, iş üzerinde hâkimin karar vermesi hâkimin görevini sona erdirmeyip, hâkim, kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetleyebilir[145]. Konkordatonun tasdiki bir çekişmesiz yargı işidir ve resen araştırma ilkesi uygulanır[146]. Kayyım atanmasıyla, tasdik mahkemesi kayyımın raporlarıyla bilgilenmektedir. Bir bakıma kayyım aracılığıyla konkordatonun yerine getirilmesini denetlemekte ve sağlamaktadır. Bu bakımdan kayyımın bağımsızlık ve tarafsızlığının gereği olarak yasaklılığını gerektirecek hallerde mahkemenin müdahalesi söz konusu olabilecektir. Bu da İİK m. 10, 11 hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektirmeyecektir. Buna ek olarak tasdik mahkemesi kayyımın işlemlerini ilgililerin talebiyle veya resen denetleyebilecektir. Bu durumda mahkemenin kayyımın iş ve işlemlerini denetimi, İİK m. 16 hukuki sebebinden değil, çekişmesiz yargı işindeki geçici hukuki himaye tedbirinin hukuki niteliğinden kaynaklanacaktır.

V- KONKORDATODA KAYYIMIN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU

Kayyımlığın kamusal bir işlevi bulunmaktadır. Bu çerçevede kayyımın mahkeme tarafından görevlendirilmesiyle hukuki sorumluluğunun hangi esaslar çerçevesinde olacağının da belirlenmesi gerekmektedir. Konkordatoda kayyım bir kamu görevi görmektedir. Bir asli ve sürekli kamu hizmetinin yerine getirilmesini sağlayan kişiler kamu görevlisidir. Kayyım bir kamu hizmeti olan adli hizmet içerisinde

143 Gözler, 2019, s. 370.

144 Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2020, s. 16.

145 Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, 2013, s. 261; Yağcı, s. 342. Bu konuda bkz. Aras, s. 142.

146 Saim Üstündağ, İflas Hukuku, 8. Basım, İstanbul, 2009, s. 250.

bu hizmetin yerine getirilmesine hizmet eden kişi konumundadır. Bunun sonucunda kayyım, kamu görevlisidir[147].

Doktrinde bir görüşe göre, kayyıma konkordato komiserinin ve iflas idaresinin hükümleri kıyasen uygulanabilir[148]. Bu görüşten hukuki sorumluluk bakımından kayyımın şahsen hukuki sorumluluğunun doğacağı sonucu çıkarılabilecektir (kıyasen İİK m. 227/4,5). Doktrinde diğer bir görüşe göre ise, kayyımın görevinin kamusal niteliğinden ve sorumluluğun düzenlenmemesinden kaynaklı olarak kayyımın sebep olduğu zararlardan şahsen sorumlu olamayacağı, İİK m. 5'in kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmüştür[149]. Bu görüş kabul edildiği takdirde devlet aleyhine açılacak tazminat davasının adli yargıda görülmesi gerekmektedir. Kanımızca bu hususta bir düzenleme yapılması zorunludur. Çünkü hukuki sorumluluğa ilişkin kıyasla komiserin sorumluluğu veya icra memurunun sorumluluğu hükümleri uygulanamayacaktır[150]. Kayyım bir kamu görevi icra etmektedir. Kayyımın hukuki sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çerçevede genel sorumluluk kuralları geçerlilik kazanacaktır. Kayyımın kusuruyla sebep olduğu zararlardan ötürü, AY m. 129/5 hükmü gereği devlet sorumlu olacaktır[151]. Sorumluluk hakkında bir düzenleme olmaması sebebiyle davanın şu haliyle idari yargıda görülmesi gerekmektedir. Ancak bu konuda bir düzenleme yapılarak kanun koyucu tarafından konkordato komiserinin sorumluluğuna veya icra dairesinin sorumluluğuna benzer düzenleme yapılması söz konusu olabilecektir.

Konkordatoda kayyımın cezai sorumluluğuna değinilecek olursa, kayyım bir kamu görevlisidir. Atipik bir cebri icra organı olarak adli hizmetin yerine getirilmesi için çalışan kişilerdendir. Bu çerçevede kayyımın özgü suçları işleyebileceği veya görevinden ötürü işlediği suçlarda cezasının ağırlaştırılabileceği söylenebilecektir[152].

SONUÇ

Konkordatonun tasdiki kararını veren mahkeme, İİK m. 306/2 hükmü gereği konkordatonun yerine getirilmesi için bir kayyım atanması konusunda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu kayyımın hangi yetkilere sahip olacağının düzenlemede çerçevesi çizilmiştir. Öncelikle konkordatoda kayyım, konkordatonun yerine getirilmesi amacıyla atanmaktadır. Yetkilerin çerçevesi de gözetim ve yönetim

147 Bu yönde bkz. Hunkeler/Wohl, pn. 24. Benzer açıklamalar için bkz. Tanrıver, 1993, Konkordato Komiseri, s. 133-135.

148 Yağcı, s. 344, 346.

149 Bal, 2021, s. 409.

150 Bu yönde açıklamalar için bkz. IV.

151 Bu yönde bkz. Hunkeler/Wohl, pn. 24.

152 Bal, 2021, s. 408.

yetkileri olarak çizilmiştir. Konkordato projesinin bir tasfiyeyi içermesi durumunda tasfiye tedbirlerini alacak bir kayyım görevlendirilebilecektir. Bu yetkiler, sınırlama bakımından tedbirlerin hafiften ağıra doğru ilerlemesidir. Çünkü mahkeme en hafif bir tedbir olan gözetim yetkisini verdiğinde kayyım borçlunun ve işletmesinin mali durumunu rapor etmekle görevli olacaktır. Bu borçlunun tasarruf yetkisinde kısıtlamaya sebep olmamaktadır. Mahkeme, bazı işlemlere kayyımın katılması veya bazı malvarlığı unsurlarını kayyımın yönetmesi şeklinde birtakım tedbirlere de yetkisi çerçevesinde hükmedebilecektir. Bu şekilde kayyıma gözetim dışındaki yetkilerin de verilmesiyle tedbirler ağırlaşır.

Konkordatoda kayyım, vesayet organı olan kayyım gibi değildir. Konkordatodaki kayyım atandığı kişinin menfaatini gözeten kişi değil, konkordatonun başarıya ulaşmasındaki menfaati gözeten kişidir. Bu çerçevede düzenlemede bir kavram sorunu bulunmaktadır. Düzenleme bu haliyle vesayet organı olan kayyım ile karıştırılmaya müsait haldedir. Konkordatodaki kayyım kamu işlevi gören atipik bir cebri icra organıdır. Çekişmesiz bir yargı işi olan tasdik incelemesi sonucunda, geçici hukuki himaye tedbiri olarak kayyım atanabilmektedir.

İİK m. 306/2 mahkemeye kayyımın atanması ile hak, yetki ve yükümlülükleri bakımından takdir yetkisi vermiştir. Birçok hususta uygulanacak hükümlere yer verilmemesi sebebiyle doktrinde konkordato komiserine veya iflas idaresine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce mevcut düzenlemede kıyasen uygulanacak bir hüküm aranması gerekmemektedir. Kayyımlığın düzenlemesi şu haliyle birçok hususta ya hâkimin takdir yetkisine tâbi ya da genel ilkelere tâbi durumdadır. Kayyıma İİK m. 10 ile 11'in uygulanması gerekmemektedir. Çünkü mahkeme kayyımı atadıktan sonra da denetleyecektir. Kayyımın icra organı niteliği gereği bağımsız veya tarafsız davranmadığı durumlarda resen veya talep üzerine mahkemece gerekli karar verilebilir. Kayyımın işlemlerine karşı, kayyımı atayan mahkemeye başvurulabilir. Fakat bu başvuru şikâyet olarak nitelendirilemez. Bu işlemler, kayyım atamasının niteliği gereği denetime tâbi iş ve işlemlerdir.

Kayyımın hukuki sorumluluğu düzenlenmemiştir. Bu çerçevede kıyasen İİK m. 227/4 veya İİK m. 5 uygulanmamalıdır. Çünkü kıyası gerektirecek bir durum mevcut düzenlemede bulunmamaktadır. Somut düzenlemeye göre kayyımın kamu görevlisi olduğu dikkate alındığında AY m. 129/5 gereği devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk davasının idari yargıda açılabileceği söylenebilir. Sorumluluk davasının idari yargıda açılması istenmiyorsa, kanun koyucu tarafından açıkça bir düzenleme yapılması gerekecektir. Kayyımın kamu görevlisi olması cezai sorumluluk bakımından özgü suçları işlemesini mümkün kılar.

KAYNAKÇA

Açıkgöz A, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul, 2017.

Akıntürk T/Ateş D, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, 21. Basım, İstanbul 2019.

Albayrak H, İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara, 2020.

Ansay S Ş, İcra ve İflas Usulleri, İstanbul, 1960.

Antalya G/Topuz M, Medeni Hukuk, 3. Basım ,C. I, Ankara, 2019.

Aras A, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Ankara, 2017.

Arslan A S, İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları, Ankara, 2018.

Arslan R/Tanrıver S, Yargı Örgütü Hukuku, 2.Basım, Ankara, 2001.

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar A, Sema/Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku, 7. Basım, Ankara 2021.

Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2020.

Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2020,

Atıcı C, Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara, 2021.

Bal N, "Adi Konkordato Çerçevesinde Kayyım", C. 4, S. 2, 2021, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 390-414. (Kayyım).

Bal N, "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasında Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi", Yayımlanmamış Yükseklisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

Budak A C/Kale S, "Madde 306", Yeni Konkordato Hukuku, Selçuk Öztek (Ed.), 2. Basım, Ankara 2019,

Budak A C/Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku, 2. Basım, Ankara, 2018,

Cankal E/Karakaş C F, "Konkordato Kayyımının İşlevi Üzerine Düşünceler", C. 17, S. 49, 2021, MİHDER, ss. 571-598.

Çelikoğlu C T, İcra Dairesi Kararı, Bursa, 2017.

Doğan E, Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, Ankara, 2020.

Dural M/Öğüz T, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 18. Basım, İstanbul, 2017.

Dural M/Öğüz T/Gümüş, M A, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 5. Basım, İstanbul 2012.

Edis S, "Hukuk Uygulamasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", C. 30, S. 1, 1973, AÜHFD, ss. 169-196. (Takdir Yetkisi).

Edis S, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara, 1997.

Elgün Toğrul E Ş, Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara, 2021.

Erişir E, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, 2013.

Gözler K, Hukuka Giriş, 16. Basım, Bursa, 2019.

Gümüş M A, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, 2006.

Hunkeler D/ Wohl G J, "Art. 314", Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK - Schulthess Kommentar, Zürich - Basel – Genf, 2017, ss. 1843-1851.

Kale S, Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), İstanbul, 2017.

Kayhan Ç Ö, İflasın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık, Ankara, 2011.

Konuralp C S, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2013.

Kren Kostkiewicz J, "SchKG 314", SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Auflage, Zurich, 2020, ss. 835-836.

Kuru B, Nizasız Kaza, Ankara, 1961.

Meriç N, Türk-İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara, 2015.

Oehri D, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schultess Verlag, Zürich, 2018.

Oğuzman M K/Barlas N, Medeni Hukuk, 23. Basım, İstanbul, 2017.

Oğuzman, M K/Seliçi Ö/Oktay Ö S, Kişiler Hukuku, 16. Basım, İstanbul, 2016.

Özbek M S, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 4. Basım, Ankara, 2018.

Özekes M, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, 2009.

Öztan B, Aile Hukuku, 6. Basım, Ankara, 2015

Pekcanıtez H/Atalay O/Sungurtekin Ö M/Özekes M, İcra ve İflas Hukuku, 7. Basım, İstanbul, 2020.

Pekcanıtez H/Erdönmez G, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, 2018.

Pekcanıtez Y H, İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara, 1986.

Postacıoğlu İ E, İcra Hukuku Esasları, 4.Basım, İstanbul, 1982.

Postacıoğlu İ, Konkordato, İstanbul, 1965.

Sarısözen M S, Konkordato, 5. Basım, Ankara, 2021.

Sungurtekin Ö M, "7101 Sayılı Kanunla Getirilmiş Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu", 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, 5-6 Ekim 2018, ss.107-121.

Tanrıver S, "4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adî Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş

Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi", TBB, S. 51, 2004, ss. 67-90. (Değişiklikler).

Tanrıver S, Konkordato Komiseri, Ankara, 1993.

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku, 4. Basım, C. I, Ankara, 2021

Tanrıver S/Deynekli A, Konkordatonun Tasdiki, Ankara, 1996.

Taşpınar S, "Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", C. 22, S. 2, 2003, BATİDER, ss. 49-92. (Değişiklikler).

Taşpınar Ayvaz S, İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara, 2005.

Tekinay S S, Türk Aile Hukuku, 4. Basım, İstanbul, 1982.

Umar B, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973.

Üstündağ S, İflas Hukuku, 8. Basım, İstanbul, 2009.

Velidedeoğlu H V, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Basım, İstanbul, 1965.

Yağcı M O, "Uygulamadan Örneklerle Konkordato Kayyımı", C. 8, S. 1, 2021, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 329-355.

Yıldırım M K/Deren Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku, 8. Basım, İstanbul, 2021.

Yücel Ö, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara, 2011.

KENTSEL DÖNÜŞÜM YASASI KAPSAMINDA İMZALANAN TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ VE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN BAKANLIK VEYA İDARENİN TESPİTİ İLE DÖNME

The Signed Under the Urban Transformation Law with the Determination of the Ministry or Administration

Şaban TAMER*

Öz: Halk arasında "Kentsel Dönüşüm" yasası olarak bilinen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, son olarak 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı yasa ile değişikliğe uğramış, kanunun 6. maddesine 14.fıkra eklenmiştir. Yapılan değişiklikle, bu kanun kapsamında akdedilmiş olan, arsapayı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden arsa maliklerinin mahkemeye başvurmaksızın kendi aralarında alacakları karar sonrası idarenin tespiti ile dönmesi hakkı düzenlenmiştir. Kanundaki değişikliğin uygulamasına yönelik olarak da 6303 sayılı kanunun uygulama yönetmeliği m.13'e 11. fıkra eklenmiştir.

Riskli yapı olarak tespit edilen binalarını yeniden değerlendirmek için genellikle bir müteahhit ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalayan malikler, inşaat yapım sürecinin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle uzaması sonucunda, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı gereği mahkemeye başvurarak haklarını aramaya çalışmaktadır. Müteahhitten kaynaklanan sebeplerle uzun süre mağdur olan arsa maliklerinin, uzun yargılama süreçlerinde daha fazla mağdur olmaması için yüklenici ile imzalanmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden, kanun ve yönetmelikte belirlenen şartlar dahilinde malikler tarafından alınacak karara istinaden, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ya da yetki devri halinde ilgili Belediye Başkanlığı'nın yapacağı tespit üzerine, dönülmesi için özel bir usul belirlenmiştir.

Bu çalışmamız ile; yapılan düzenlemenin uygulama şartları, sürelerin hesaplanması, sözleşmeden dönme iradesi ve tespit süreçlerini ortaya koyarak, uygulamada çelişki oluşturabilecek ve yoruma açık bırakılan hususlara dikkat çekmeye, idarenin "takdir hakkı" nın kriterlerinin açıkça düzenlemesi gerektiği hususuna değinilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Kentsel Dönüşüm, Sözleşmelerin Bakanlık/İdare eliyle feshedilmesi, Kentsel Dönüşümde Sözleşmeden Dönme.

Abstract: The Law No. 6306 on Transformation of Areas Under Disaster Risk, popularly known as the "Urban Transformation" Law, was last amended by Law No. 7181 of 04.07.2019, and clause 14 was added to Article 6 of the law. With the amendment made, the right of the land owners to recede from the "Construction Contract For Land Share" and the "Promise to Sell Real Estate Contract" which are concluded within the scope of this law, after taking a decision among themselves without applying to the court and with determination of the administration was regulated. For the implementation of the amendment in the law, clause 11 has been added to article 13 of the implementation regulation of the law numbered 6303.

Owners, who usually sign a construction contract for land share, with a contractor in order to re-evaluate their buildings that are identified as risky buildings, try to seek their rights by applying to the court in accordance with the established jurisprudence of the Court of Cassation, as the construction process is prolonged because of the contractor. In order to prevent the land owners, who have already suffered for a long time due to causes arising from the contractor, from suffering more during the long adjudication process, a special procedure has been determined for receding from "Construction Contract For Land Share" and the "Promise to Sell Real Estate Contract" upon the determination by the Ministry of Environment and Urbanization or -in the event of a transfer of authority- the relevant Municipality, based on the decision taken by the land owners, being subject to the conditions determined by the law and regulation. With this study; the implementation conditions of the amendment, calculation of the periods, the will to recede from the contract, determination processes will be explained. Issues that may create contradictions in practice that are left open to interpretation, and need for clear regulation on the criteria of the administration's "discretionary right" will be pointed out.

Keywords: Construction Contract For Land Share, Promise to Sell Real Estate Contract, Urban Transformation, Termination of Contracts by the Ministry / Administration, Recede from Contracts in Urban Transformation.

* Avukat, İstanbul 2 Nolu Barosu, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, av.sabantamer@gmail.com, ORCID 0000-0003-0257-9936

Makale Geliş Tarihi: 14.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2022

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte ekseriyet görüşüne göre ani edimli,[1] kanunda açıkça düzenlenmeyen, niteliği gereği eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesi özelliklerinin ikisini de bünyesinde barındıran karma bir sözleşme türüdür.[2] Bu sözleşme türünde borçlunun faaliyetleri süresince değil, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleştiği anda edimin ifa edildiği kabul edilmektedir.[3]

Bu sözleşme ile arsa sahibi, arsası üzerine yüklenicinin malzemesi ve işçiliği ile bina yapması, bina yapmak için hazırlık icraatlarını gerçekleştirmesi, yaptığı binayı sözleşmeye ve imar mevzutına uygun halde kendisine teslim etmesi karşılığında, arsasından ya da yapılan binadaki bağımsız bölümlere tanımlı arsa paylarından bir miktarını devretme yükümlülüğü altına girer. Karma nitelikleri ve birçok ayrıntıyı içerisinde barındırması sebebiyle, bu sözleşmelerin kuruluşundan sonra ermesine kadar kendisine has özellikleri bulunmaktadır.

TBK[4] m. 12'ye göre, kural olarak sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir.[5] Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz devrini de içerdiğinden dolayı TMK[6] m. 706, TBK m. 237, Tapu K.[7] m. 26 ve Noterlik K.[8] m. 60 ile m. 80 gereği resmi şekilde

---

1 Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 594-595; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 595; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Filiz, İstanbul, 2019, s.324; Mehmet Remzi/ Sezer Aydın, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s.288; İzzet Karadaş, Eser Sözleşmeleri, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2016, s. 35; Sürekli edimli sözleşmedir görüşü için bakınız. Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İst. Üniv. Huk. Fak. Yayınları, İstanbul, 1977, s.25; Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 9; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2007, s. 166; Ani ve sürekli edim karmaşığı borç içeren sözleşmedir görüşü için bakınız. Yusuf Büyükay, Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, s.44-48; Ayrıca uygulamada Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 1983/3 E. ve 1984/1 K. sayılı kararında "geçici-sürekli karmaşığı" olarak nitelenmektedir. (www.kazancı.com, s.e.t. 15.12.2020)

2 Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, Vedat, İstanbul, 2016, s. 6; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013, s. 208; Zekeriya Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, Filiz, İstanbul, 2017, s. 7; İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, s. 290.

3 Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 16. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, s. 11.

4 RG, 11.01.2011, 27836.

5 Oğuzman/Öz, 2018, s. 139; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 15. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s.110; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Beta, İstanbul, 2008, s. 66; Mehmet Remzi/ Sezer Aydın, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s.131.

6 RG, 22.11.2001, 24607.

7 RG, 22.12.1934, 2892.

yapılmak zorundadır. Resmi şekilde düzenlenmesi geçerlilik şartıdır.[9] Bu nedenle, bu sözleşmeler resmi şekilde düzenlenmez ise kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

Yasal bir dayanağı olmamasına karşın Yargıtay uygulamasına göre,[10] arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi ve sözleşmeden dönülmesi ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilmektedir. Bu husus doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir.[11] Fakat mahkemelerimizdeki yargılama sürecinin uzun olması sebebiyle hak sahipleri büyük mağduriyetler yaşamakta ve zararlara uğrayabilmektedir. Bu da adalete olan inancın sarsılmasına neden olmaktadır.

Ülkemizde özellikle 17 Ağustos 1999 yılında meydana gelen büyük deprem ile binaların depreme dayanıksızlığı gündem olmuş, bunun sonucunda yurt genelinde yapılan analizlerde yapı bloklarının depreme dayanıksız olduğu anlaşılmıştır. Bu sebeple, muhtemel güçlü bir deprem sonucunda, dayanıksız binalar sebebiyle çok büyük oranda can ve mal kaybının olabileceği öngörüsü ile imar-ihya çalışmaları için yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

Bu düzenlemeler içerisinde en kapsamlısı, halk arasında "Kentsel Dönüşüm" yasası olarak bilinen 6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun[12] ve Uygulama Yönetmeliğidir."[13] Bu kanunun amacı m.1'de şu şekilde ifade edilmektedir:*"Afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir."*[14] Buna göre; kanunun amacından da anlaşılacağı üzere, sağlık ve güvenlik gerekçeleri ile risk altındaki alanların ve risk taşıyan bina bloklarının hızlı bir şekilde yenilenmesi istenmekte, bu sebeple de bu kanun ile diğer kanunlardaki genel düzenlemelere istisna düzenlemeler yapılarak hızlı hareket edilmeye çalışılmaktadır.

---

8 RG, 18.01.1972, 14090.

9 Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 69.

10 Yargıtay 15. HD, E: 1999/1572, K: 1999/2448; 15. HD, E: 2005/7594, K: 2006/7533; 15. HD, E: 2007/1276, K: 2008/2431 (www.kazancı.com, s.e.t. 01.12.2020).

11 Turgut Öz, "Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi", C.10, S.100, Mart 2018, Fasikül Hukuk Dergisi, s.21-39.

12 RG, 31.05.2012, 28309.

13 15.12.2012 tarih 28498 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan bu yönetmeliğin ismi 27.07.2014 tarih 29071 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik yönetmeliği ile "6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği" olmuştur.

14 Zekeriya Kurşat, "6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", 2. Baskı, Kentsel Dönüşüm Hukuku, Cenk Şahin/ Melikşah Yasin (ed.), Oniki Levha, İstanbul, 2015, s.18.

6306 sayılı kanun m. 3'e göre riskli yapı[15] olarak tespit edilen ve yıkılması gereken binaların yeniden değerlendirilmesi için maliklerince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmaktadır. Bu aşamada inşaatların sözleşmeye uygun inşaa edilerek maliklerin mağduriyetinin engellenmesi ve kentsel dönüşüm sürecinin hızlanması önem arz etmektedir. Bu amaçla 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı yasa[16] m.24 ile 6303 sayılı yasa m.6'ya 14.fıkra eklenerek, riskli yapılara ilişkin imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden, yükleniciden kaynaklanan sebeplerle malikler tarafından dönülebilmesi için düzenleme yapılmıştır.

Kanunda "sözleşmenin feshedilmesinden" bahsedilmektedir. Düzenlemenin mahiyeti dikkate alındığında, ifa hazırlık işlemlerine[17] hiç başlanmaması veya hazırlık faaliyetlerinde gecikilmesi sebebiyle sözleşmeden dönülmesinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşme ilişkisi baştan itibaren hükümsüz hale gelmektedir.*"Dönme, sözleşme ilişkisini çözer, fesih ise sözleşme ilişkisini sadece sona erdirir."*[18] Sözleşmeden dönülmesi halinde, ifa edilmemiş edimleri yerine getirme yükümlülüğü ortadan kalkar, yerine getirilenler ise geri istenebilir hale gelir.[19] TBK m. 473 ve m. 125'te, işe başlamada gecikilmesi sebebiyle sözleşmenin geriye etkili ortadan kaldırılması durumu "sözleşmeden dönme" olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, düzenlemede "sözleşmenin feshi" kavramının kullanılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Bu çalışmamızla, kentsel dönüşüm kapsamında yüklenicinin işe başlamaması veya ifa faaliyetlerinde gecikmesi halinde arsa maliklerinin sözleşmeden dönme hakkının koşulları incelenecektir.

I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME ŞARTLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 6306 sayılı kanundan önce de hukuk hayatımızda sıkça karşılaşılan, çok fazla uygulaması olan bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönülmesi ve buna bağlı sonuçları farklılık arz etmektedir. Yargıtay uygulamasında bu sözleşmelerin feshi ve sözleşmeden dönülmesi için mahkemeden karar alınması gerekmektedir.[20] Bu içtihadi zorunluluk sebebiyle dava açmak

---

15 Riskli yapı; 6306 sayılı yasa m.2 ve uygulama yönetmeliği m.3'te "Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır asar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı" olarak tanımlanmaktadır. Gül Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 131.

16 RG, 10.07.2019, 30827.

17 Öz, 2016, s. 127-128.

18 Serozan, 2007, s. 118.

19 Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Tıpkıbasım, Yetkin, Ankara, 2014, s. 65.

20 Yargıtay 15. HD, E: 2007/1276, K: 2008/2431; 15. HD, E: 2005/7594, K: 2006/7533

suretiyle sözleşmesel ilişkiden kurtulmaya çalışan taraflar maalesef mahkemelerdeki uzun yargılama süreçleri sebebiyle mağdur olabilmektedir. İşte bu sakıncanın bir nebze olsun aşılabilmesi ve özellikle deprem baskısı sebebiyle hızlı şekilde yapı bloklarının yenilenmesi için 6306 sayılı yasa m.6'ya eklenen 14. fıkra ile uzayan yargılama süreçlerinde yaşanan mağduriyetlerin azaltılması amacıyla özel bir hüküm getirilmiş ve sözleşmeden dönülmesi kolaylaştırılmıştır.[21]

6306 sayılı yasanın uygulama işlemleri başlıklı 6/1inci maddesi ile riskli yapı olarak tespit edilen[22] binaların yeniden değerlendirme usulleri belirlenmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir:*"…Bu çerçevede riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir…"*

Düzenlemede geçen "*kat karşılığı veya hasılat paylaşımı …ile yeniden değerlendirilmesine"* şeklindeki cümle ile bu binaların yıkılması sonrasında ya da yıkılmasından önce, riskli yapının bulunduğu parsele ilişkin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılarak eski binaların dönüşümlerinin sağlanabileceği belirtilmiştir.

Bu yasa kapsamında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin feshinde ve sözleşmeden dönülmesinde de TBK'daki genel hükümler cari iken, 6306 sayılı yasanın 6ncı maddesine eklenen 14.fıkra ile arsa maliklerinin en az 2/3

(www.kazanci.com, s.e.t 01.12.2020).

[21] 25.06.2019 tarihli TBMM 91 sıra sayılı kanun teklifinin 24. madde gerekçesi şu şekildedir; "…uygulamada malikler ve müteahhitler arasında anlaşma sağlanmış olmasına rağmen müteahhitten kaynaklanan sebeplerle uzunca bir zaman yeni yapının yapım işine başlanılmaması veya yapım işine belirli bir seviyeden sonra devam edilmemesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda malikler işe başka bir müteahhit ile devam etmek istediklerinde mevcut sözleşmelerin genel hükümlere göre fesih edilmesi uzunca bir zaman almakta ve bu da maliklerin daha da mağduriyetine sebep olabilmektedir".

Bkz. (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss91.pdf s.e.t 18.12.2020).

[22] 6306 sy.lı yasa m.3/1: Riskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdareye bildirilir. Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir. Verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir.

arsa payı çoğunluğu ile alacakları karara istinaden Çevre Şehircilik Bakanlığı veya idare tarafından yapılacak tespite göre sözleşmeden dönülebileceğine dair düzenleme yapılmıştır.

Bu usulle sözleşmeden dönülmesi aşağıdaki şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

A. BİR YIL İÇİNDE YAPININ YAPIM İŞİNE BAŞLANMAMIŞ OLMASI

Eser sözleşmelerinde genellikle işe başlama tarihi belirtilmektedir. Bu tarih belirtilmemiş olsa bile TBK m. 90 gereği müteahhidin gecikmeksizin derhal işe başlaması gerekir.[23] Müteahhidin bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde TBK m. 473/1'e göre iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkündür. Burada teslim borcundaki temerrütten değil eserin yapılmasındaki temerrütten bahsedilecektir.[24]

Doktrinde ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu ve müteahhidin borcu açısından, iş sahibinin menfaatinin gerçekleştiği eserin teslimi anında borcun ifa edilmiş olacağı kabul edilmektedir. Kural olarak eser sözleşmelerinde borç, sözleşme ile belirlenen sürenin bitimi anında muaccel olacaktır. TBK m. 473/1 ile, eser sözleşmelerinde sözleşme ile belirlenen ya da belirlenmemiş olsa bile makul sürenin[25] dolması ile muaccel olacak olan teslim borcunun ifa zamanı beklenmeden, sözleşmeden dönülebilmesini sağlayan özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, müteahhidin işe zamanında başlamaması halinde iş sahibi teslim gününü beklemek zorunda kalmaksızın sözleşmeden dönebilmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile "işe başlanmamasını" dönme gerekçesi yapmıştır. Bu madde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uyarlandığında kastın sadece "inşaat yapım işine" başlanmaması olmadığı, inşaat yapımına fiilen başlanabilmesi için gerekli hazırlık işleri olan projenin çizilmesi, onay alınması, inşaat ruhsatı alınarak gerekli eleman ve ekipmanın hazır edilmesi gibi hazırlık faaliyetlerinin de işe başlama kavramı içerisinde olduğu kabul edilmelidir.[26]

---

[23] Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1978, s. 82; Karadaş, s. 510.

[24] Eren, 2020, s. 639.

[25] Erman, s. 78-79; Kurşat, s. 208; Nezih Sütçü, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s.719; YHGK, E:2012/13-64, K: 2012/219 T: 21.03.2012, (www.kazanci.com s.e.t 18.12.2020); Yargıtay 15. HD, E: 2002/3551, K: 2002/5068 (www.kazanci.com s.e.t 18.12.2020); Yargıtay 23. HD, E: 2015/9549, K: 2018/4608 (www.kazanci.com s.e.t 18.12.2020).

[26] Öz, 2016, s. 128; Eren, 2020, s. 638; Hüseyin Altaş, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m.358), Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006, s. 100; Sütçü, s.708; Özge Yücel, "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Sürdürme Borcu", C.57,

Sözleşmenin kurulması ile derhal işe başlaması gereken müteahhit, makul süre içerisinde hazırlık işlerini tamamlamazsa, iş sahibi TBK m. 473/1'e göre her zaman sözleşmeden dönebilir. Fakat6306 sy.lı yasanın 6ncı maddesine eklenen 14.fıkra ile,[27] bir yıl içinde "yeni yapı işine başlanmamış olması" dönme gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu bilinçli olarak inşaat yapım işi ile hazırlık işlerini ayırmış görünmektedir.

Riskli yapı tespiti yapılan bina/binalarda birden fazla malik varsa arsa payı oranına göre 2/3 çoğunluk kararı ile bu binaların yıkılmasından sonra ya da önce yeniden değerlendirilmesi amacıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılabilmektedir. TMK m. 692 gereği, kural olarak olağan kullanımı aşan yapı işlerine tüm maliklerin kabulü ile karar verilebilmektedir.[28] Ancak 6306 sy.lı yasa m.6'da bu genel düzenlemeye istisna getirilerek, bu tarz yapı işleri için arsa payı oranı dikkate alınarak tüm arsa payının 2/3 çoğunluğunu teşkil edecek orandaki hissedarın kabulü ile karar verilebilmektedir. Bu karara istinaden bir müteahhitle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış olması kanun m. 6/14'e göre sözleşmeden dönme sebebi sayılmaktadır.

Fıkranın ilgili bölümü şu şekildedir;

"...Bu kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış...ise...yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabilir."

S.3, Eylül 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.781; Aybike Tunç, İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, C. 11, S.1, Haziran 2016, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.262.

[27] 6306 sy.lı yasa m.6/14'te; "...Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oybirliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise..." denilmektedir.

[28] M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz, İstanbul, 2020, s. 369; Etem Saba Özmen/ Mehmet Şengül, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 71; Pınar Ağca Toplandı, Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Yetkin, Ankara, 2016, s. 66; Etem Saba Özmen/ Gülşah Sinem Aydın, Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama, C.14, S.1, Haziran 2015, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.20.

Madde metninin ilgili bölümü incelendiğinde, sözleşmeden dönme şartı olarak bir yıllık süre şartının yerine gelmesi şu durumların gerçekleşmesi ile mümkün olacaktır. Buna göre; maliklerin oybirliği ya da en az 2/3 hissedarın kabulü ile sözleşme imzalamasından sonra sözleşmeye muhalif kalan 1/3 hissedarın hisseleri 6306 sayılı yasa m. 6/1'e göre açık arttırma usulü ile satılabilmektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir:*"...Bu karara katılmayanların arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. (Değişik cümleler:29/11/2018-7153/23 md.) Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde bu paylar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Riskli yapılarda ise anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılıncaya kadar satış işlemi tekrarlanır."* Bu düzenleme gereğince satışın yapılıp kesinleşmiş olması yani tapuda tescil işleminin tamamlanıp, muhalif maliklerin arsa paylarının, sözleşmeyi imzalayan arsa malikleri adına ya da sözleşmeyi kabul edeceğini taahhüt eden 3. kişiye tescili yapılmış olmalıdır.

Satış işleminin kesinleşip tescilin yapılmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle yapım işine hiç başlanmamış olmalıdır. Kanun koyucunun "yapım işi" kavramını bilinçli kullandığını düşünmekteyiz. Zira, sözleşmenin yapılması ile birlikte inşaatın yapım işine başlanılmadan önce imar mevzuatına göre yapılması gereken hazırlık işlemleri,maliklerin de kabul edeceği mevzuata uygun mimari projenin hazırlatılması, mimari projenin ilgili idareye sunularak inşaat ruhsatı alınması gibi inşaat yapım hazırlık işlerinin inşaat yapım işinden önce yapılıp tamamlanması gerekmektedir.[29]

İki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılması ile birlikte yüklenici açısından özellikle TBK m. 473/1'deki "işe başlama ve yürütme"[30] ve m. 471'deki "yüklenicinin sadakat ve özenle işi yürütmesi" borçları doğacaktır.[31] Kanun koyucu "yapım işi" kavramını özellikle kullanarak, sözleşmenin imzalanmasından yapım işine başlanmasına kadar geçen sürede bu düzenlemenin cari olmayacağını, sadece fiilen yapım işine başlanması gereken günden itibaren bir yıllık sürenin boş geçirilmesini sözleşmeden dönme şartı olarak kabul etmiştir. Bu sebeple, sözleşmenin imzalanmasından fiilen inşaat yapım

[29] Doktrinde Gümüş, hazırlık faaliyetlerinin yapılmasının iş görme fiili oluşturmayacağını söylemektedir. Bkz. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Filiz, İstanbul 2019, s. 342.

[30] Yavuz, s. 561; Kurşat, 2017, s. 195; Kostakoğlu, s. 234; Yasemin Durak, Arsa Payı karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, C.6, S.3, 2015, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.222.

[31] Büyükay, s. 144; Kaplan, s. 63; Karadaş, s. 138; Erman, s. 37- 40.

işine başlanılan güne kadar geçecek sürede TBK m. 473/1 ve m. 471'e göre sözleşmeden dönülmesine engel bir durum olmadığını düşünmekteyiz.

Konuya ilişkin, uygulama yönetmeliği 13üncü maddesine eklenen 11/a-1 fıkrasındaki[32] düzenleme ile de fesih şartı aynen tekrarlanmış fakat müteahhitten kaynaklanan sebepler cümlesine vurgu yapılarak; sözleşmeden bu gerekçe ile dönülebilmesi için yapım işinin başlamasından önce hak sahiplerince yapılması gereken edimler varsa bunların tamamlanmış olması, yapım işine engel teşkil edecek yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olmaması gerekliliği özel olarak düzenlenmiştir. Yapım işleri başlamadan önce hak sahiplerince ifa edilmesi gereken edimler örnekleme yoluyla sayıldıktan sonra "veya benzeri" denilerek bu edimlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı, sözleşmenin ve parselin öznelliğinden kaynaklanan, kanun ve sözleşme gereği "hak sahiplerince" yerine getirilmesi gereken tüm edimlerin tamamlanmış olması gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

Burada dikkate alınacak önemli bir husus da bu edimin "yapım işine engel teşkil eder mahiyette olması" gerektiği açıklamasıdır. Bu durumda müteahhit, hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimin yapım işine engel teşkil etmemesi halinde bu gerekçeyi ileri sürerek bir yıllık şartın yerine gelmediğini iddia edemeyecektir.

Yönetmeliğin bu maddesinde gözden kaçmaması gereken bir ayrıntı da "hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler" cümlesidir. İdare bu düzenleme ile sadece maliklerce yapılması gereken edimlerden değil riskli yapı ile ilgili ayni ya da şahsi tüm hak sahipleri tarafından yapılması gereken edimlerden bahsetmektedir. Kanun metninde düzenlenmeyen bu ön şartın yönetmelik ile düzenlenmesinin kanuna aykırılık teşkil ettiği kanısındayız.

B. YAPIDA ALTI AYDIR İŞİN DURDURULMUŞ OLMASI

Kanun koyucu "yapım işinin durdurulması" kavramı ileTBK m. 473/1'de düzenlenen müteahhidin "işi sürdürme" yükümlülüğünün

[32] Uygulama alanında hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, hak sahiplerince aşağıda belirtilen şartlar dâhilinde talep edilebilir.

a) Fesih hakkının kullanılabilmesi için; Bütün maliklerle anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış olması gerekir. Sözleşmelerin bu gerekçe ile fesih edilebilmesi için, sözleşme hükümlerine göre yapım işinin başlanılmasından önce hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler var ise bunların yerine getirilmiş olması, yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olmaması ve yapım işine müteahhitten kaynaklanan sebeplerle başlanılmamış olması gerekir.

ihlaline dair özel bir düzenleme getirmektedir.[33] Sözleşmenin imzalanması ile birlikte TBK m. 90 gereği derhal işe başlaması gereken müteahhidin, TBK m. 473/1'e göre de ara vermeden, olması gereken hızla işe devam etmesi[34] gerekir. Müteahhit, işi geciktirmemelidir, aynı işi yapan bir müteahhidin işi devam ettirme performasında inşaat yapım işine devam etmelidir. Bu durum her olay için özel olarak değerlendirilebilir. Yapılan işin büyüklüğü, niteliği, başlama zamanı ile halihazırdaki durumu, normal şartlarda halihazırda hangi durumda olması gerektiği, çalışma hızı gibi hususların burada dikkate alınması gerekmektedir.

Müteahhit, işin teslim tarihini dikkate alarak çalışmalıdır. Çalışma hızını buna göre ayarlamalı ve çalışma hızına uygun ekip ve ekipmanı da istihdam etmelidir. Çalışma hızına ilişkin bir düzenleme olmaması[35] sebebiyle bu konuda objektif kriterlere göre olması gereken hız dikkate alınmalıdır.[36] Bu durumda müteahhidin işi teslim tarihine yetişecek hızla yapmaması ve gerekli ekipmanı ve elemanı bulundurmaması hali sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.[37]

6306 sayılı yasa kapsamında kurulan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden, bakanlık veya idare aracılığı ile dönülebilmesinin diğer bir şartı da müteahhit tarafından yapım işine başlanmış ve başlandıktan sonra yapım işinin durdurulmuş olmasıdır. İlgili düzenleme şu şekildedir. *"Bu kanun kapsamındaki alanlarda …yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise… yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin ez az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabilir."*

Buna göre bu şartın gerçekleşmesi için şu hususların dikkate alınması gerekecektir.

a) Maliklerin oybirliği ya da en az 2/3 arsa payına malik hissedarın sözleşme imzalamasından sonra sözleşmeyi imzalamayan 1/3 hissedarın hisselerinin, 6306 sy.lı yasa m. 6/1 de belirtilen "*açık artırma usulü ile satış"* düzenlemesi gereğince, satışının yapılıp kesinleşmesi üzerine, muhalif maliklerin hisselerinin diğer malikler ya da 3. kişiler adına tescilinin yapılması gerekmektedir.

---

33 Yavuz, s. 561; Eren, 2020, s. 638; Karadaş, s. 158.

34 İlhan Kara, "Kentsel Dönüşüm ve Kat karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", C.3 S.1, Ocak 2016, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, s.163; Yücel, s. 782; Tunç, s. 264; Yargıtay 15. HD, E: 2001/2694, K: 2001/4801, (www.kazanci.com, s.e.t. 20.12.2020).

35 Kurşat, 2017, s. 201.

36 Öz, 2016, s. 133; Karadaş, s. 512.

37 Karadaş, s. 158; Eren, s. 638; Tunç, s. 264; Yücel, s. 782.

b) Satış işleminin kesinleşerek, muhalif maliklerin hisselerinin diğer malikler adına tescilinden sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle yapım işinin durmuş olması aranacaktır.

c) Bu gerekçeye başvurmak için yapım işine başlanmış ve bir seviyede yapım işinin durdurulmuş olması lazımdır.

Kanun koyucu, 6306 sayılı yasa ile "yapım işinin durdurulmasından" bahsetmektedir. Düzenlemenin devamında "…projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise…" diyerek, aslında inşaatın tamamıyla durdurulmasından değil inşaatın teslim tarihine yetiştirilecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edilmemesi halini kastettiği anlaşılmaktadır.

İş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple, müteahhidin işi geciktirmesi, ekip ve ekipman bulundurmakla birlikte işin teslim tarihine yetişmesini sağlayacak yeterlikte ekip ve ekipmanı bulundurmaması halinde işin yavaşlatılması ya da geciktirilmesinden söz edilecektir.[38]

Yukarıda da değindiğimiz üzere, sözleşmenin imzalanmasından fiilen inşaatın yapımına başlanılan zamana kadar geçen sürede sözleşmeye aykırı olarak işin geciktirilmesi halinde TBK m. 473/1'e göre sözleşmeden dönme hakkı baki kalmaya devam edecektir. Fakat inşaat yapım işine başlandıktan sonra bir seviyede inşaatın yeterli ve teslim gününe yetişecek ekip ve ekipmanla yapılmaya devam edilmemesi halinde, 6306 sy.lı yasa ile getirilen bu özel düzenlemeye göre sözleşmeden dönülebilecektir.

Bu aşamada önemli bir husus da yapım işinin durdurulmuş olduğu seviye ve bu seviyede sözleşmeden dönmenin sonuçlarının neler olacağıdır. Yargıtay uygulamada,[39] arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın yapım seviyesinin %90 ve üzeri olması halinde sözleşmeden geriye etkili dönülemeyeceğini, sözleşmenin ancak ileriye etkili fesh edilebileceğini kabul etmektedir. Sözleşmeden geriye etkili dönülmesi ile ileriye etkili feshinin sonuçları ve uygulanacak hükümler de farklılık arz edecektir.

d) Yapım işinin durdurulmuş olmasının üzerinden altı aylık sürenin geçmiş olması zorunludur. Burada "durdurulmuş olma" zamanının başlangıcının belirlenmesi sorunu ile karşılaşılacağını düşünmekteyiz. Altı aylık sürenin başlangıcının belirlenmesi de önemlidir. Bu hususa "süre" başlığı altında detaylı olarak değinilecektir.

e) Yapım işinin durdurulmuş olduğu bu altı aylık süreçte projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete

[38] Altaş, s. 103; Kürşat, 2017, s. 201.

[39] Kostakoğlu, s. 608; Yargıtay İBK. E: 1983/3, K: 1984/1, T: 25.01.1984; Yargıtay 15. HD, E: 2018/4947, K: 2019/3227, T: 08.07.2019; Yargıtay 23. HD, E: 2012/5310, K: 2013/523, T: 05.02.2013; Yargıtay 23. HD, E: 2015/7389, K: 2016/5426, T: 26.12.2016, (www.kazanci.com s.e.t. 20.12.2020).

devam edilmiyor olması gerekmektedir. Yani, inşaat alanında güvenlik gibi, idari işler gibi rutin işleri takip eden personel olması ya da küçük çaplı işler yapılması halinde de yapım işinin tatil edilmiş olduğunun kabulü gerekecektir.

Yine yönetmelik m. 13/11-a.2 fıkrasında bu şart düzenlenmiş ve altı aydır gayri faal olunup olunmadığının ve yeterli ekipmanın kullanılıp kullanılmadığının ilgili idarece tespit edilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Yönetmelik ile yasanın bu bölümünde bahsedilen "projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipman ile devam edilip edilmediğine" dair denetim kriterlerine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. İdare tarafından yapılacak tespitin önemine rağmen denetim kriterlerinin belirsizliği, yasanın uygulanmasından beklenen amacın elde edilmesi konusunda şüpheler içermektedir.

Yönetmek fıkrasının ilgili bölümünün düzenlemesi şu şekildedir;

"...Yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması gerekir. Sözleşmelerin bu gerekçe ile feshedilebilmesi için, yapım işinin durdurulduğunun ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edilmediğinin, ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar, fotoğraflar, uydu görüntüleri vb. bilgi ve belgeler ile ortaya konulması gerekir..."

Buna göre; ilgili idarece, İstanbul'da yetkilendirilmiş ilçe belediyeleri, diğer illerde Çevre Bakanlığı Kentsel Dönüşüm Büroları, yapım işinin yeterli ekipmanla yapılıp yapılmadığına dair tespit tutanağı düzenlemesi, projeye ilişkin daha önce düzenlenmiş tutanak ve kayıtların incelenmesi, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar ile kendi tespitlerinin karşılaştırılması, işlem dosyalarındaki tarihli fotoğraflar, uydu görüntülerinin incelenmesi, ayrıca bunlar dışında tespite yarayacak başkaca belgeler var ise ya da elde edilebiliyor ise bunların da incelenmesi sonucunda bir tespit tutanağının düzenlenmesi gerekecektir.

II. SÜRELERİN BAŞLANGICI VE HESAPLANMASI ESASLARI

Kanun m. 6/14 ve yönetmelik m. 13/11'de düzenlenen sözleşmeden dönme prosedürünü açıklayabilmek için öncelikle sürecin nasıl işlediğini kısaca özetlemek gerektiği düşüncesi ile kentsel dönüşüm sürecine ilişkin açıklamalara değinilmesi gerekmektedir. Kentsel dönüşüm süreci ve sürece ilişkin kavramlar şu şekildedir;

III. KENTSEL DÖNÜŞÜM SÜRECİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR

Karar; ekonomik ömrünü tamamladığı düşünülen ve birden fazla malikin bulunduğu yapılarda bu maliklerce, arsa payı miktarları dikkate alınarak 2/3 çoğunlukla, binalarının riskli yapı olup olmadığı konusunda,

Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlara başvurmak için karar alınır. Süreç bu karar ile başlamaktadır.[40]

Başvuru; maliklerce alınan bu karara istinaden, bakanlıkça riski yapı tespiti yapmak ve bu konuda rapor düzenlemek üzere lisans verilen kurum ve kuruluşlara ücreti kendilerine ait olmak üzere başvuru yapılır ve bu kurumlardan binanın deprem yönetmeliklerine dayanıklı olup olmadığı konusunda rapor hazırlamaları istenir.[41] (Kanun m.3)

Tespit; başvuru üzerine bu kurumlarca, maliklere ait binadan alınan örneklerle teknik analizler ve incelemeler yapılarak binanın deprem yönetmeliğine[42] uygun olup olmadığı tespit edilir ve bu konuda rapor düzenlenerek idareye elektronik yazılım sistemi üzerinden bildirilir. Raporda teknik açıdan bir eksiklik olmaması halinde rapor 10 işgünü içerisinde ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. (Kanun m.3)

Tapuya şerh ve tebliğ; Tapu müdürlüğüne bildirilen rapor, ilgili yapının beyanlar hanesine yazılır. Daha sonra ayni ve şahsi hak sahiplerine bildirilir.

Tahliye ve yıkım; Riskli yapı raporunun kesinleşmesi üzerine idare yıkım için maliklere 60 günden az olmamak üzere süre verir, bu sürede yıkım yapılmazsa 30 günden az olmamak üzere ek süre verir, bu sürede yıkımın yapılmaması halinde yıkım işleminin idare tarafından gerçekleştirileceği ihbar edilir. (Kanun m.5)

Uygulama işlemleri; Yıkım sonrası hukuken arsa haline gelen taşınmazlarla alakalı uygulama işlemleri malikleri tarafından gerçekleştirilir. İşte bu uygulama işlemlerinden biri de arsa üzerine bina yapılması için yetkin bir müteahhit ile arsa payı karşılığı ya da bedel karşılığı inşaatın yapılması için anlaşılması işidir.[43] Bu karar kanun m. 6/1 gereği maliklerin arsa payı oranları dikkate alınarak 2/3 çoğunluğu ile alınacaktır. Oybirliği olmaması halinde 2/3 çoğunluk ile alınan karar ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış olsa bile yine kanun m. 6/1 gereği, bu karara katılmayanların arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara ya da 3. kişilere açık arttırma usulü ile satılmaktadır.

---

[40] Özmen/Şengül, s. 74; Muhammet Sönmez, Kentsel Dönüşüm Hukuku, Seçkin, Ankara, 2020, s. 296.

[41] Bilgehan Çetiner, "Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tabi Olduğu Hukuki Rejim", Emrehan İna/ Başak Baysal (ed.), Oniki Levha, İstanbul, 2017, ss. 159-180, s. 162; Üstün, s. 132.

[42] Mülga 06.03.2007 tarih 26454 sayılı RG'de yayınlanan Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik; 18.03.2018 tarih 30364 (mükerrer) sayılı RG'de yayınlanan Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği.

[43] Didem Akbey Erdidal, "6306 Sayılı Kanuna Dayalı Riskli Alan Ve Riskli Yapı Tespiti Ve Hukuki Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, , İstanbul 2019, s. 110.

IV. BİR YILLIK SÜRENİN BAŞLANGICI VE HESAPLANMASI

6306 sayılı yasa kapsamında kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden, maliklerin kararı ve bakanlığın veya idarenin tespiti sonucu, dönülmüş sayılmasında en önemli olgu, belirli bir sürede yapım işine hiç başlanmaması ya da başlanmış ve durdurulmuş bir yapım işinin belli bir süredir gereken tempo ile yürütülmemesidir. Yani bu düzenleme aslında TBK m. 473'teki "İşe başlama ve yürütme" maddesinin özel bir halidir. Müteahhidin, kanunda ve yönetmelikte belirlenen bu sürelerde işi durdurması ya da terk etmesi sebebiyle arsa maliklerinin mağduriyetlerinin bir de uzun yargılama sürecinde artmasının önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle düzenlemedeki düşüncenin sosyal devlet ilkesine[44] hizmet ettiği ve çoğunlukla sözleşmesin zayıf tarafı olan arsa maliklerini koruduğu söylenebilir. Bu düzenlemelerde en önemli hususun sürelerin hesaplanması olduğu anlaşılmaktadır. Zira diğer şartlar bulunsa da süre şartı yerine gelmediği sürece bu düzenlemeye ilişkin sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır.

Bir yıldır yapım işine hiç başlamama süresinin nasıl hesaplanacağına dair kanunun metni şu şekildedir:

"*Kanun m. 6/14'teki … Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra … bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış…"*olması ibaresinden ve yönetmelik m. 13/11-b fıkrasındaki; *"Yapım işine başlanılmayan bir yıllık sürenin başlangıcı, bütün maliklerle anlaşma sağlanan hallerde; en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihinin, riskli yapılarda riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden, riskli ve rezerv yapı alanlarında ise alan belirleme işleminden, önce mi yoksa sonra mı olduğuna bakılarak belirlenir. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi, riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden/riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden önceki bir tarih ise, bir yıllık sürenin başlangıcında riskli yapı tespitinin kesinleştiği/riskli ve rezerv yapı alanının belirlendiği tarih esas alınır. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden/riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden sonraki bir tarih ise, en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşme tarihi esas alınarak hesaplama yapılır. Hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınan hallerde ise bir yıllık sürenin başlangıcı, en az üçte iki çoğunluk ile alınan karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra tapuda yeni malik adına devir işleminin yapıldığı tarih esas alınarak hesap edilir."* Düzenlemesinden

[44] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.2; Türkiye Cumhuriyeti … sosyal bir hukuk devletidir. m.48; …Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

anlaşılacağı üzere sürenin başlangıcında kentsel dönüşüm sürecindeki uygulamaların ve işlemlerin önemli olduğu görülmektedir.

Bir yıllık sürenin başlangıcına ilişkin kanunun genel düzenlemesine karşın yönetmelik m. 13/11-b maddesinin ayrıntılı düzenlemesi üzerinden konunun izahının yapılması yerinde olacaktır.

Sözleşme konusu taşınmazın birden fazla maliki olması ve tüm maliklerle sözleşmenin imzalanmış olması yani oybirliğinin sağlanmış olması halinde, bu maliklerle yapılan sözleşmelerin uygulamada farklı zamanlarda olabileceği görülmüştür, özellikle binanın ya da binaların yıkılması sonrasında maliklerin yıkılan binanın uzağında bir yere taşınması, şehir hayatının yoğunluğu içerisinde sözleşme imzalanması için herkesin aynı anda aynı yerde olamaması gibi etkenlerle bu sözleşmelerin farklı zamanlarda ve farklı noterlerde imzalandığı görülmektedir. İşte bu sözleşmelerden en son sözleşmenin imzalandığı tarih riskli yapı tespitinin kesinleştiği tarihten önce ise sonraki tarih olan riskli yapı tespit tarihinin kesinleştiği günden itibaren süre başlamış sayılacaktır. Riskli yapı tespiti daha önce kesinleşmiş, son malikle sözleşme bundan daha sonraki bir tarihte imzalanmışsa bu durumda da en son imzalanan sözleşmenin tarihi sürenin başlangıcı olarak kabul edilecektir. Riskli ve rezerv yapı alanlarında ise alan belirleme işleminin son sözleşmeden önce mi sonra mı olduğuna bakılarak sonra olanın tarihinden itibaren bir yıllık süre başlamış sayılacaktır. Yönetmelik burada "alan belirleme işlemi" kavramını kullanmış, alan belirleme işleminin ilanı ya da kesinleşmesi gibi daha net bir zamanı işaret etmekten kaçınmış görünmektedir.

Sözleşmenin imzalanması konusunda oybirliği sağlanamaması halinde ise; hem kanunun hem de yönetmeliğin "paydaşların en az 2/3 arsa payı çoğunluğu ile karar alınan hallerde" cümlesi ile bu karar üzerine bir müteahhit ile sözleşmenin yapılmış olduğu yani 2/3 çoğunluk ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanması için alınan karara istinaden sözleşmenin imza edilmiş olduğu durum için süre başlangıcının tanımlandığını düşünmekteyiz. Aksinin kabulü halinde ortada olmayan bir sözleşmeden dönme için karar alınma sürecinin tanımlandığının kabulü gerekecektir. Her halükarda, kanunun da yönetmeliğin de bu hususa ilişkin dili kötü ve yoruma açık olmuştur. Bu durumda, sözleşmenin imzalanmasına katılmayan 1/3 arsa payı hissedarının arsa paylarının açık arttırma ile diğer maliklere veya 3. kişilere satılması ve tapuda tescil işleminin yapıldığı günden itibaren bir yıllık süre hesaplanacaktır.

V. ALTI AYLIK SÜRENİN BAŞLANGICI VE HESAPLANMASI

Yönetmelik m. 13/11'de bir yıllık sürenin başlangıcı konusunda, kanundaki genel düzenleme yanında ayrıntılı düzenleme yapıldığı halde, yapım işinin durdurulmasına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Yapım işinin durdurulmasının inşaa faaliyetinin değişik aşamalarında olabileceği ve bunun ayrı ayrı düzenlenmesinin doğru

olmayacağı düşüncesi ile bu konuda bilinçli bir tercih ile düzenleme yapılmadığını düşünmekteyiz. Bu konuda kanun m. 6/14 ve yönetmelik m. 13/11-a.2'deki düzenlemeler dikkate alınarak süre başlangıcı konusunu anlatacağız.

Altı aylık süresinin hesaplanmasında şu iki durumun aynı anda var olduğunun tespiti gerekir.

A. YAPIM İŞİNİN DURDURULMUŞ OLDUĞUNUN TESPİTİ

Yapım işinin hangi halde durdurulmuş olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Zira süre durdurulmuş sayılan günden başlayacaktır. Dolayısıyla "yapım işinin durdurulmuş sayılacağı hallere" ilişkin açıklayıcı bir düzenleme ihtiyacı görünmektedir. Uygulamada inşaat faaliyetlerinin organizesi, koordinasyonu, yeterli iş gücü ve malzeme kullanılmamasından kaynaklanan gecikmelerdir.[45] Kanun ve yönetmelikte "projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise" cümlesi ile zımni olarak bu konuda bir kriter ortaya konulmuştur. Bu kriter değerlendirilirken tarafların şahsi tahminleri değil objektif olarak işin ilerlemiyor olması dikkate alınmalıdır[46]. Bu kriter dikkate alındığında müteahhit tarafından yapılan inşaatın büyüklüğü ve niteliği, iş sahibinin müteahhidi seçerken dikkate aldığı ekip ve ekipman gücü, imajı gibi hususlar da ayrıca önem arz edecektir. Zira, projenin bitirilmesi kavramı ile yapım işinin ebatına göre işin yapılmasını sağlayacak ekipmanın sağlanması yani gerçekten inşaatı yapma ve devam ettirme niyet ve iradesinin sorgulanması söz konusu olacaktır. Örneğin 100 dairelik bir proje ile 10 dairelik bir proje açısından yapım işinin durdurulmuş sayılması için aynı mahiyette ve miktarda ekipman denetlemesi, araştırması yapılmamalıdır. Kanun koyucu ve yönetmeliği düzenleyen idare, bu konuyu yoruma açık bırakmıştır. En azından bu konuda daha belirleyici kriterler ortaya konulması, proje büyüklüklerine göre derecelendirmeler yapılarak, her bir derece için inşaatın seviyeleri de dikkate alınarak kaç işçi ile ve ne kadar malzeme ile bu işin yapılması gerektiği ya da denetimlerde hangi hususların dikkate alınacağı konusunda açıklık getirilmesi gerekirdi.

B. YAPIM İŞİNE ALTI AYDIR DEVAM EDİLMEDİĞİNİN TESPİTİ

Kanun ve yönetmelik tarafından getirilen "projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise" şeklindeki kriter, burada başlıca nirengi noktasını oluşturacaktır. Uygulama yönetmeliği m. 13/11-e fıkrasında *"Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin*

[45] Seliçi, 1978, s. 83.

[46] Kurşat, 2017, s. 201.

takdir hakkı incelemeyi yapan Müdürlük veya İdareye aittir." denilmektedir. İdarenin hangi durumda, nasıl işlem yapacağının hukuk kuralları ile emredici şekilde belirlenmediği hallerde, takdir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.[47] Takdir yetkisi, genel olarak mevzuatla belirlenmiş fakat uygulama ayrıntılarına yer verilmemiş olunması halinde, idareye ayrıntıların doldurulması konusunda tanınan ihtimaller içinde tercih yapıp yapmama yetkisi olarak tanımlanmıştır.[48] Yani, idareye verilen yetkinin nasıl kullanılacağının mevzuatta açıkça gösterilmemiş olması, bir eylem ya da işlemin yapılmasında kanunen geçerli birden fazla yolunun bulunması ve idarenin bu yollardan dilediği birini seçebilmesi yetkisi ve hakkıdır.[49] Düzenleme dikkate alındığında, bu konuda idarenin takdir yetkisinin mutlak olduğu ve idare tarafından bu konuda yapılan tespit ya da düzenlenen tutanağın tek başına belirleyici olduğu gibi yanlış bir sonuca ulaşılmamalıdır.

Anayasa m. 125'te idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla idareye tanınan takdir yetkisi sınırsız değildir ve denetlenebilir. Bu, "hukuka bağlı idare ilkesinin gereğidir."[50] Mahkeme içtihatlarında da[51] takdir yetkisinin kamu hizmeti ve kamu yararına, sosyal devlet ilkesi, sözleşme hürriyeti, ölçülülük ilkesi, çevrenin korunması ilkesi, şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olarak kullanılması gerektiği öngörülmektedir.[52] Takdir hakkının keyfi kullanılması halinde ya da keyfi kullanıldığına inanılması halinde, bundan hakları ihlal olanların idari yargıya başvurarak işlemin iptalini istemeleri mümkündür.

Takdir hakkının mutlak ve sınırsız kabul edilmesi halinde, idareden idareye hatta her bir il müdürlüğü açısından bile öznel uygulamalara şahit olunabilir ve takdir hakkı bir anda keyfiliğe dönüşebilir. İdarenin takdir hakkının kabulü yerine bu konuda objektif, herkes için aynı uygulamayı gerektirecek kriterler getirilmesi yerinde olurdu.

İdarenin takdir hakkının sadece, müteahhide verilen süre içerisinde inşaata başlanıp başlanmadığı konusunda olması halinde, daha önce durdurulan ya da durdurulmuş sayılan inşai faaliyet açısından idarenin takdir hakkı olmadığının kabulü gerekecektir. Bu durumda,

---

47 Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C.2, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 506.

48 Cemil Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Oniki Levha, İstanbul, 2011, s.26.

49 Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", Y. 63, S.392, 1991, Türk İdare Dergisi, s. 71; Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir yetkisinin Yargısal Denetimi", C. 12, S. 3-4, 2003, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 176.

50 İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 2004, s.13.

51 Danıştay 5. D, E: 1991/3725, K: 1992/1960, T: 23.06.1992; Danıştay 8. D, E: 2011/1214, K: 2011/3344, T: 24.06.2011. (www.kazanci.com, s.e.t 28.12.2020).

52 Üstün, s. 213-214.

durdurulan yapım işinin altı aydır, projenin ebatı da dikkate alınarak büyüklüğüne uygun miktarda ekip ve ekipman ile devam edilmiyor olduğunun tespiti gerekecektir. Ayrıca altı aylık durma süresinin kesintisiz olduğunun kabulü gerekecektir. Zira, kanun bu konuda altı aylık sürenin hesaplanmasında çalışmaya ara verilen sürelerin toplamının dikkate alınacağına dair özel bir düzenleme yapmadığı için yorum ile istisna hükmü oluşturulması mümkün değildir, bu sebeple altı aylık sürenin kesintisiz olması aranacaktır.

VI. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KARARI

A. USULÜ VE ŞEKLİ

Yönetmelik m. 13/11-a bendinde belirtilen durumların yani sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi durumunda; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden dönmek için, hisseleri oranında maliklerin en az 2/3 çoğunluk ile karar alması gerekmektedir.

Sözleşmeden dönme kararı herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fakat ispat açısından, alınan kararın yazılı hale getirilmesi yerinde olacaktır, zira sözleşmeden dönme için bakanlığa müracaat sırasında kararı ya da dönme iradesini yansıtan bir belgenin ibraz edilmesi istenecektir.

Burada şu konuya da değinmek gerekmektedir. Dönme kararı alındığı sırada, riskli yapı olduğu kesinleşen eski yapının çoktan yıkılmış olması gerekmektedir. Kanun m. 6/1'e göre;[53] riskli yapının yıkılması ile birlikte 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa[54] göre daha önce yapıda kurulu olan kat mülkiyeti terkin edilecek ve maliklerin mülkiyet hakları, "arsa" ya dönüşen gayrimenkul üzerinde devam edecektir. Bu durumda arsa maliklerince alınacak kararlarda Kat Mülkiyeti Kanunu esas ve usulleri değil 4721 sy.lı Türk Medeni Kanunu m. 689-694 hükümleri cari olacaktır.

Arsa maliklerince alınacak sözleşmeden dönme kararı niteliği gereği olağanüstü yönetim işlerinden olduğu için, TMK m. 692 hükmüne göre tüm paydaşların oybirliği[55] ile alınması gereken bir karar iken, 6303 sy.lı yasa m. 6/14 ile buna istisna getirilmiş olduğunun kabulü

---

[53] 6306 sy.lı yasa m.6/1: Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlemede bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir. Taşınmazların niteliği resen mevcut duruma göre tescil edilir.

[54] RG, 02.07.1965, 12038.

[55] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 369; Özmen/Şengül, s. 71; Ağca Toplandı, s. 66; Erdidal, s. 117; Özmen/Aydın, s. 20.

gerekecektir. Arsa vasfına sahip olan taşınmaz konusunda maliklerce alınacak kararın, ortaklar kurulu toplantısı yapılarak bu toplantıda alınacak karara sözleşmeyi imza etmiş olan maliklerin arsa payı oranı dikkate alınarak 2/3 çoğunluğunca karar verilebilecektir. Uygulama yönetmeliği bu kararın alınmasında herhangi bir şekil şartı olmadığını söylemiş olsa da, dönme iradesinin ispatı için en az 2/3 çoğunlukça düzenlemiş imzalı bir tutanak, dilekçe ya da sözleşme ile ispat edileceğini söylemesi nedeniyle, bu konuda yazılı şekilde karar alınmasının ispat şartı olarak kabul edildiği düşüncesindeyiz.

B. SÖZLEŞMEDEN DÖNME İRADESİ SAYILAN HALLER

Yönetmelik m. 13/11-c fıkrası, sözleşmeden dönme kararının şekle tabi olmadığını belirttikten sonra "dönme iradesi" olarak kabul edilecek bazı halleri saymıştır. Yönetmelik ile sayılan haller şunlardır; imzalı karar tutanağı, dönme talep dilekçesi, başka bir müteahhitle anlaştıklarına dair sözleşme, vekaletname örnekleridir. Devamında cümle sonunda da "…sair belgeler" ibaresi ile bunların sınırlı sayıda olmadığını, benzer başkaca belgeler ile de dönme iradesinin ispat edilebileceğini söylemiştir. Örnekleme suretiyle sayılan bu belgelere kısaca değinilecektir.

1. Maliklerce İmzalanan Karar Tutanağı veya Başvuru Dilekçesi

Riskli yapının yıkılması ile arsa mülkiyetine yani paylı mülkiyete (mirastan intikal halinde elbirliği) dönüşen arsa üzerinde yapılacak işlemlerde ve alınacak kararlarda artık TMK m. 689-694 arasında düzenlenen hükümlere tabi olunacağını yukarıda zikretmiştik, bu aşamada artık kat maliklerinden ya da kat malikleri kurulundan ve 634 sy.lı KMK'dan bahsedilmeyecektir.

Kentsel dönüşüm uygulamalarında malikler, bir ya da birden çok malikin sözlü çağrısı üzerine, belirlenen bir yerde toplanmakta ve yapılan istişare sonucunda ortak bir karar almaya çalışmaktadır. Zaman zaman bu toplantıları perde gerisinden müteahhitlerin organize ettiği ya da yönlendirdiğine de şahit olunmaktadır. Maliklerce alınacak kararların hukuki niteliklerinin önemi, sonucu ve uygulanacak kanun hükümlerinin tespitinin karmaşıklığı sebebiyle, nitelikli hukuk bilgisine ihtiyaç duyulacağı ya da nitelikli hukuk bilgisi olanlardan danışmanlık alınması gerektiği, bu konuda da kanun koyucunun zorunlu avukatlık müessesini gündeme getirmesinin gerekli olduğuna inanmaktayız. Zira, alınacak kararlar sonucunda maddi değeri yüksek inşaat maliyetleri ve arsa payları sebebiyle yüksek bedelli zararların oluşması ihtimali, bunun milli ekonomiye de zarar vereceği bilinci ile 6306 sy.lı yasanın uygulanmasına ilişkin aşamalarda zorunlu avukatlık düzenlemesinin getirilmesi yerinde olacaktır.

Maliklerce yapılan bu toplantılarda kanun m. 6/14 ve yönetmelik m. 13/11-c maddesi gereğince arsa payları dikkate alınarak en az 2/3 ar-sapayı çoğunluğu ile sözleşmeden dönülmesi için karar almaları

gerekecektir. Kararın içeriğinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden dönülmesi için kararın alındığının belirtilmesi ispat açısından yerinde olacaktır. Bu karar tutanağının herhangi bir kurum ya da kuruluşça onaylanmasına gerek yoktur. Karar tutanağındaki imzaların, arsapayı miktarı dikkate alındığında, yeter sayıda olmaması halinde ise dönme iradesi oluşmadığı için bakanlıkça ya da idarece yapılacak inceleme neticesinde yönetmelik m. 13/11-e fıkrasına göre dönme şartlarının gerçekleşmediği konusunda maliklere bilgi verilecektir. Yapılan başvurunun niteliği dikkate alındığında bilginin de yazılı olarak verileceği, düzenlemenin yorumundan anlaşılmaktadır.

Malikler, karar tutanağı düzenlemeden, başvuru dilekçesi şeklinde kaleme aldıkları bir metnin altını imzalayarak da sözleşmeden dönme iradelerini ortaya koyabilirler.

2. Başka Müteahhit İle Anlaştıklarına Dair Sözleşme ve Vekaletname Örneği

Yönetmelikte bahsedilen bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mi yoksa salt eser sözleşmesi mi olduğu konusunda bir açıklama yoktur. "Başka bir müteahhitle anlaştıklarına dair sözleşme" cümlesinden, burada kastın, ortadan kaldırılmaya çalışılan sözleşmenin yerine ikame olacak bir nevi o sözleşme ile başlanılan işi devir alacak bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Bu aşamada mevcut sözleşme ayakta iken aynı işe ilişkin başka bir yüklenici ile ikinci bir sözleşme imzalanmasının zımni[56] olarak, taliki şarta bağlı olduğunun kabulü ya da birinci sözleşmeden dönülmesi şartlarının tespiti kanun ile idarenin takdirine tabi kılındığı için ikinci sözleşmenin "yasal koşula"[57] tabi olduğunun kabulü gerekecektir. *TBK m.170'te "Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder."* denilmektedir. 6306 sy.lı yasa m. 6/14'te düzenlenmeyen "dönme iradesi", "başka müteahhitle yapılan sözleşme" düzenlemelerinin mahiyeti hakkında ancak yorumla sonuca ulaşılabilecektir. Yönetmelik m. 13/11-e'ye göre, malikler tarafından yapılan sözleşmeden dönme müracaatına istinaden bakanlığın dosya üzerinden ve sahada yapacağı keşif ile inceleme yapacağı ve müteahhidin gayri faal olduğunu tespit etmesi halinde dahi sözleşmeden dönülmüş sayılmayacağı, bu tespite

[56] A. Lale Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s.60; Sinan Okur, Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, C. 14, S. 1, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 57; Fahri Erdem Kaşak, Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul) Condicio, C. 10, S.2, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 554.

[57] Oğuzman/Öz, 2018, s. 502; Okur, s. 58.

istinaden müteahhide "e" fıkrasına istinaden 30 günlük süre verileceği, bu sürede işe başlamasının ihtar edileceği, müteahhit tarafından bu ihtara uyulmaması halinde 30.günün dolmasından sonra sözleşmeden dönülmüş sayılacağından bahsedilmektedir. Yani bu süre boyunca, dönme kararı alınan sözleşme ayakta kalacak ve geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda, mevcut sözleşmenin ayakta olduğu dönemde yapılacak ikinci sözleşmenin ancak birinci sözleşmenin ortadan kaldırılmasından sonra, yani gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olgu sonucunda, yürürlüğe gireceğinin kabulü gerekeceğini düşünmekteyiz. İkinci sözleşmeye buna ilişkin bir hüküm yazılmasa bile zımni olarak bunun var olduğu ya da yönetmelikten kaynaklandığı için hukuki şart olarak "geciktirici koşulun" varlığının kabulü gerekecektir.

Yönetmelikte sayılan bir diğer "dönme iradesi" belgesi de "vekaletname örnekleri"dir. Vekaletname örneklerinden kastın da, mevcut sözleşmeden dönülmesi yetkisini içeren en az 2/3 arsapayı malikini temsil eden vekaletnamelerin bir veya birden çok malike verilmesi ya da ikinci sözleşmenin yapıldığı/yapılacağı müteahhide verilmiş olması olduğu anlaşılmaktadır.

3. Benzer Belgeler

Yönetmelik tüm bu belgeleri örnekleme yöntemi ile saydıktan sonra cümlenin sonuna "…gibi sair belgeler." ibaresini de ekleyerek, sayılan belgelerin sınırlı olmadığını, bunlar dışında da yine dönme iradesini ortaya koyacak belgenin olabileceğini belirtmiştir.

VII. SÖZLEŞMEDEN DÖNME MÜRACAATI

Kanun m. 6/14 ve yönetmelik m. 13/11-c bendine istinaden alınan karar ya da dönme iradesini ortaya koyan diğer belgelerle, "yeni yapının yapım işine başlanılmamış ya da devam edilmiyor olmasının müteahhitten kaynaklandığına ilişkin bilgi ve belgeler" ile birlikte bakanlığa yazılı olarak müracaat edilecektir. Bakanlığa yapılacak müracaat yönetmelik m. 13/11-a fıkrasındaki gerekçelerle b fıkrasındaki süreler dikkate alınarak yapılacaktır. Buna göre dönme müracaatı iki gerekçeye göre yapılacak ve başvurulan gerekçenin sabit olduğunu ortaya koyan belgeler de eklenecektir.

A. BİR YILLIK SÜRE ŞARTI GEREKÇESİ İLE BAŞVURU YAPILMASI

Dönme müracaatının bir yıl gerekçesi ile yapılması durumunda; yeni yapının yapım işine başlanılmamış olmasının müteahhitten kaynaklanan sebeplerle olması ve bu sebepleri ortaya koyan bilgi ve belgelerin de başvuru dilekçesine eklenmesi gerekmektedir. "müteahhitten kaynaklanan sebepler" in neler olduğu ve bunların ne tür belgeler ile ispat edilebileceği konusunda da kanun ve yönetmelikte bir

açıklama yoktur. Bu konudaki boşlukta yine genel hükümler, uygulama ve doktrin dikkate alınarak tamamlayıcı yorumla doldurulmaya çalışılacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin genel kabule göre ani edimli bir sözleşme olduğu, müteahhidin inşa ettiği yapıyı ayıptan ari şekilde iş sahibine teslim ettiği anda edimini ifa etmiş sayılacağı yukarıda belirtilmişti. İnşaatın teslimine kadar geçen sürede yapılan fiiller ve çalışmalar ise ifaya hazırlık[58] faaliyeti olarak nitelenmektedir. Bu süreçte yüklenici TBK m. 471'e göre sadakat ve özen yükümlülüğü ile m. 473'e göre işe başlama ve yürütme yükümlülüğü altındadır. Müteahhidin bu yükümlülükleri külfet degil borçtur ve iş sahibi bu borçların aktif olarak icra edilmesini müteahhitten talep edebilir. Bu sebeplerle, iş sahibi sözleşmenin imzalanmasından itibaren işin denetimini yapma hak ve yetkisine sahiptir.

İş sahibi sözleşmenin imzalanmasından itibaren, müteahhidi işin seviyesine ve sözleşme hükümlerine göre yazılı olarak uyarabilir, işin yapılması için sözleşme, seviyeler ve tamamlanma evreleri belirlenmiş ise ya da uygulama gereği belirli sürede yapılması gereken işlerin yapılmaması halinde müteahhidi TBK m. 473'e göre uyarabilir. Bu süreçte, işin gerektiği gibi ve gereken ekipmanla yapılmadığının tespiti için sulh hukuk mahkemesinden delil tespiti yaptırabilir, yine yapı sahibi sıfatı ile 4708 sy.lı Yapı Denetim Kanunu[59] ve uygulama yönetmeliğine göre inşaatın seviyesi hakkında denetim şirketinden bilgi isteyebilir, yapı denetim kuruluşunun kayıtlarına delil olarak dayanabilir, ilgili mevzuat gereği şantiyede tutulması gereken yapı denetim defterini delil olarak gösterebilir, müteahhidin, sözleşme konusu projeye ilişkin muhasebe kayıtlarına dayanabilir, ayrıca idarenin kontrol memurlarınca düzenlenen belgelere ve tutanaklara delil olarak başvurabilir. Bu belgelerin birer suretinin tarafına verilmesini isteyebilir, verilmemesi halinde bakanlığa başvuru sırasında bu belgelere dayandığını dilekçesinde belirtebilir. Yeni yapının yapım sürecinde kendi imkanları ile elde edebileceği diğer delillere de dayanarak dilekçesine ek yapabilir.

Yönetmelikteki "bilgi ve belge" şeklindeki genel düzenlemeden anlaşıldığı üzere bilgi ve belge konusunda herhangi bir sınırlama ve şekil şartı yoktur. Kanun m. 6/14 düzenlemesinde ifade edildiği üzere, malikler bu müracaat ile müteahhidin, yapım işine bir yıldır başlamadığının veya başlamış ve durmuş yapım işine altı aydır, projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipman ile devam edip etmediğinin tespit edilmesini isteyeceklerdir. Yönetmelikte "tespit" talep edileceğine dair bir ibare geçmemektedir.

---

[58] Erman, s. 80; Eren, 2020, s. 638; Gümüş, 2016, s. 342; Öz, 2016, s. 128; Kurşat, 2017, s. 195; Kostakoğlu, s. 207; Büyükay, s. 95.

[59] RG, 13.07.2001, 24461.

B. ALTI AYLIK SÜRE ŞARTI SEBEBİYLE BAŞVURU YAPILMASI

Yukarıdaki başlık altında yaptığımız açıklamalar "yapım işine yeterli ekip ve ekipman ile altı aydır devam edilmemesi" gerekçesi için de geçerli olacaktır. Bu gerekçeye dayanılması halinde de yine iş sahibi, müteahhidin TBK m. 473'e göre işe başlama ve yürütme yükümlülüğü sebebiyle denetimi ve bu denetim sonucu elde edilecek belgeleri sözleşmeden dönme müracaatında kullanabilecektir.

VIII. SÖZLEŞMEDEN DÖNME MÜRACAATININ İNCELENMESİ

Maliklerin, sözleşmeden dönme müracaatı üzerine bakanlıkça ya da yetki devri halinde idarece "kendi elemanlarından" görevlendireceği bir komisyon kurulacaktır.

Bu komisyondaki üyelerin yetkinlikleri, sıfatları ve kaç kişi olacaklarına dair bir düzenleme yoktur. Bu konuda da mevzuatta boşluk bulunmaktadır. Bu boşlukların yorumunun bakanlık ya da idarenin takdir yetkisine bırakılması, bu günlerde dile getirilen hukuk reformu söylemlerine uygun olmayacaktır. Bakanlık veya idarece kurulan bu komisyon öncelikle müracaatın, kanun m. 6/14 ile yönetmelik m. 13/11-a,b,c fıkralarındaki şartlara ve usullere uygun olup olmadığını inceleyecektir.

Başvurunun usule uygun olduğunun anlaşılması üzerine, dönme gerekçesine göre; yeni yapıya başlanmamasının ya da yapım işinin altı aydır niçin durdurulmuş olduğunun açıklanması için müteahhite yazılı olarak bildirimde bulunulacak ve bu bildirime 15 gün içerisinde cevap vermesi, ileri sürdüğü sebeplere ilişkin bilgi ve belgelerini sunması istenecektir. Müteahhidin cevap verme süresinin dolmasından sonraki günlerde, konuyla ilgisi olan SGK, belediye, yapı denetim firması gibi kurum ve kuruluşlar ile yazışmalar yapılarak ellerindeki bilgi ve belgeleri komisyona bildirmeleri istenecek aynı zamanda bu süre zarfında inşaat mahallinde keşif yapılarak yerinde inceleme de yapılacaktır. Tüm bu inceleme ve araştırmalar neticesinde; sözleşmeden dönme şartlarının bulunduğu ya da dönme şartlarının bulunmadığı tespiti yapılacaktır.

IX. TESPİT

Bakanlık ya da idare tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde iki tespitten birisi yapılacaktır.

a) Sözleşmeden dönme şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi halinde; dönme müracaatında bulunan maliklere bilgi verilmekle iktifa edilecektir. Bakanlık ya da idare tarafından yapılan incelemelerin yetersizliği, maliklerin dayandığı delillerin toplanmaması gibi sebeplerle, "dönme şartlarının gerçekleşmediği tespiti" nin "idari işlem" niteliğinde olup olmadığı, idari yargı denetimine tabi olup

olmayacağı konusu makalemizin konusunun dışında olması sebebiyle irdelenmemiştir.

b) Dönme şartlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde; bakanlık ya da idare tarafından müteahhite yazılı ihtarda bulunulacak ve 30 gün içerisinde, maliklerin dönme gerekçesine göre; yeni yapı yapım işine başlaması ya da durdurmuş olduğu yapım işine devam etmesi, bu ihtara uymaması halinde, bu sürenin bitimi tarihi itibariyle sözleşmenin resen feshedileceği (sözleşmeden re'sen dönüleceği) ihtar edilecektir. Burada da kanun ve yönetmelikteki boşluklar amaçsal yorumlama ile doldurulacaktır. Düzenleme ile müteahhide süre verilmesi, yeni yapının inşasına başlaması ya da devam etmesi için son bir şans verilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu amacın yerine getirilmesi için yazılı şekle uyulması ispat şartı olacağı için, ihtarın ya memur marifetiyle elden ya da posta yoluyla adresinde tebliğ edilmesi gerektiği, 30 günlük son sürenin tebliğ edildiği günün sonraki gününden itibaren hesap edileceği ve 30.günün dolduğu günden sonraki gün ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesindenresendönülmüş sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Kanun ve yönetmelikte kullanılan "resen" ibaresi sebebiyle; sözleşmelerden bakanlık ya da idare tarafından mı dönülmüş sayılacağı, yoksa malikler tarafından "dönme iradesi" ortaya konularak alınan karar sonucu mu sözleşmeden dönülmüş sayılacağı hususu izaha muhtaçtır. Sözleşmeden dönme tek taraflı, yenilik doğuran, tek taraflı irade beyanıyla kullanılan ve karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuran bir haktır.[60] Yönetmelik m. 13/11-c fıkrasında "dönme iradesi" kavramı kullanılarak ve dönme iradesi sayılan haller sayılarak, dönmenin doğal olarak, sözleşmenin tarafı olan malikler tarafından yapıldığı ortaya konulmuş olduğu halde, daha sonra kanun maddesi ve yönetmelik "e" fıkrası ile "sözleşmenin resen feshedilmiş sayılacağı" şeklinde yapılan düzenleme ile çelişki meydana getirilmiştir. Kanun koyucunun, "resen" ibaresini hatalı olarak kullanıldığını ve ifadenin "sözleşmeden dönülmüş olacağı resen tespit edilmiş sayılacaktır" şeklinde düzeltilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz.

Bakanlık ya da idare, son süre ihtarından sonra, mahallinde inceleme yaparak, yapım işine başlanmadığını veya yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilip edilmediğini kontrol edecektir. Bu kontrol sırasında da mahallinde keşif ve kontrol tutanağı düzenlenmesi ispat şartı açısından gerekli olacaktır. Bu aşamada yönetmelikte "Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir hakkı incelemeyi yapan müdürlük veya idareye aittir." cümlesi özellikle eklenmiş görünmektedir. Bu son incelemenin, yönetmelik "ç" fıkrasındaki komisyon tarafından mı yapılacağı, yoksa idarenin başka personeli tarafından mı yapılacağı, bu tespitte hangi

[60] Serozan, 2007, s. 58-59; Eren, 2013, s. 1025; Oğuzman/Öz, 2018, s. 436; Nomer, s. 401.

kriterlere bakılacağı, projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipman miktar ve niteliklerinin neye göre belirleneceği ve tespiti yapanların neye göre takdir hakkı kullanacakları kocaman bir muamma olarak ortada durmaktadır. Ortada objektif kriterler olmaması sebebiyle, idareden idareye, müdürlükten diğer müdürlüğe göre değişen kriterlerin ortaya çıkması da kaçınılmaz olacaktır. Bu da idarenin takdir yetkisini ciddi manada sorgulanır ve yargılanır hale getirecektir. Yani bu iş yine mahkemede bitecek gibi görünmektedir. Niteliği ve kriterleri belirsiz görevlilerce kullanılan takdir hakkına istinaden düzenlenen tespit tutanağına göre, 30 günlük süreye rağmen müteahhidin işe başlamadığı ya da gerekli ekipmanla işe devam etmediğine dair "tespit tutanağı" düzenlenirse sözleşmeden dönülmüş olacak, müteahhidin gerekli ekipmanla işe başladığı ya da yapım işine başladığına dair tespit tutanağı düzenlenirse, maliklere sözleşmeden dönülmesini gerektirecek şartların olmadığına dair bildirim yapılacaktır. Yani taraflara ya "sözleşmeden dönülmüş sayıldığı" ya da "sözleşmeden dönülmesi şartlarının olmadığı" bildirimi yapılacaktır. Kanaatimizce her iki bildirim de idari yargı denetimine tabi olacaktır.

X. SÖZLEŞMEDEN DÖNME SONRASI İŞLEMLER

Sözleşmeden dönülmesi sonrasında yapılacak işlemlere ilişkin kanun m. 6/14 son paragraf ve yönetmelik "f" , "g" fıkraları ile son düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre; kanun koyucu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi daha önce tapuya şerh edilmiş ise bu şerh bakanlık ya da maliklerin talebi üzerine sicilden silineceğini belirttikten sonra sözleşmeden dönme tarihine kadar yapılmış işlemlere ilişkin ise genel hukuk hükümlerinin uygulanacağını söylemiştir.

Yukarıdan beri anlatıldığı üzere, kanun koyucu 6306 sy.lı yasa m. 6/14 ile TBK m. 473/1'in özel bir halini düzenlemiştir. Yani 6306 sy.lı yasa kapsamında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden, inşaatın tamamlanması beklenmeden ve mahkemeye başvurulmadan sözleşmeden dönülebilmesi ve bunun maliklerce alınan karar üzerine idarece yapılacak tespitten sonra yapılması düzenlenmiştir. Yapılan işlem niteliği gereği eser sözleşmesinden dönmedir ve "yapım işine hiç başlanmaması" ile "yapım işinin durdurulması" sebepleriyle ifa zamanı beklenmeksizin sözleşmeden dönülmesini sağlamaktadır. Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri sadece teslimden değil, eseri yapmak ve yapma faaliyetinde bulunmaktan da sorumludur. Bu sebeple m. 473/1 gereği işi sürdürme borcunu yerine getirmeyen müteahhidin TBK m. 471'e göre sadakat ve özenle işi yapmadığı kabul edilerek, "erken temerrüt" olarak kabul edilen bu durumda arsa sahibi TBK m. 125'te düzenlenen temerrüt sonuçlarına göre talepte bulunabilir.[61]

[61] Erman, s. 83; Öz, 2016, s. 153-158; Büyükay, s.234; Kurşat, 2017, s. 376.

İş sahibi her ne kadar genel hükümlere göre talepte bulunabilecekse de, 6306 sy.lı yasa m. 6/14'teki sözleşmeden dönme sebepleri olan "yapım işine hiç başlanmaması" ve "başlamış yapım işinin durdurulması" gerekçeleri dikkate alındığında bu durumda aynen ifayı talep etmenin anlamsız olacağını düşünmekteyiz. Bu gerekçeler ile sözleşmeden dönülmesi halinde işi yapmayan ya da işi sürdürmeyen müteahhidin özensizliği sebebiyle sözleşme ilişkisi son bulmaktadır. Bu durumda aynı müteahhitten aynen ifanın talep edilmesinin anlamsız ve imkansız olması gerektiğini düşünmekteyiz. Fakat her halükarda TBK m. 125'te düzenlenen diğer seçimlik haklar kullanılabilecektir.

Sözleşmeden dönülmüş sayılması ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Sözleşmeden dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır.[62]Bu sebeple dönme hakkının kullanılması ile sözleşme baştan itibaren hükümsüz olmuş olacaktır. Geçmişe etkili olarak sözleşmenin son bulması sebebiyle; o zamana kadar ifa edilmiş edimlerin karşılıklı iadesi gerekecek, ifa edilmeyen borçlar ise son bulmuş sayılacaktır. Sözleşmeden dönülmesi halinde ceza koşulu da istenemeyecektir. Sözleşmenin geriye etkili feshi (dönme) halinde "geri vermenin" hukuki dayanağı[63] hakim görüşe göre sebepsiz zenginleşmedir. Buna göre; iş sahibi ifa ettiği edimlerin iadesi ile birlikte menfi zararının giderilmesini isteyebilecektir. Menfi zarar, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğranılmayacak zararlar ile kaçırılan fırsatlar sebebiyle uğranılan zarardır. Bu kapsamda, arsa sahibinin üçüncü kişilere ödediği kira bedeli menfi zarar kapsamındadır. Yüklenici ancak temerüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek menfi zararı tazminden kurtulabilir.

Sözleşmeden dönülmesi halinde yüklenici, arsa üzerinde kalan yapının bedelini isteyebilecektir. Bedel olarak, işçilk, malzeme, inşaat izni için yapılan masraflar istenebilecektir.

Sözleşme geçmişe etkili feshedilmişse (dönme halinde) yüklenicinin üçüncü kişiye devrettiği arsa payları ya da bağımsız bölümlerin de arsa sahibine iadesi gerekir. Yargıtay bu durumda arsa paylarının iadesi talebinin "avans tapu" tanımlaması ile üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.[64]

---

62 Öz, 2016, s. 171; Seliçi, 1978, s. 160; Kurşat, 2017, s. 376 "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşı tarafın kabul etmemesi halinde ancak mahkeme kararı ile sözleşmeden dönüleceği kabul edildiğinden yenilik doğuran irade beyanı bu durumda etkili olmayacak, mahkemeden karar alınması gerekecektir." 6306 sayılı yasada yapılan düzenleme ile bozucu yenilik doğuran irade beyanı, idarenin tespiti ile şartların var kabul edilmesi halinde sonuç doğuracaktır.

63 Karadaş, s. 553; Öz, 2016, s. 173; Kostakoğlu, s. 607.

64 YHGK, E: 2001/422, K: 2001/434, T: 23.05.2001; Yargıtay 15. HD, E: 2018/2949, K: 2019/898, T: 04.03.2019; 15. HD, E: 2017/449, K: 2017/2579, T: 15.06.2017; 23. HD, E: 2015/2294, K: 2018/18, T: 15.01.2018; 23. HD, E: 2015/4794, K: 2015/6182, T: 01.10.2015; 15. HD, E: 2004/3299, K: 2005/1234, T: 04.03.2005. (www.kazanci.com, s.e.t. 22.12.2020)

Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, müteahhidin "yapım işini durdurması" sebebine dayanılması halinde, inşaat yapım oranının %90 ve üzeri olması durumunda dönme değil fesihten bahsedilecektir[65]. Bu durumda iş sahibi ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilecektir. Bu durumda asıl borç sona ermez, müteahhidin ödeyeceği tazminat asıl borcun yerine ikame olur. Bu durumda asıl borca bağlanmış teminatlar da geçerliliğini muhafaza edecektir. Müspet zararın hesaplanmasında, arsa sahibi kendi edimi ile yüklenicinin edimi arasındaki farkı isteyebilecektir. Ayrıca, yapının başkasına yaptırılması için gereken masraflar ile yapının tamamlanmasına kadar geçecek süre için yoksun kalacağı karı da isteyebilecektir.

Sözleşmenin ileriye etkili feshi halinde arsa sahibi, müspet zarar olarak borcun sözleşmeye göre ifa edilmesi halinde uğramayacak olduğu zararların tazminini isteyebilir. Bu zararlara, yapının tamamlanması için gerekli giderler ve ödenen veya yoksun kalınan kira bedelleri de dahildir. İş sahibi TBK m. 113/1'e göre müspet zarar yerine masrafları yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü kişiye yaptırılmasını da talep edebilir.

6306 sy.lı kanun ve uygulama yönetmeliği, fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine ödenen kira yardımı ödemelerinin hak sahiplerinden geri istenemeyeceğine dair özel düzenleme ile genel hükümler atfına istisna getirmiştir. Dolayısıyla müteahhit hiçbir şart altında kira yardımı ödemelerinin iadesini talep edemeyecektir.

SONUÇ

Kentsel dönüşüm sürecinde, riskli yapı olarak tespit edilen binaların yeniden değerlendirilmesi amacıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yapılmaktadır. Bu sözleşmeye göre müteahhit sözleşmeye uygun binayı yapıp teslim etme ediminde temerrüte düştüğünde ya da sözleşmeye aykırı davrandığında, Yargıtay'ın uygulaması sebebiyle, yargılamaların çok uzun sürmesi tarafların mağduriyetine sebep olmaktadır.

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'da 7181 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile kanunun 6. maddesine 14. fıkra eklenmiştir. Ayrıca düzenlemenin uygulamasına dair de uygulama yönetmeliğinin 13. maddesine 11. fıkra eklenmiştir. Söz konusu değişiklik ile, 6306 sayılı kanun kapsamında imzalanmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden, Yargıtay uygulaması aksine, maliklerce mahkemeye başvurmadan, kendi aralarında alınacak karara istinaden dönme imkanı sağlanmıştır.

Düzenlemeye bakıldığında kanun metninde *"sözleşmenin feshedilmesinden"* bahsedilse de, düzenlemenin mahiyeti dikkate alındı-

[65] Karadaş, s. 558; YHGK. E: 2013/23-2351, K: 2015/1489, T: 05.06.2015; 15. HD, E: 2018/4947, K: 2019/3227, T: 08.07.2019; 23. HD, E: 2016/6059, K: 2020/1489, T: 04.03.2020. (www.kazanci.com, s.e.t. 28.12.2020).

ğında, ifa hazırlık işlemlerine hiç başlanmaması veya hazırlık faaliyetlerinde gecikilmesi sebebiyle sözleşmeden dönülmesinin kastedildiği görülmektedir. TBK m. 473 ve m. 125'te, işe başlamada gecikme sebebiyle sözleşmenin geriye etkili sona erdirilmesi durumu *"sözleşmeden dönme"* olarak isimlendirilmiştir. Bu sebeple, düzenlemede "sözleşmenin feshi" kavramının kullanılması yerinde olmamıştır.

TBK m. 473'teki düzenleme ile *"işe başlanmaması"* dönme gerekçesi yapılmıştır. Bu madde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uyarlandığında kastın sadece *"inşaat yapım işine başlanmaması"* olmadığı, inşaat yapımına fiilen başlanabilmesi için gerekli hazırlık işleri olan projenin çizilmesi, onay alınması, inşaat ruhsatı alınarak gerekli eleman ve ekipmanın hazır edilmesinin de işe başlanma kavramı içerisinde olduğu kabul edilmelidir.

6306 sayılı kanunda yapılan sözleşmeden dönme düzenlemesi ile bir yıl içinde *"yeni yapı işine başlanmamış olması"* dönme gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Bizce, kanun koyucu bilinçli olarak inşaat yapım işi ile hazırlık işlerini ayırmış görünmektedir. Kanun koyucu *"inşaat yapım işi"* kavramını özellikle kullanarak, sözleşmenin imzalanmasından yapım işine başlanmasına kadar geçen sürede bu düzenlemenin cari olmayacağını, sadece fiilen yapım işine başlanması gereken günden itibaren bir yıllık sürenin boş geçirilmesini 6306 sayılı yasa kapsamında sözleşmeden dönme şartı olarak kabul etmiştir. Bu sebeple, sözleşmenin imzalanmasından fiilen inşaat yapım işine başlanılan güne kadar geçecek sürede TBK m. 473/1 ve m. 471'e göre mahkemeye başvurularak, inşaat yapım işine başlanılması gereken tarihten itibaren bir yıl boyunca yapım işine başlanmaması halinde 6306 sayılı kanun m.6/14'e göre mahkemeye başvurmaya gerek olmaksızın sözleşmeden dönülebilecektir.

Uygulama yönetmeliği m.13/11'de bir yıllık sürenin başlangıcı açısından kanun ve sözleşme gereği *"hak sahiplerince"* yerine getirilmesi gereken tüm edimlerin tamamlanmış olması ön şart olarak düzenlenmiştir. Burada dikkate alınacak önemli husus, hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimin *"yapım işine engel teşkil eder mahiyette olmaması"* gerektiği açıklamasıdır. Bu durumda müteahhit ya da idare hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimin yapım işine engel teşkil etmemesi halinde bu gerekçeyi ileri sürerek bir yıllık şartın yerine gelmediğini iddia edemeyecektir. Yönetmeliğin bu maddesinde gözden kaçmaması gereken bir ayrıntı da *"hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler"* cümlesidir. İdare bu cümle ile sadece maliklerden değil riskli yapı ile ilgili ayni ya da şahsi tüm hak sahipleri tarafından yapılması gereken edimlerden bahsetmektedir. Kanun metninde düzenlenmeyen bu ön şartın yönetmelik ile düzenlenmesinin kanuna aykırılık teşkil ettiği kanısındayız.

6306 sayılı yasa ile sözleşmeden dönme gerekçesi olarak kabul edilen "yapım işinin durdurulmasından" müteahhidin, işin teslim tarihini dikkate alarak çalışmaması, çalışma hızını buna göre ayarlamaması ve çalışma hızına uygun ekip ve ekipmanı da istihdam

etmemesi anlaşılmalıdır. Düzenlemenin devamında "…projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise…" ibaresinden de inşaatın tamamıyla durdurulmasından değil inşaatın teslim tarihine yetiştirilecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edilmemesi halini kastettiği anlaşılmaktadır. Yapım işinin durdurulmuş olduğu bu altı aylık süreçte projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması gerekmektedir. Yani, inşaat alanında güvenlik gibi, idari işler gibi rutin işleri takip eden personel olması ya da küçük çaplı işler yapılması halinde de yapım işinin durdurulmuş olduğunun kabulü gerekecektir.

Uygulama yönetmeliği m. 13/11-a.2 fıkrasında, altı aydır gayri faal olunup olunmadığının ve yeterli ekipmanın kullanılıp kullanılmadığının ilgili idarece tespit edilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. İlgili idarenin, yasanın bu bölümünde bahsedilen *"projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipman ile devam edilip edilmediğine" dair denetim kriterlerine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır."* İdare tarafından yapılacak tespitin önemine rağmen denetim kriterlerinin belirsizliği, yasanın uygulanmasından beklenen amacın elde edilmesi konusunda şüpheler içermektedir.

6306 sayılı kanunda *"yapım işinin durdurulmuş sayılacağı haller"* e ilişkin açıklayıcı bir düzenleme yapılmamıştır. Kanun ve yönetmelikte "projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise" cümlesi ile zımni olarak bu konuda bir kriter ortaya konulmuşsa da bu yeterli değildir. Bu kriter dikkate alındığında müteahhit tarafından yapılan inşaatın büyüklüğü ve niteliği, iş sahibinin müteahhidi seçerken dikkate aldığı ekip ve ekipman gücü, imajı gibi hususlar önem arz edecektir. Zira, projenin bitirilmesi kavramı ile yapım işinin ebatına göre işin yapılmasını sağlayacak ekipmanın sağlanması ile gerçekten inşaatı yapma ve devam ettirme niyet ve iradesinin sorgulanması söz konusudur. Kanun koyucu ve yönetmeliği düzenleyen idare, bu konuyu yoruma açık bırakmıştır. En azından bu konuda daha belirleyici kriterler ortaya konulması, proje büyüklüklerine göre derecelendirmeler yapılarak, her bir derece için inşaatın seviyeleri de dikkate alınarak kaç işçi ile ve ne kadar malzeme ile bu işin yapılması gerektiği ya da denetimlerde hangi hususların dikkate alınacağı konusunda açıklık getirilmesi yerinde olurdu.

Uygulama yönetmeliği m. 13/11-e fıkrasında *"Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir hakkı incelemeyi yapan Müdürlük veya İdareye aittir."* düzenlemesi dikkate alınacak olursa, bu konuda idarenin takdir yetkisinin mutlak olduğu ve idare tarafından bu konuda yapılan tespit ya da düzenlenen tutanağın tek başına belirleyici olduğu gibi yanlış bir yoruma ulaşılacaktır. İdarenin tüm işlemleri yargı denetimine tabidir ve takdir hakkının keyfi kullanılması halinde ya da keyfi kullanıldığına inanılması halinde, bundan hakları ihlal olanların idari yargıya başvurarak işlemin iptalini istemeleri mümkün olmalıdır. Takdir hakkının geniş

yorumlanması halinde, idareden idareye hatta her bir il müdürlüğü açısından bile öznel uygulamalara şahit olunabilir ve takdir hakkı bir anda keyfiliğe bürünebilir. İdarenin takdir hakkının kabulü yerine bu konuda objektif, herkes için aynı uygulamayı gerektirecek kriterler getirilmesi idarenin potansiyel keyfiliğine müsaade edilmeden denetiminin yapılması yerinde olacaktır.

Maliklerce alınacak sözleşmeden dönme kararı niteliği gereği olağanüstü yönetim işlerinden olduğu için, TMK m. 692 hükmüne göre tüm paydaşların oybirliği ile alınması gereken bir karar iken, 6303 sayılı yasa m. 6/14 ile buna istisna getirilmiştir. Uygulama yönetmeliği bu kararın alınmasında herhangi bir şekil şartı olmadığını söylemiş olsa da, dönme iradesinin, maliklerin arsa payının en az 2/3 çoğunluğu ile düzenlenmiş imzalı bir tutanak, dilekçe ya da sözleşme ile ispat edileceğini söylemesi, bu konuda yazılı şekilde karar alınmasının ispat şartı olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Uygulama yönetmeliğinde sözleşmeden dönme iradesi olarak sayılan, *"başka müteahhit ile anlaştıklarına dair sözleşme ve vekaletname örneği düzenlemesi"* ile kastın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mi yoksa salt eser sözleşmesi mi olduğu konusunda bir açıklama ya da yorumlanabilecek bir düzenleme yoktur. "Başka bir müteahhitle anlaştıklarına dair sözleşme" cümlesi ile kastın, ortadan kaldırılmaya çalışılan sözleşmenin yerine ikame olacak bir nevi o sözleşme ile başlanılan işi devir alacak başka bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de olabilir, eser sözleşmesi de olabilir. Bu aşamada dönme iradesi olarak mevcut sözleşme ayakta iken ikinci bir sözleşme imzalanmasının zımni olarak, taliki şarta bağlı olduğunun kabulü gerekir. *TBK m. 170'te "Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder."* denilmektedir. 6306 sayılı yasa m. 6/14'te düzenlenmeyen "dönme iradesi", "başka müteahhitle yapılan sözleşme" düzenlemelerinin mahiyeti hakkında ancak yorumla sonuca ulaşılabilmektedir. Yönetmelik m. 13/11-e'ye göre, malikler tarafından yapılan sözleşmeden dönme müracaatına istinaden bakanlığın dosya üzerinden ve sahada icra edeceği keşif ile inceleme yapacağı ve müteahhidin gayri faal olduğunu tespit etmesi halinde dahi sözleşmeden dönülmüş sayılmayacağı, bu tespite istinaden müteahhide "e" fıkrasına istinaden 30 günlük süre verileceği, bu sürede işe başlamasının ihtar edileceği, müteahhit tarafından bu ihtara uyulmaması halinde 30. günün dolmasından sonra sözleşmeden dönülmüş sayılacağından bahsedilmektedir. Yani bu süre boyunca, dönme kararı alınan sözleşme ayakta kalacak ve geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda, mevcut sözleşmenin ayakta olduğu dönemde yapılacak ikinci sözleşmenin ancak birinci sözleşmenin ortadan kaldırılmasından sonra, yani gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olgu sonucunda, yürürlüğe gireceğinin kabulü gerekecektir. İkinci sözleşmeye buna

ilişkin bir hüküm yazılmasa bile yönetmelikten kaynaklanan *"geciktirici koşul"* un varlığının kabulü gerekmektedir.

Kanun ve yönetmelikte, şartların gerçekleşmesi ile *"sözleşmenin resen feshedilmiş sayılacağından"* bahsedilmektedir. Düzenlemede kullanılan "resen" ibaresi ile sözleşmelerden, bakanlık ya da idare tarafından dönülmüş sayılacağının mı, yoksa malikler tarafından "dönme iradesi" ortaya konularak sözleşmeden dönülmüş sayılacağının mı kabul edileceği hususu izaha muhtaçtır. Yönetmelik m. 13/11-c fıkrasında "dönme iradesi" kavramı kullanılarak ve dönme iradesi sayılan haller sayılarak, dönmenin doğal olarak, sözleşmenin tarafı olan malikler tarafından yapıldığı ortaya konulmuş olduğu halde, daha sonra kanun maddesi ve yönetmelik "e" fıkrası ile "resen fesih" kavramının kullanılması, kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir. Amaçsal yorum ile "resen" ibaresinin hatalı olarak kullanıldığının kabulü gerekir. Bu ifadenin *"sözleşmeden dönülmüş olacağı resen tespit edilmiş sayılacaktır"* şeklinde düzeltilmesi yerinde olacaktır.

Bakanlık ya da idare, son süre ihtarından sonra, mahallinde inceleme yaparak, yapım işine başlanmadığını veya yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilip edilmediğini kontrol edecektir. Bu aşamada yönetmelikte "Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir hakkı incelemeyi yapan müdürlük veya idareye aittir." cümlesi özellikle eklenmiş görünmektedir. Bu son incelemenin, yönetmelik "ç" fıkrasındaki komisyon tarafından mı yapılacağı, yoksa idarenin başka personeli tarafından mı yapılacağı, bu tespitte hangi kriterlere bakılacağı, projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipman miktar ve niteliklerinin neye göre belirleneceği ve tespiti yapanların neye göre takdir hakkı kullanacakları belirsizliğini korumaktadır. Ortada objektif kriterler olmaması sebebiyle, idareden idareye, müdürlükten diğer müdürlüğe göre değişen kriterlerin ortaya çıkması da kaçınılmaz olacaktır. Bu da idarenin takdir yetkisini ciddi manada sorgulanır ve yargılanır hale getirecektir.

İş sahibi her ne kadar genel hükümlere göre talepte bulunabilecekse de, 6306 sayılı yasa m. 6/14'teki sözleşmeden dönme sebepleri olan "yapım işine hiç başlanmaması" ve "başlanmış yapım işinin durdurulması" gerekçeleri dikkate alındığında bu durumda *aynen ifayı talep etmenin anlamsız olacağını düşünmekteyiz.* Bu gerekçeler ile sözleşmeden dönülmesi halinde işi yapmayan ya da işi sürdürmeyen müteahhidin özensizliği sebebiyle sözleşme ilişkisi son bulmaktadır. Bu durumda aynı müteahhitten aynen ifanın talep edilmesinin anlamsız ve imkansız olduğunun düzenleme ile de belirtilmesi yerinde olacaktır. Fakat arsa malikleri her halükarda TBK m. 125'te düzenlenen diğer seçimlik hakları kullanılabilecektir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Ağca Toplandı P, Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Buz V, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Tıpkıbasım, Yetkin, Ankara, 2014.

Büyükay Y, Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Gümüş M A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Nomer H N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.

Oğuzman M K/ Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Oğuzman M K/ Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, C.2, Vedat Kitapçılık. İstanbul, 2017.

Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Öz T, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, Vedat, İstanbul, 2016.

Özmen E S/Şengül M, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, Oniki Levha, İstanbul, 2018.

Reisoğlu S, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008.

Remzi M/Aydın S, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Remzi M/Aydın S, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Seliçi Ö, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İst. Üniv. Huk. Fak. Yayınları, İstanbul, 1977.

Seliçi Ö, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1978.

Serozan R, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2007.

Sütçü N, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi C. 1, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Tan T, İdare Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

Yavuz C, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.

EDİTÖRLÜ KİTAPLAR

Kurşat Z, 6306 sayılı AfetRiski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, 2. Baskı, Kentsel Dönüşüm Hukuku, Cenk Şahin/ Melikşah Yasin (ed.), Oniki Levha, İstanbul, 2015, ss. 17-62

Çetiner B, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Emrehan İna/ Başak Baysal (ed.), Oniki Levha, İstanbul, 2017, ss. 161-180.

MAKALELER

Durak Y, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.6, S.3, 2015, ss. 207-252.

Kara İ, "Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", C. 3, S.1, 2016, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi. ss. 149-174.

Öz T, "Yargıtay'ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi", C.10, S.100, 2018, Fasikül Hukuk Dergisi, s. 21-39.

Özmen E S/Aydın G S, "Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama", C.14, S.1, 2015, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.13-38.

Tunç A, "İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK Md. 473/1)", C.11, S.1, 2016, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 253-269.

Yücel Ö, "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Sürdürme Borcu", C.57, S.3, Eylül 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 779-790.

TEZLER (YLT)

Erdidal D A, "6306 Sayılı Kanuna Dayalı Riskli Alan Ve Riskli Yapı Tespiti Ve Hukuki Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Legal Nature of the Agreements of Intermediation for Public Offering

Enes Baki YENER*

Öz: Sermaye piyasaları uzmanlık gerektiren bir alan olduğu için gerçek ve tüzel kişiler aracılık hizmetine ihtiyaç duymaktadır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile aracılık faaliyetleri "Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri" başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur. Halka arza aracılık faaliyeti de bu faaliyetlerin bir alt türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, yetkili bir yatırım kuruluşu aracılığıyla gerçekleştirilmesi esastır. Sermaye Piyasası Kanunu m. 37 gereğince sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunarak veya yüklenimde bulunmaksızın aracılık edilebilmektedir. Buna göre halka arza aracılık faaliyeti kendi içinde "en iyi gayret aracılığı", "tümünü yüklenim aracılığı", "bakiyeyi yüklenim aracılığı" şeklinde alt türlere ayrılmaktadır.

Halka arza aracılık faaliyeti, taraflar arasında yazılı bir halka arza aracılık sözleşmesinin imzalanmasını gerekli kılmaktadır. Halka arzın gerçekleştirilme biçimine göre sözleşmenin türü, tarafların edimleri ve sözleşmenin hukuki niteliği farklılık göstermektedir. Sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin öğretide farklı ölçütlerin ele alındığı ve farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Halka arza aracılık sözleşmesi esas itibariyle vekâlet sözleşmesinin özelliklerini içerse de bazı hususlar itibariyle satış sözleşmesi ile benzerlikler göstermektedir.

Bu çalışmada; halka arz, halka arza aracılık faaliyeti ve halka arza aracılık sözleşmesi kavramları açıklanmaya çalışılacaktır. Akabinde halka arza aracılık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen görüşlerin ne olduğu ele alınacak ve sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin naçizane kendi görüşlerimiz ifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Halka Arz, Halka Arza Aracılık Faaliyeti, En İyi Gayret Aracılığı, Bakiyeyi Yüklenim Aracılığı, Tümünü Yüklenim Aracılığı, Halka Arza Aracılık Sözleşmesi.

Abstract: Since capital markets are a field that requires expertise, real and legal persons need intermediary services. Intermediary activities are regulated under the title of "Investment Services and Activities" in the Capital Markets Law No. 6362. The activity of intermediation for public offering is a sub-type of these activities.

Capital market instruments are required to be offered to public through an authorized investment firm. Pursuant to Article 37 of the Capital Markets Law, the activity of intermediation for public offering of capital market instruments can be carried out on a firm commitment basis or without a firm commitment basis. Accordingly, the activity of intermediation for public offering is divided into sub-types as "best effort", "full commitment underwriting" and "standby underwriting".

Within the scope of the activity of intermediation for public offering, a written agreement of intermediation for public offer must be executed between the parties. The type of contract, the acts of the parties and the legal nature of the contract differ according to the way the public offering is performed. In academic studies, there are different criteria and different opinions regarding the legal nature of the contract. Although the agreement of intermediation for public offering fundamentally includes the characteristics of the contract of attorney, some of its features are similar to the sales contract.

In this study, the concept of public offering, activity of intermediation for public offering and agreement of intermediation for public offering will be explained. Afterwards, the opinions in academic studies regarding the legal nature of the agreement of intermediation for public offering will be discussed and our own opinions on the legal nature of the contract will be stated.

Keywords: Public Offer, Activity of Intermediation for Public Offering, Best Effort, Standby Underwriting, Full Commitment Underwriting, Agreement of Intermediation for Public Offering.

* Avukat, Ankara Barosu, ebyener@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3710-6787.
Makale Geliş Tarihi: 13.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 11.04.2022

GİRİŞ

Sermaye piyasalarında fon transferlerinin gerçekleştirilmesi, halkın elinde atıl ve tek başına bir anlam ifade etmeyen tasarrufların sisteme dâhil edilmesi ve böylelikle ortaklıkların finansman ihtiyaçlarının karşılanması ve de sermayenin tabana yayılması sermaye piyasası araçlarının (SPA) halka arzı ile gerçekleştirilmektedir.[1] III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 55 ve II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği m. 28 uyarınca, SPA'ların halka arzının yetkili bir kuruluş aracılığı ile yürütülmesi esas olup bu işlem de *"halka arza aracılık faaliyeti"* olarak ifade bulmaktadır. Halka arza aracılık faaliyeti 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 37'de, *"sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunarak satışa aracılık edilmesi"* ve "*sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi"* şeklinde ifade edildikten sonra konuya ilişkin detaylı düzenlemelere Yatırım Hizmetleri Tebliği'nde yer verilmektedir.

Sermaye piyasalarında aracılık faaliyetlerinin yürütülmesi, taraflar arasında yazılı aracılık sözleşmelerinin yapılmasını gerekli kılmakta, dolayısıyla halka arza aracılık faaliyeti de halka arza aracılık sözleşmesinin akdedilmesini gerektirmektedir. Halka arza aracılık işlemlerinin ne şekilde yürütüleceğini ve taraflar arasındaki ilişkinin esaslarını düzenleyen bu sözleşme, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 55'te düzenleme alanı bulmaktadır. Kanun'da düzenleme alanı bulmayan halka arza aracılık sözleşmesi isimsiz bir sözleşme olarak mütalaa edilmiş ve hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretide farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur.

Halka arza aracılık faaliyetini üstlenen kuruluşun aracılığı üstlenme biçimine göre, taraflar arasında; *"en iyi gayret aracılığı sözleşmesi"*, *"tümünü yüklenim aracılığı sözleşmesi"*, *"bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmesi"* veya *"karma aracılık sözleşmesi"* akdedilmektedir. Halka arza aracılık sözleşmesinin hukuki niteliği, her bir sözleşme türüne göre çalışmamızda ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

I. HALKA ARZ ve HALKA ARZA ARACILIK KAVRAMLARI

A. HALKA ARZ

Sermaye piyasası hukukuna özgü bir kavram olan halka arz kavramı, SerPK m. 3/1-f'de, *"sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen*

[1] Tekin Memiş/Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 53; Tolga Ayoğlu, "Sermaye Piyasası Hukuku'nda 'Halka Arz' Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri", Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 49, s. 75 vd.; Reha Tanör, Halka Arz, Beta, İstanbul, 2000, s. 3-4 ve 565 vd.

satış" olarak tanımlanmaktadır. Kanuni tanımdan hareketle, "halka çağrı" ve "satış" olmak üzere halka arzın iki unsuru mevcuttur[2].

Halka çağrı, SPA'ların satın alınması için çok sayıda ve belirsiz kişiye duyuru yapılmasını ifade eder.[3] Kanun, çağrının her türlü yoldan yapılabileceğine ve genel nitelikte olduğuna işaret etmektedir. Bütün süreçleriyle sermaye piyasası mevzuatına uygun ve genel nitelikte olduğu sürece çağrının şekli, yöntemi, yapıldığı mecra önem arz etmemektedir.[4] Çağrının genel olması, halka arz kavramındaki "halk" ifadesinin bir yansıması olup bu çağrının bir sınırlama olmaksızın halka yöneltilmesi veya belli ortak özelliklere sahip fakat bireysel olarak belirli hâle getirilmemiş bir topluluğa (örneğin bir futbol takımının taraftarlarına, bir meslek örgütünün üyelerine) yöneltilmesi gerekmektedir.[5]

Halka arz, esas itibariyle sermaye piyasası mevzuatına uygun olduğu sürece yöntem sınırlaması olmaksızın her tür yoldan genel bir çağrı yapılması ve bu çağrı üzerine gerçekleştirilen satışı ifade etmektedir. İşbu satış işleminin konusunu SPA'lar[6], taraflarını ise yatırımcılar ve halka arz edenler[7] oluşturmaktadır.[8]

---

[2] Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 587 vd.

[3] Manavgat, 2016, s. 588; Burak Adıgüzel, Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 40; Vural Günal/ Yalçın Özge Okat, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 31; Mehmet Somer, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerindeki Etkileri, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 57.

[4] Çağrı; TV, radyo, yazılı ve görsel basın aracılığıyla, reklamlar ve ilânlar yoluyla, posta kanalıyla veya internet ve sosyal medya aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es, İstanbul, 1982, s. 21; Oğuz Kürşat Ünal, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Yaklaşım, Ankara, 1997, s. 23; Manavgat, 2016, s. 589; Memiş/ Turan, 2020, s. 53; Adıgüzel, 2019, s. 40; Zühtü Aytaç, "Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler", C. 40, S. 1, 1985, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 243; Veliye Yanlı, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Beta, İstanbul, 2005, s. 28.

[5] Manavgat, 2016, s. 588-589; Memiş/ Turan, 2020, s. 54; Adıgüzel, 2019, s. 40; Fevzi Fırat Gözüyeşil, "Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk", Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019, s. 124; Yanlı, 2005, s. 27.

[6] Sermaye piyasası araçları, SerPK m. 3/1-ş'de *"menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları"* olarak tanımlanmaktadır. Sermaye piyasalarının temel bileşenleri olarak ifade edilen bu araçlar halka arz işleminin, halka arza aracılık faaliyetinin ve dolayısıyla halka arza aracılık sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Bkz. Ünal, 1997, s. 5; Tanör, 2000, s. 81 vd.; Ayoğlu, 2006, s. 163; Zekeriyya Arı, "Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Aracılık Faaliyetleri ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 1996, s. 89; Mustafa Sencer Kara, "Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının

B. HALKA ARZA ARACILIK

Sermaye piyasaları uzmanlık gerektiren bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu piyasalarda taraflar doğrudan bir ilişki kuramamakta, bu alanda uzmanlaşmış kuruluşların yürüttüğü profesyonel aracılık hizmetlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan "aracılık" kavramına sermaye piyasası hukukunda özel bir anlam atfedildiği görülmektedir.[9] Sermaye piyasalarında gerçekleştirilen aracılık faaliyetleri SerPK'da *"Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri"* başlığı altında m. 37'de yer almaktadır.[10]

Halka arza aracılık faaliyeti, SerPK m. 37'de, *"sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunarak satışa aracılık edilmesi"* (m.

Korunması", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 99; Adıgüzel, 2019, s. 143.

7 Halka arz eden kavramı, SerPK m. 3/1-g'de *"sahip olduğu sermaye piyasası araçlarını halka arz etmek üzere Kurula başvuruda bulunan gerçek veya tüzel kişiler"* olarak tanımlanmaktadır. Halka arz eden taraf bizzat ihraççı ortaklık olabileceği gibi SPA'lara sahip olan gerçek veya tüzel kişiler de olabilir. Bkz. Günal/Okat, 2021, s. 31; Adıgüzel, 2019, s. 41; Gözüyeşil, 2019, s. 185.

8 Alıcı tarafta geniş bir yatırımcı kitlesinin olması ve standart koşullarla satışın yapılıyor olması, bu kavramın özel olarak düzenlenmesini gerektirmiştir. Bkz. Manavgat, 2016, s. 587.

9 Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 63; Ünal, 1997, s. 53; Ayoğlu, 2006, s. 6 vd.; Kara, 2006, s. 94; Ayşe Nur Berzek, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", 1995, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 51; Nusret Çetin/Hatice Ebru Töremiş, "Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", C. XII, S. 1-2, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 82; Dilara Kankoç Aydın, "Sermaye Piyasalarında Aracılık Faaliyetlerinin Hukuki Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk, Ankara, 2019, s. 6.

10 SerPK m. 37: *"(1) Bu Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri şunlardır: a) Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi b) Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi c) Sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı ç) Portföy yöneticiliği d) Yatırım danışmanlığı e) Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak satışa aracılık edilmesi f) Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi g) Çok taraflı alım satım sistemlerinin ve borsa dışı diğer teşkilatlanmış pazar yerlerinin işletilmesi ğ) Sermaye piyasası araçlarının müşteri namına saklanması ve yönetimi ile portföy saklanması h) Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunulması."*. Mezkur hükümde (a), (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde yer alan faaliyetler aracılık faaliyetleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden halka arza aracılık faaliyetinin de (e) ve (f) bentlerinde düzenlendiği görülmektedir. Bkz. Nusret Çetin/ Hatice Ebru Töremiş/ Zeynep Cantimur, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nu Sistematik Analizi, Yetkin, Ankara, 2014, s. 81-82; Kankoç Aydın, 2019, s. 60 vd.; Memiş/ Turan, 2020 s. 159 vd.; Günal/Okat, 2021, s. 41 ve 220; Adıgüzel, 2019, s. 267 vd; Özlem Ata, "Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması", Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 63.

37/1-e) ve "*sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi"* (m. 37/1-f) şeklinde ifade edilmektedir. Kanun'da herhangi bir tanımlamada bulunulmamış, sadece ilgili faaliyetin yüklenimde bulunarak veya yüklenimde bulunmaksızın gerçekleştirebileceğine ilişkin bir ayrıma yer verilmiştir. SPA'ları halka arz edenler ile bu SPA'lara yatırım yapmak isteyenleri yetkili yatırım kuruluşları buluşturmakta ve bu işlem de *"halka arza aracılık faaliyeti"* şeklinde isimlendirilmektedir.[11] En kısa tabirle yatırım kuruluşları tarafından SPA'ların halka arzına aracılık edilmesini ifade etmektedir.

Halka arza aracılık faaliyetine ilişkin detaylı düzenlemeler, III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de yer almaktadır.[12] Kanun'un m. 37/1-e ve m. 37/1-f hükmünde yer alan faaliyetler, mezkûr Tebliğ'in m. 5*1* hükmünde *"halka arza aracılık faaliyeti"* başlığı altında ifade edilmekte ve alt türlere ayrılarak tanımlanmaktadır. Aracılık faaliyetini yürüten kuruluşun taahhüt ettiği edimin niteliği ve kapsamına göre (veya bir başka ifadeyle riski üstlenme biçimine göre) *"En İyi Gayret Aracılığı"*[13] ve *"Aracılık Yüklenimi"* şeklinde temelde iki aracılık türü söz konusudur. Aracılık yüklenimi de kendi içinde *"Bakiyeyi Yüklenim"*, *"Tümünü Yüklenim"*, *"Kısmen Bakiyeyi Yüklenim"* ve *"Kısmen Tümünü Yüklenim"* isimleri altında alt türlere ayrılmaktadır. Tarafların hangi aracılık türünü seçeceği konusunda kural olarak bir zorunluluk bulunmamakta, öncelikle halka arz edenin tercihleri ve beklentileri doğrultusunda taraflar serbestçe karar vermektedir.[14] Buna karşılık, payların ilk halka arzı ile ilişkili olarak, aracılık yüklenimini tercih etme hususunda VII-128.1 sayılı Pay Tebliğ'inde bir mecburiyet öngörülmektedir.[15]

---

[11] Tekinalp, 1982, s. 79; Manavgat, 1991, s. 64-65; Hamdi Yasaman, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992; Ünal, 1997, s. 127; Tanör, 2000, s. 259; Faruk Acar, "Sermaye Piyasası Hukukunda Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Yüklenim Sözleşmesi", 2001, Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 319; Mehmet Murat İnceoğlu, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2004, s. 29 vd.; Ayoğlu, 2006, s. 159 vd.; Kara, 2006, s. 101 vd.; Ali İhsan Kaytaz, "Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlara Karşı Yatırımcının Korunması", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 82; Kankoç Aydın, 2019, s. 158; Adıgüzel, 2019, s. 56.

[12] Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 5*1*'de bu faaliyetin tanımı ve türleri, m. 5*2*'de bu faaliyeti yürütülebilecek kuruluşlar, m. 5*3*'te bu faaliyete ilişkin getirilen özel şartlar, m. 5*4*'te bu faaliyetin yürütülmesine ilişkin ilke ve esaslar, m. 5*5*'te halka arza aracılık sözleşmesi, m. 5*6* ve m. 5*7*'de aracılık konsorsiyumu ve konsorsiyum sözleşmesi düzenlenmiştir.

[13] Kanun'da, *"sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi"* ifade edilen faaliyet, Tebliğ hükmünde *"en iyi gayret aracılığı"* olarak isimlendirilmektedir.

[14] Tanör, 2000, s. 277-278; İnceoğlu, 2004, s. 31; Ayoğlu, 2006, s. 197-199.

[15] Pay Tebliği m. 5/5: *"Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklığın, ek satış hariç halka arz edilecek paylarının halka arz fiyatı baz alınarak hesaplanacak piyasa değerinin; a) Yirmi milyon*

Halka arz faaliyeti, Kanun'un *"yatırım kuruluşu"* olarak isimlendirdiği bir "aracı" ile gerçekleştirilmektedir.[16] Ancak halka arza aracılık faaliyeti her yatırım kuruluşu tarafından gerçekleştirilememektedir. SPA'ların halka arzının, "yetkili bir kuruluş" aracılığıyla yürütülmesi esastır. SerPK m. 39/9[17] ve Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 52[18] gereğince işbu aracılık faaliyeti Kurul tarafından

---

TL'nin altında olması durumunda satılamayan payların tamamı için, b) Yirmi milyon TL ile kırk milyon TL arasında olması durumunda ise, satılamayan payların yirmi milyona kadar olan kısmının tamamı, aşan kısmının ise yarısı için halka arzda satışa aracılık eden yetkili kuruluşların halka arz fiyatı üzerinden bu payları satın alacağına ilişkin olarak ortaklığa karşı yüklenimde bulunması ve izahnamenin Kurulca onaylanmasından önce yüklenim sözleşmesinin Kurula gönderilmesi zorunludur. Halka arz edilecek payların piyasa değerinin kırk milyon TL'nin üzerinde olması durumunda yüklenimde bulunma zorunluluğu yoktur. Payları GİP'te işlem görecek ortaklıklarda bu yükümlülük piyasa danışmanı tarafından da yerine getirilebilir. Bu fıkrada yer alan tutarlar, fiyat aralığı ile talep toplanması halinde taban fiyat esas alınarak hesaplanır." Piyasa değeri itibariyle kırk milyon liranın altında kalan paylar için yüklenimli aracılık bakımından bir zorunluluk söz konusu olmaktadır. Kırk milyon liranın üzerinde bir piyasa değerinin olması durumunda ise taraflarca en iyi gayret aracılığı da tercih edilebilmektedir. Bkz. Manavgat, 2016, s. 622-623.

[16] Bu hususa, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 55'te *"Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, sermaye piyasası aracını ihraç eden ve/veya halka arz eden ile yetkili yatırım kuruluşu arasında akdedilecek yazılı bir halka arza aracılık sözleşmesine bağlanması şarttır."* şeklinde; Pay Tebliği m. 30'da *"Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, yetkili kuruluş veya bu kuruluşlardan oluşan konsorsiyum aracılığıyla gerçekleştirilmesi esastır. Halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının satışının ve bunlara ilişkin anapara, faiz ödemesi gibi benzeri yükümlülüklerin halka arza aracılık eden yetkili kuruluş veya diğer yetkili kuruluşlar vasıtasıyla yerine getirilmesi zorunludur."* şeklinde işaret edilmektedir. Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin ve de dolayısıyla aracılık faaliyetlerin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icrası SerPK m. 39/1 uyarınca ancak yatırım kuruluşları tarafından gerçekleştirilebilir. Yatırım kuruluşu kavramı, SerPK m. 3/1-v'ye göre *"aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları"* ifade etmektedir. Bu kuruluşlar hakkında detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Asuman Turanboy, "Yatırım Kuruluşları", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Korkut Özkorkut (ed.), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 85 vd.; Yavuz Akbulak, "Türk Sermaye Piyasasında Yatırım Kuruluşlarına Dair Yeni Esaslar", C. 88, S. 4, 2014, İstanbul Barosu Dergisi, s. 382; Mehmet Bahtiyar, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2019, s. 11; Çetin/Töremiş/Cantimur, 2014, s. 92; Ata, 2019, s. 66-75.

[17] SerPK m. 39/9: *"Bu Kanunun 37 nci maddesinin (a), (b), (c), (ğ) ve (h) bentlerinde sayılan yatırım hizmet ve faaliyetleri bankalarca da yürütülebilir. Yatırım ve kalkınma bankaları aynı maddenin (ç), (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılan hizmetleri de sunabilir. Bankaların aynı madde kapsamında yürütecekleri yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. İşbu hizmet ve faaliyetlerde Kurul, sermaye piyasası araçlarının ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun görüşüyle bankaların niteliklerine göre farklı usul ve esaslar belirleyebilir."*

[18] Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 52: *"Aracılık yüklenimi ve en iyi gayret aracılığı faaliyetleri Kuruldan izin almak kaydıyla, aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları tarafından yapılabilir."*

yetkilendirilmiş aracı kurumlar[19] ile yatırım ve kalkınma bankaları tarafından gerçekleştirilebilir.[20]. Anılan hükümler karşısında mevduat ve katılım bankaları bu faaliyeti sunamamaktadır. Halka arza aracılık, tek bir yetkili yatırım kuruluşunca gerçekleştirilebileceği gibi, bu kuruluşların bir araya gelerek oluşturacağı *"aracılık konsorsiyumu"* ile de yürütülebilmektedir.[21]

Halka arza aracılık faaliyetinin türlerine ilişkin detaylı açıklamalara çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yer verilecek olsa da bu başlık altında *"yüklenimli aracılık"* ile *"yüklenimsiz aracılık (en iyi gayret aracılığı)"* arasındaki farka kısaca değinmekte fayda vardır.[22] Aracılık yükleniminde, satıştan önce SPA'ların tamamı satın alınarak veya satış sonunda satılamayan kısmı satın alınarak aracılık faaliyetini yürüten kuruluş tarafından bir yüklenimde bulunulmaktadır. Yatırım kuruluşunun, SPA'ların satılmama/satılamama riskini üstlenmesi, aracılık yükleniminin karakteristik özelliğidir.[23] Yüklenimsiz aracılık

---

[19] Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin m. 8 hükmü aracı kurumları, *"dar yetkili"*, *"kısmi yetkili"* ve *"geniş yetkili"* şeklinde üç gruba ayırmaktadır. En iyi gayret aracılığı, kısmi yetkili aracı kurumlarca yürütülebilirken; yüklenimli aracılık faaliyeti için sadece geniş yetkili aracı kurumlar yetkilidir.

[20] Turanboy, 2017, s. 94-98; Kankoç Aydın, 2019, s. 164; Günal/ Okat, 2021, s. 248; Halka arza yetkili aracı kurumların ve bankaların yer aldığı liste için bkz. https://www.spk.gov.tr/SiteApps/AraciKurulus/FaaliyetIzinleri/ak ve https://www.spk.gov.tr/SiteApps/AraciKurulus/FaaliyetIzinleri/banka s.e.t. 15.02.2022.

[21] Mustafa Sencer Kara, "Aracılık Konsorsiyum", C. 23, S. 1, 2015, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 317; Berzek, 1995, s. 60; Arı, 1996, s. 101; Ünal, 1997, s. 200; İnceoğlu, 2004, s. 114; Ayoğlu, 2006, s. 267; Konsorsiyum oluşturulması halinde, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 57/1 uyarınca, konsorsiyumu oluşturulan kuruluşlar arasında yazılı bir konsorsiyum sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir.

[22] 6362 sayılı SerPK öncesinde, *Yasaman* ve *Berzek* tarafından en iyi gayret aracılığının da bir tür aracılık yüklenimi olduğu öne sürülmüştür. Aracılık faaliyetini yürüten kuruluş en iyi gayreti gösterme yüklenimini üstlenmektedir. Bkz. Yasaman, 1992, s. 112; Berzek, 1995, s. 56; Ünal'a göre de *"yüklenim (taahhüt)"* kavramı genel bir kavram olup SPA'lara ilişkin bir taahhüt olsun veya olmasın, sözleşme, *"aracılık yüklenim sözleşmesi"*dir. Bkz. Ünal, 1997b, s. 99.; Ancak, 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile yüklenimli aracılık ve yüklenimsiz aracılık faaliyetlerinin Kanun bazında açıkça ayrıma tabi tutulmasından hareketle öğretideki bu tartışmaların güncelliğini korumadığı kanaatindeyiz.

[23] "Yüklenim" ibaresi bir satın alma taahhüdü veya peşinen satın alma mahiyetinde bir kavramdır. SPA'ların bir şekilde satılacağı halka arz edene karşı taahhüt edilmektedir. Başka bir ifadeyle, finansal kökenli bir kavram olup mali açıdan risk altına girmektedir. Bkz. Manavgat, 1991, s. 81; Ayoğlu, 2006, s. 187; Kaytaz, 2010, s. 92; Senem Mutlu Uşaklı, "Halka Arz Kavramı ve Halka Arzda Kullanılan Satış Yöntemleri", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 62; Kankoç Aydın, 2019, s. 161; Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Hukuku, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, s. 47-48; Buna karşılık *Yasaman, Berzek*, ve *Ünal* tarafından en iyi gayret aracılığının da bir "yüklenim" içerdiği ve "aracılık yüklenimi" kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir. Bkz. Yasaman, 1992, s. 112; Berzek, 1995, s. 56; Oğuz Kürşat Ünal, "Sermaye Piyasasında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği", C. 1, S. 1, 1997, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 99.

veya bir başka ifadeyle en iyi gayret aracılığında ise yatırım kuruluşu herhangi bir taahhüt altına girmeden SPA'ların satılmasına aracılık etmektedir. Aracılık faaliyeti noktasında en iyi gayreti gösteren kuruluşun satılamayan SPA'lara ilişkin bir yükümlülüğü mevcut değildir.[24] Her iki aracılık türünde de aracılık faaliyetini üstlenen yatırım kuruluşu, SPA'ların halka arz edilmesine ilişkin aracılık faaliyetlerini yürütmektedir.

Aracılık yükleniminin karakteristik özelliğinin SPA'ların satılamamasına ilişkin riskin aracılık faaliyetini üstlenen kuruluşça üstlenilmesi olduğunu yukarıda ifade ettik. Aracılık yüklenimi, bu riskin üstlenme şekline göre, *"bakiyeyi yüklenim aracılığı"* ve *"tümünü yüklenim aracılığı"* şeklinde ayrılmaktadır. Halka arz edilecek SPA'lar satıştan evvel aracılık faaliyetini üstlenen kuruluşça satın alınmakta ve bu araçlar bilahare halka satılıyorsa *"tümünü yüklenim aracılığı"*; bu araçlar evvelinden satın alınmayıp satış işlemi nihayete erdikten sonra satın alınıyorsa *"bakiyeyi yüklenim aracılığı"* söz konusu olacaktır.[25]

II. HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMELERİ

Sermaye piyasalarında aracılık faaliyetlerinin yürütülmesi, taraflar arasında yazılı aracılık sözleşmelerinin yapılmasını gerektirmektedir.[26] Halka arza aracılık faaliyeti de halka arz eden taraf ile aracılık faaliyeti üstlenen kuruluş arasında bir aracılık sözleşmesinin akdedilmesini gerekli kılmaktadır.[27] Bu husus, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. *55*'te *"Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, sermaye piyasası aracını ihraç*

[24] En iyi gayret aracılığı faaliyetini yürüten kuruluş, herhangi bir yüklenimde bulunmadan SPA'ların satılmasına aracılık etmektedir. Satılamayan SPA'lar taraflarca önceden kararlaştırıldığı üzere ya satışı yapana iade edilir ya da bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü kişilere satılır. Bkz. Manavgat, 1991, s. 79 vd.; Yasaman, 1992, s. 110; Arı, 1996, s. 91; Reha Tanör, Taraflar, Beta, İstanbul, 1999, s. 280; İnceoğlu, 2004, s. 29; Ayoğlu, 2006, s. 188; Mutlu Uşaklı, 2010, s. 63; Kaytaz, 2010, s. 93-95; Günal/ Okat, 2021, s. 247.

[25] Yasaman, 1992, s. 110-112; Berzek, 1995, s. *55*; Arı, 1996, s. 92-93; Tanör, 1999, s. 280; Acar, 2001, s. 320; İnceoğlu, 2004, s. 30; Ayoğlu, 2006, s. 191 vd.; Günal/ Okat, 2021, s. 246.

[26] Ünal, 1997, s. 183; Tanör, 1999, s. 283; Adıgüzel, 2019, s. 270.

[27] Manavgat, 1991, s. 79 vd.; Yasaman, 1992, 109 vd.; Arı, 1996, s. 88 vd.; Ünal, 1997, s. 184 vd.; Tanör, 1999, s. 281; İnceoğlu, 2004, s. 75 vd.; Ayoğlu, 2006, s. 159 vd.; Kara, 2006, s. 107 vd.; Kaytaz, 2010, s. 91 vd.; Mutlu Uşaklı, 2010, s. 62 vd; Kankoç Aydın, 2019, s. 184, vd.; Günal/ Okat, 2021, s. 248; SPA'ların sadece halka arzında değil, halka arz edilmeksizin satışında da halka arza aracılık sözleşmesi akdedilebilir. Bkz. Berzek, 1995, s. 56; Ayoğlu, 2006, s. 12; Kara, 2006, s. 108; Ünal, 1997b, s. 87-88; *Manavgat'a* göre tümünü yüklenim aracılığı her ne kadar bünyesinde bir yüklenimi ihtiva ediyor olsa da aracılık sözleşmesi yapılmasını gerektirmemektedir. Bkz. Manavgat, 1991, s. 76.

eden ve/veya halka arz eden ile yetkili yatırım kuruluşu arasında akdedilecek yazılı bir halka arza aracılık sözleşmesine bağlanması şarttır" şeklinde ifade edilmektedir. Halka arza aracılık sözleşmelerine ilişkin bir tanımlamada bulunmayan, tarafların hak ve yükümlülüklerini içermeyen bu Tebliğ hükmü ile sadece bu isimde bir sözleşmenin mevcudiyetinden ve akdedilmesi gerekliliğinden bahsedilmiş ve içeriğinin de Kurul tarafından belirleneceği ifade edilmiştir.

Halka arza aracılık sözleşmesini şu şekilde tanımlayabiliriz: Halka arza aracılık faaliyetini yürütmeye yetkili kuruluşlar ile ihraççı ortaklık ve/veya halka arz eden sıfatını haiz kişiler (gerçek veya tüzel) arasında kurulan; aracılığı üstlenen kuruluşun yüklenimli veya yüklenimsiz şekilde halka arz olunacak SPA'ların satışına aracılık edeceğini taahhüt ettiği ve bunun karşılığında ücret veya komisyona hak kazandığı bir aracılık sözleşmesidir.[28] Halka arza aracılık işlemleri bu sözleşmede belirlenen esaslar çerçevesinde yürütülür (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 54/1-a). SPA'lar ve bu araçların halka arzı işbu sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır.[29] Yatırımcıların taraf olmadığı işbu sözleşme, aracılık faaliyetini yürütmeye yetkili yatırım kuruluşu veya bunların oluşturdukları konsorsiyum ile ihraççıların veya malik oldukları SPA'ları yatırım kuruluşları aracılığıyla satmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin bulunduğu iki taraflı bir sözleşmedir.[30] Halka arza aracılık sözleşmeleri, en kısa tabirle, SPA'ların halka satılması taahhüdünü barındıran sözleşmeler olup taraflar arasındaki ilişkinin esaslarını düzenlemektedir.[31]

Sözleşmenin düzenlendiği mezkûr Tebliğ hükmündeki "*…yazılı bir halka arza aracılık sözleşmesine bağlanması şarttır"* ifadesi uyarınca, yüklenim içersin veya içermesin sözleşme yazılı şekil şartına tabi kılınmıştır.[32] Yazılı şekil, sıhhat şartı olup bu şekle uyulmaksızın akdedilen halka arza aracılık sözleşmeleri geçersiz olacaktır.[33] Tebliğ hükmünde, sözleşmenin asgari unsurlarının Kurulca belirleneceği yer almaktadır. Bu bağlamda *"Halka Arza Aracılık Sözleşmesinde Bulunması*

---

[28] Manavgat, 1991, s. 72; Ayoğlu, 2006, s. 159; Kaytaz, 2010, s. 91; Kara, 2006, s. 107; Arı, 1996, s. 89; Kankoç Aydın, 2019, s. 184; Ünal, 1997b, s. 86; *Ünal*'a göre sözleşme adı yanlış seçilmiştir. *"Aracılık yüklenim sözleşmesi"* kavramının kullanılması gerekmektedir. Benzer kullanımlar için bkz. Yasaman, 1992, s. 109; Berzek, 1995, s. 56.

[29] Ünal, 1997, s. 189; Ünal, 1997b, s. 89; Ayoğlu, 2006, s. 163.

[30] Ayoğlu, 2006, s. 168 vd.; Kara, 2006, s. 112; Ünal, 1997b, Sözleşme, s. 93 vd.

[31] Tekinalp, 1982, s. 79.

[32] Tebliğ hükmü ile sözleşmenin yazılı şekil şartına bağlanamayacağı hakkında bkz. İnceoğlu, 2004, s. 34 ve 120; Ayoğlu, 2006, s. 203; Kara, 2006, s. 110.

[33] Manavgat, 1991, s. 76; Yasaman, 1992, s. 113; Berzek, 1995, s. 56-57; Yazılı şekle uymamanın sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmayacağı hakkında bkz. Ayoğlu, 2006, s. 204.

Gereken Asgari Unsurlar" başlıklı bir içeriğin Kurul'un sitesinde yer aldığı görülmektedir.[34]

Halka arza aracılık sözleşmesi, SerPK'da, TBK'da veya başka bir kanunda düzenleme alanı bulan bir sözleşme değildir. Kanunen düzenlenmemiş olan bu sözleşme, "isimsiz bir sözleşme" olarak değerlendirilmektedir.[35] Kanaatimizce esas itibariyle bir tür *"iş görme amacı güden sözleşme"*[36] niteliği taşıyan halka arza aracılık sözleşmelerinde taraflar arasında bir vekâlet ilişkisi kurulmaktadır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden işbu sözleşmelere TBK'nın vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmasında bizce bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim TBK m. 502/2 *"vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır"* diyerek bu çıkarımımıza cevaz vermektedir.[37]

---

[34] Buna göre, halka arza aracılık sözleşmelerinde şu unsurların yer alması gerekmektedir*: "tarafları tanıtıcı bilgiler, sözleşmede kullanılacak kısaltmalar, sözleşmenin konusu, sözleşmenin konusunu teşkil eden sermaye piyasası aracına ilişkin bilgiler, aracılığın türü ve kapsamı, tarafların hak taahhüt ve yükümlülükleri, halka arzda kısıtlamalar, satışa ilişkin esaslar, varsa satıştan sonrası hizmetler, aracı kuruluşa ödenecek ücret veya komisyonun tespit ve ödeme esasları, delil şartı, sözleşmenin süresi ve sona ermesi, konsorsiyum oluşturulması halinde konsorsiyum sözleşmesine ait bilgiler, uygulanacak hükümler, yetkili imzalar ve tebligat adresleri."* Bkz. https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/24 s.e.t. 15.02.2022; Bu asgari içeriğe uyulmamasının sözleşmenin geçerliliğine etki edip etmeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Manavgat, 1991, s. 77-78; İnceoğlu, 2004, s. 121; Ayoğlu, 2006, s. 205.

[35] Ayoğlu, 2006, s. 214-215; Unsurları veya unsurlarının bir araya geliş biçimi kanunen düzenlenmemiş sözleşmelere *"isimsiz sözleşme"* denilmektedir. Sözleşmelerin isimli sözleşme olarak mütalaa edilebilmesi için kanunda ismen zikredilmesi yeterli olmayıp sözleşmenin esaslı unsurlarının da düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu kavram, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bkz. Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", C. 55, S. 1-2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1996, s. 263-265; Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 3-4; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, s. 948.

[36] İş görme amacı güden sözleşmeler; konusu bir çalışma, hizmet veya emek olan sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerde insan emeği ile bir işin görülmesi amaçlanmaktadır. Hizmet sözleşmeleri, eser sözleşmeleri, vekâlet sözleşmeleri bu tipteki sözleşmelere örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Turhan, Ankara, 2019, s. 27; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 19;, Erzan Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017, s. 38.

[37] Kuntalp, 2013, s. 35; Eren, 2019, s. 724; Kanunlarda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmese de bu sözleşmelere vekâlete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasında bir sakınca yoktur. Bkz. Zevkliler/ Gökyayla, 2019, s. 602.

TBK m. 502 vekâlet sözleşmesini, *"vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlamaktadır.[38] Halka arza aracılık sözleşmelerinde ise vekil olarak aracılık faaliyetini yürüten kuruluş; vekâlet veren olarak da ihraççı ortaklık ve/veya halka arzı gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiler bulunmaktadır. Halka arza aracılık faaliyetini gerçekleştirmeye yönelik olan edimler de iş görme borcunu oluşturmaktadır. Bu edimler, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51/3'te şu şekilde yer almaktadır: *"Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmesi ile ilgili olarak ihraççı ve/veya halka arz edenler ile birlikte ihraç fiyatı, miktarı ile halka arz sürecinin belirlenmesine yönelik çalışmalar yapılması, izahnamenin onayı için sunulacak diğer bilgi ve belgelerin hazırlanarak Kurula başvuruda bulunulması, konsorsiyum oluşturulması, talep toplanması, halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının satışına yönelik olarak yurt içi ve yurt dışı organizasyonlar düzenlenmesi ve satışın organize edilmesi gibi kurumsal finansman faaliyetlerinin yürütülmesi ve benzeri faaliyetler ile aracılık sözleşmesinde belirlenen diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi halka arza aracılık faaliyeti kapsamına dahildir."* Ayrıca son olarak şunu da belirtmeliyiz ki vekâlet sözleşmelerinin temeli güven ilişkisine dayanmaktadır ve halka arza aracılığı yürütmekle yetkili olan yatırım kuruluşları da "güven kuruluşları" olarak nitelendirilmektedir.[39]

B. TÜRLERİNE GÖRE HALKA ARZA ARACILIK SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Hukuki Niteliğin Tespitinde Kullanılan Ölçüt

Halka arza aracılık sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tespitinde öğretide farklı ölçütlerin ele alındığı görülmektedir. *Manavgat, Yasaman, Berzek, Arı, Ünal, Tanör, Acar, Kara* ve *Kaytaz*'ın da yer aldığı çoğunluk görüş tarafından aracılık faaliyeti yürüten kuruluşun kimin namına ve hesabına hareket ettiği dikkate alınmıştır.[40] *İnceoğlu* ve *Ayoğlu* ise bu yaklaşımı tercih etmeyip halka arzın gerçekleşme türüne göre

[38] Vekâlet sözleşmesi *Tandoğan* tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: "*vekâlet öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler*" Bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987, s. 356; Vekâlet sözleşmesine ilişkin bkz. Eren, 2019, s. 715 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, 2019, s. 598 vd.; Yavuz, 2014, s. 1153 vd.

[39] Vekalet sözleşmesinin temelinin güven ilişkisine dayandığı hakkında bkz. Zevkliler/ Gökyayla, 2019, s. 599; Yatırım kuruluşlarının güven kuruluşu olduğu hakkında bkz. Turanboy, 2017, s. 88 vd.; Ata, 2019, s. 79.

[40] Manavgat, 1991, s. 84 vd.; Yasaman, 1992, s. 113 vd.; Berzek, 1995, s. 57; Arı, 1996, s. 99; Ünal, 1997, s. 76 vd.; Tanör, 1999, s. 285; Acar, 2001, s. 320; Kara, 2006, s. 97-98; Kaytaz, 2010, s. 93 vd.; Bu kapsamda görüş bildiren yazarlara göre halka arza aracılık sözleşmesi, türüne göre; vekalet, komisyon veya alım-satım sözleşmesi niteliğindedir.

sözleşmeden doğan hakların ve borçların neler olduğunu dikkate alarak görüşlerini dile getirmişlerdir.[41]

Aracılığın kimin nam ve hesabına yürütüldüğü dikkate alınarak ileri sürülen görüşlerde genel itibariyle şu sonuçlara varıldığı görülmektedir:[42] En iyi gayret aracılığında ve bakiyeyi yüklenim aracılığında aracılığı yürüten kuruluş, başkası yani halka arz eden adına ve hesabına hareket etmektedir ve vekâlet sözleşmesinin mevcudiyeti söz konusudur. Yatırım kuruluşunun, en iyi gayret aracılığında veya bakiyeyi yüklenim aracılığında kendi adına ve halka arz edenin hesabına hareket ettiği varsayımında ise komisyonculuk sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedilmektedir. Tümünü yüklenim aracılığında, aracılığı yürüten kuruluş kendi adına ve hesabına hareket etmektedir ve satış sözleşmesinin mevcudiyeti söz konusudur.

Çoğunluk tarafından ele alınan kıstasın, Mülga Kanun'da yer alan aracılık faaliyeti tanımından kaynaklandığını düşünmekteyiz. 2499 sayılı Mülga Kanun m. 30/1-h'de aracılık faaliyeti, *"sermaye piyasası araçlarının kanunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına ticari amaçla alım satımı"* şeklinde aracılığın kimin nam ve hesabına gerçekleştirildiği esas alınarak tanımlanmıştır. Nitekim bu görüşler de Mülga Kanun döneminde öne sürülmüştür. Buna karşılık, 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle aracılık faaliyetine ilişkin olarak eskiden olduğu gibi genel bir tanımlamada bulunulmamış ve aracılığın kimin nam ve hesabına yürütüldüğüne ilişkin ayrım da kaldırılmıştır.[43] SerPK ve ikincil düzenlemelerde, aracılığı yürütecek yatırım kuruluşunun yüklenimde bulunup bulunmadığı dikkate alınarak halka arza aracılık faaliyeti farklı tür gruplandırmalara tabi tutulmuştur. Dolayısıyla hukuki nitelendirme yapılırken aracılığın gerçekleştirilme biçimi (aracılığın yüklenimli mi yoksa yüklenimsiz mi gerçekleştirildiği) ve buna bağlı olarak tarafların sözleşmeden doğan borçlarının ne olduğuna göre bir

---

41 İnceoğlu, 2004, s. 76; Ayoğlu, 2006, s. 218; Ayoğlu, aracılığın kimin nam ve hesabına yürütüldüğüne ilişkin ayrımın, alım satıma aracılık faaliyeti için getirildiğini ileri sürmektedir.

42 *Manavgat'a* göre aracılık sözleşmesi bir hukuki işlemin yapılmasına yönelik vekâlet veya komisyonculuk sözleşmesidir. Bkz. Manavgat, 1991, s. 84 vd.; *Yasaman'a* göre ticari işler tellallığına ilişkin hükümler tamamlayıcı olarak uygulanabilir. Bkz. Yasaman, 1992, s. 113 vd.; Berzek, 1995, s. 57; *Arı*'ya göre halka arz eden adına ve hesabına hareket edilmesi halinde komisyona ait hükümler uygulanamamaktadır. Bkz. Arı, 1996, s. 99; Ünal, 1997, s. 76 vd.; Tanör, 1999, s. 285; Acar, 2001, s. 320; Kara, 2006, s. 97-98; Kaytaz, 2010, s. 93 vd.; Bu görüş kabulünce, dış ilişkide (yatırımcı ile olan ilişki); aracılığı yürüten kuruluşun halka arz edenin adına ve hesabına hareket etmesi durumunda doğrudan temsil söz konusu olurken, aracılığı yürüten kuruluşun kendi adına halka arz eden hesabına hareket etmesi durumunda ise dolaylı temsil ilişkisi söz konusu olmaktadır. Temsil, aracılığı yürüten kuruluş ile üçüncü kişiler arasında olan ilişkiyi ifade eder.

43 Çetin/ Töremiş/ Cantimur, 2014, s. 81; Akbulak, 2014, s. 382; Ata, 2019, s. 63 vd.

ayrım yapılması *İnceoğlu* ve *Ayoğlu*'nun da işaret ettiği üzere bizce de doğru bir yaklaşım olacaktır.

Aracılığı yürütecek kuruluşça taahhüt edilen edimlerin niteliği ve kapsamına göre taraflar arasında *"en iyi gayret aracılığı sözleşmesi"*, *"tümünü yüklenim aracılığı sözleşmesi"*, *"bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmesi"* veya *"karma aracılık sözleşmesi"* akdedilmektedir. Hukuki niteliğin tespitine ilişkin olarak, bu aracılık faaliyetlerini ayrı ayrı değerlendirmek isabetli olacaktır.

2. En İyi Gayret Aracılığı Sözleşmesi

SerPK m. 37/1-f'de *"sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi"* olarak ifade edilen en iyi gayret aracılığı, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51'de *"ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının, izahnamede belirtilen satış süresi içinde satışa sunulmasının, satılamayan kısmın ise satışı yapana iade edilmesi veya bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü kişilere satılması"* şeklinde tanımlanmaktadır.[44]

Aracılık faaliyetini yürüten yatırım kuruluşu, halka arz için gerekli azami özeni göstermekle yükümlü olup herhangi bir yüklenimde bulunmadan SPA'ların satılmasına aracılık etmektedir.[45] Satış sonunda satılmayan SPA'lar Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51/1-b'de belirtildiği üzere ya satışı gerçekleştirene iade edilmektedir ya da bunları satın almayı önceden taahhüt eden üçüncü kişilere satılmaktadır.

En iyi gayret aracısı; halka arza ilişkin pazarlama, tanıtım, reklam ve organizasyon faaliyetlerini yürütmek, SPA'ların satış fiyatını objektif bir şekilde tespit etmek, izahname hazırlanması sürecinde yer almak, Kurul nezdindeki halka arz süreçlerini yürütmek, talep toplamak ve de nihayetinde SPA'ların halka satışını gerçekleştirmek gibi Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51/3'te yer alan bir dizi iş görme edimini yerine getirmektedir. Nitekim bu aracılık türünde, aracılık faaliyetini yürüten kuruluşun esas edimi bu tür çabalardan ibarettir.[46]

---

[44] Bu tip aracılık faaliyeti, SPA'lara ilişkin herhangi bir taahhütte bulunulmadığından "aracılık yüklenimi" kavramının dışında yer almakta ve *"yüklenimsiz aracılık sözleşmeleri"* olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Ayoğlu, 2006, s. 187; Manavgat, 1991, s. 83. En iyi gayret aracılığının da esasında bir "yüklenim" olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Ünal, 1997b, s. 99; Yasaman, 1992, s. 112; Berzek, 1995, s. 56.

[45] Yasaman, 1992, s. 110; Arı, 1996, s. 91; Ünal, 1997, s. 212; Ünal, 1997b, s. 102; Tanör, 1999, s. 280; İnceoğlu, 2004, s. 29; Ayoğlu, 2006, s. 188; Acar, 2001, s. 319; Mutlu Uşaklı, 2010, s. 63; Kaytaz, 2010, s. 93.

[46] Berzek, 1995, s. 55; Yasaman, 1992, s. 110; Acar, 2001, s. 319; Kankoç Aydın, s. 188; Bu hususu karşılamak üzere, "işin gereği" kavramını *Ünal* şu şekilde ifade etmektedir: *"aracı kurumun iş çevresini, tecrübelerini, iş yeri ve imkanlarını, personelinin bir kısmını bu işe tahsis etmesi ve reklam gibi benzeri işlerin yapılması, bu konuda danışmanlık hizmetleri verilmesi, bürokratik muamelerin takibi ve yerine getirilmesi gibi hizmetlerin sunulmasıdır."* Bkz. Ünal, 1997, s. 212.

Bu tip aracılık faaliyetinde, aracılığı yürüten kuruluşun, halka arz edenin adına ve hesabına hareket ettiği ifade edilmektedir. Buna göre, yatırım kuruluşu ile halka arz eden arasındaki aracılık sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliğindedir ve yatırımcı ile olan ilişkide ise doğrudan temsil söz konusudur.[47] *Ünal'a* göre bu tür sözleşmelerde basit anlamıyla pazarlama hizmeti sunulmaktadır.[48] *Ayoğlu,* sözleşmenin klasik bir vekâlet akdi niteliği taşımadığını, sui generis iş görme sözleşmesi niteliğini taşıdığını öne sürmektedir. Yazara göre vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması isabetli olacaktır.[49]

En iyi gayret aracılığı sözleşmeleri; yatırım kuruluşunun, SPA'ların satın alınması noktasında bir taahhütte bulunmadığı ve halka arza aracılığa ilişkin en iyi gayreti göstermekle yükümlü olduğu bir aracılık sözleşmesidir. Bir başka anlatımla, sonuç taahhüdü içermeyen iş görme edimlerini ihtiva eden bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmelerinde, vekil, müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca ulaşmak için belli bir yönde iş görürken azami özeni göstermeyi taahhüt etmekte, sonucun elde edilmeme rizikosunu vekâlet veren üstlenmektedir.[50] En iyi gayret aracısının; halka arza aracılığa ilişkin en iyi gayreti göstermekle yükümlü olması ve satılamayan SPA'lar noktasında bir taahhütte bulunmaması, vekâlet sözleşmesiyle halka arza aracılık sözleşmesinin birbiriyle ilişkilendirilebileceğine ilişkin çıkarımlardır. Bu bakımdan, bu türdeki halka arza aracılık sözleşmelerine, TBK'nın vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmasında kanaatimizce bir sakınca bulunmamaktadır.

3. Tümünü Yüklenim Aracılığı Sözleşmesi

Tümünü yüklenim aracılığı, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51/1-a'da *"ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının; bedeli, satışın başlamasından*

---

47 Manavgat, 1991, s. 84; Yasaman, 1992, s.114; Acar, 2001, s. 320; Berzek, 1995, s. 57; Arı, 1996, s. 99-100; *Tanör'e* göre en iyi gayret aracısı her zaman ihraççı nam ve hesabına hareket etmektedir ve sözleşme her zaman vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Yatırım kuruluşu, SPA'ları ihraç edenlerin temsilcisi olarak hareket etmekte, ihraççıyı doğrudan temsil etmektedir. Bkz. Tanör, 1999, s. 285; *İnceoğlu* ve *Ayoğlu* ise en iyi gayret aracısının kendi adına ihraççı hesabına hareket etmesinin teorik olarak mümkün olduğunu ancak uygulamada halka arz eden nam ve hesabına hareket edildiğini ifade etmektedir. Nitekim halka arzlarda aracılık faaliyetini yürüten kuruluştan ziyade halka arz eden taraf yatırımcılar gözünde daha fazla önemsenmektedir. Bkz. İnceoğlu, 2004, s. 80; Ayoğlu, 2006, s. 217-218.

48 Ünal, 1997, s. 212.

49 Ayoğlu, 2006, s. 218-223; SPA'ların fiyat tespitinde ve izahnamenin hazırlanması süreçlerinde yatırım kuruluşunun halka arz edenin talimatlarına tam anlamıyla bağlı olmaması ve aracılık faaliyetinde vekâletten azil ve istifanın her zaman mümkün olmaması yazarın sözleşmeyi klasik bir vekâlet akdi olarak nitelendirmemesinin gerekçeleridir. Bu gerekçelerin sözleşmenin vekâlet akdi niteliğini etkilemeyeceğine ilişkin bkz. Kankoç Aydın, 2019, s. 189-190.

50 Tandoğan, 1987, s. 356 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, 2019, s. 598 vd.; Eren, 2019, s. 729.

önce tam ve nakden ödenmek suretiyle tamamının satın alınarak halka satılmasının satışı yapana taahhüt edilmesi" olarak tanımlanmaktadır.[51] Halka arz edilecek SPA'lar, satıştan evvel, tam ve nakden bedeli ödenmek şartıyla, aracılık faaliyetini yürüten kuruluş tarafından satın alınmakta ve halka arz edenden bağımsız bir şekilde, yine bu kuruluşun belirlediği fiyatta ve zamanda bilahare halka satılmaktadır.[52] SPA'ları iskontolu fiyattan satın alan yatırım kuruluşu sonrasında halka satarak alım satım arasındaki fiyat farkından kazanç sağlamakta; halka arzı gerçekleştiren taraf ise SPA'ların bedelini peşinen elde etmektedir.[53]

Tümünü yüklenim aracılığı sözleşmelerinde, SPA'lar aracılığı üstlenen kuruluşun portföyüne alınmakta ve yeniden tedavüle sunulmaktadır.[54] Aracılık faaliyetini yürüten kuruluşun tümüyle kendi adına ve hesabına hareket etmesinden hareketle, burada bir alım satım sözleşmesinin kurulduğu ileri sürülmektedir.[55] *İnceoğlu* ve *Ayoğlu*'nun bu çoğunluk görüşüne katılmadığı görülmektedir. *İnceoğlu,* sözleşmenin karma bir sözleşme niteliği taşıdığını ifade etmektedir. Bu karma sözleşme, vekâlet sözleşmesinin ve *sui generis* sözleşme niteliği taşıyan inanç anlaşmasının unsurlarını taşımakta ve soğurma teorisi[56] gereğince vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.[57] *Ayoğlu*'na göre de burada klasik bir alım satım sözleşmesinden ziyade bir karma sözleşme mevcuttur. Ancak *İnceoğlu'ndan* farklı olarak yazar burada *sui generis* nitelikte bir iş görme sözleşmesi ve satış sözleşmesinden oluşan bir karışık muhtevalı akdin mevcudiyetinden bahsetmektedir. Ayrıca soğurma teorisinin değil kıyas ve yaratma

---

[51] *Manavgat'a* göre burada bir aracılık sözleşmesi yapılmamaktadır. Bu aracılık türü her ne kadar bünyesinde gerçek bir yüklenimi içerse de aracı kuruluş kendi nam ve hesabına aracılık yaparken SPA'ları kendi alıp kendi satmaktadır. Dolayısıyla yazara göre taraflar arasında alım satım sözleşmesinin kurulması yeterli olacaktır. Bkz. Manavgat, 1991, s. 65.

[52] Berzek, 1995, s. 53; Ünal, 1997, s. 214; Tanör, 2000, s. 279; İnceoğlu, 2004, s. 88; Ayoğlu, 2006, s. 194 vd.; Kara, 2006, s. 123; Kaytaz, 2010, s. 98.

[53] Tanör, 2000, s. 279; Manavgat, 1991, s. 65; Yasaman, 1992, s. 111; Ayoğlu, 2006, s. 194.

[54] Ünal, 1997, s. 214.

[55] Manavgat, 1991, s. 65; Yasaman, 1992, s. 114; Berzek, 1995, s. 57; *Ünal'a* göre bu tür sözleşme, alım satım veya alım satım vaadi sözleşmesidir. Bkz. Ünal, 1997, s. 214; *Tanör'e* göre burada bir alım satım ilişkisi söz konusu olup, TBK'daki menkul satımı ile TTK'daki kıymetli evrak hükümleri dikkate alınmalıdır. Bkz. Tanör, 1999, s. 285.

[56] Soğurma teorisine göre, karma sözleşmeye içerdiği unsurlarından hangisi önemliyse ona ilişkin hükümler doğrudan bir bütün olarak uygulanmalıdır. Bkz. Kuntalp, 2013, 228 vd.; Eren, 2019, s. 959.

[57] İnceoğlu, 2004, s. 88-92; Yazara göre burada salt bir alım satım ilişkisinden bahsedilmez. Tümünü yüklenim aracısı tarafından satın alınan SPA'lar halka satılma yükümlülüğü ile halka arzın tamamlanabilmesine yönelik satın alınmaktadır. Bu durumun halka arz edenin menfaatine olması nedeniyle yazar inançlı bir işlemin mevcudiyetinden bahsetmektedir. SPA'ların satılamaması rizikosunun aracılık faaliyetini yürüten kuruluşça üstlenilmesi, bu inanç anlaşmasını yazara göre sui generis kılmaktadır.

görüşünün[58] kabul edilmesi ve halka arza aracılıkla ilgili edimlere vekâlet; SPA'ların satın alınmasına ilişkin olan edime de satım sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanmasının yerinde olacağını ifade etmektedir.[59]

Tümünü yüklenim aracılığı sözleşmeleri, yatırım kuruluşunca satın alınan SPA'ların halka satılması taahhüdünü ihtiva etmektedir. Aracılık faaliyetini yürüten kuruluş, SPA'ları kendi mülkiyetine tabi kılma amacıyla değil aracılık faaliyetinde bulunmak amacıyla satın almaktadır.[60] Ayrıca, halka arza aracılık faaliyeti kapsamında yatırım kuruluşunca gerçekleştirilen organizasyon, uygun aracın belirlenmesi ve bunun fiyatının tespit edilmesi, izahname hazırlanması gibi edimler taraflar arasındaki ilişkiyi klasik bir alım-satım ilişkisinin dışına çıkarmaktadır.[61] Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin klasik bir alım satım akdi olarak nitelendirilmesi *İnceoğlu* ve *Ayoğlu*'nun ifade ettiği üzere bizce de isabetli olmayacaktır. Nihayetinde, SPA'lar mülkiyetin nihai olarak yatırım kuruluşuna geçirilmesi amacıyla satın alınmamaktadır.[62] Yatırım kuruluşu diğer aracılık türlerinde olduğu gibi halka arza aracılık sürecini yürütmektedir. Bu kapsamdaki faaliyetlerine ilişkin olarak, en iyi gayret aracılığı sözleşmelerinde yaptığımız açıklamalara paralel olarak vekâlet hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. SPA'ların satıştan evvel satın alınması ise bizlere satış sözleşmesinin varlığını düşündürmektedir. Vekâlet sözleşmesi ile satış sözleşmesinin unsurları kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmektedir. Dolayısıyla burada bizce bir karma sözleşmenin mevcudiyeti gündeme gelmektedir. Aracılık faaliyetinin yürütülmesi ile bağlantılı olan edimlere vekâlet hükümlerinin; SPA'ların satın alınmasına ilişkin edime de satış hükümlerinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır.[63]

---

[58] Kıyasen uygulama görüşüne göre, karma sözleşmeye Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri doğrudan; özel hükümleri ise kıyasen uygulanabilmektedir. Yaratma görüşüne göre ise yargıç kanun koyucu gibi hareket ederek taraf menfaatlerine en uygun soyut ve genel kuralı uygulayacaktır. Bkz. Kuntalp, 2013, 234 vd.; Eren, 2019, s. 961-962.

[59] Ayoğlu, 2006, s. 235-236; Yatırım kuruluşu SPA'ları uygun gördüğü vakitte satabilir ve hatta stratejik bakımdan uygun görmesi halinde satışı erteleyebilir veya iptal edebilir. Halka arz eden tarafın bu konuda bir zorlama yetkisi bulunmamaktadır. Buradan hareketle, yazara göre bu aracılık türünde bir inançlı işlem bulunmamaktadır. Yazarın ifadesiyle işbu sözleşme, *"halka arzın organize edilmesine ilişkin süreçte danışmanlık hizmeti verilmesini konu alan sui generis nitelikte bir iş görme sözleşmesi ve alım satım akdinden oluşan bir karışık muhtevalı akit"* niteliğindedir.

[60] Kara, 2006, s. 124.

[61] İnceoğlu, 2004, s. 89; Ayoğlu, 2006, s. 234-235.

[62] İnceoğlu, 2004, s. 90.

[63] Benzer yönde bkz. Kankoç Aydın, 2019, s. 193. *Ünal'ın* da belirttiği üzere TBK'nın taşınır satışına ilişkin hükümlerinin yanı sıra TTK'daki kıymetli evraka ve ticari satışa ilişkin hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. Ünal, 1997, s. 77

4. Bakiyeyi Yüklenim Aracılığı Sözleşmesi

Bakiyeyi yüklenim aracılığı, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51/1-a'da *"ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının; halka arz yoluyla satışa sunulmasının ve satılamayan kısmının tamamının bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının satış yapana karşı taahhüt edilmesi"* olarak tanımlanmaktadır. Aracılık faaliyetini üstlenen kuruluş, diğer halka arza aracılık faaliyetlerinde olduğu gibi burada da SPA'ların halka arzına aracılık etmektedir. Satış süresi sonunda satılamayan SPA'ların, bedelleri tam ve nakden ödenmek suretiyle satın alınacağına ilişkin bir taahhütte bulunulması bu aracılık türünü diğerlerinden ayırmaktadır.[64]

Bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak, aracılığın kimin nam ve hesabına yürütüldüğünü kıstas alan yazarlar arasında tam olarak bir görüş birliğinin olmadığı görülmektedir. *Manavgat'a* göre, aracılığı yürüten kuruluş, halka arz edenin adına ve hesabına hareket etmektedir ve vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.[65] *Ünal,* halka arz edenin adına ve hesabına hareket edildiğini kabul etse de bir komisyon ilişkisinin varlığını kabul etmektedir.[66] *Acar'a* göre ise bu tip sözleşmelerde aracılık faaliyetini yürüten taraf kendi adına ama halka arz eden hesabına hareket etmektedir ve komisyon hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.[67] *Yasaman* ve *Berzek* ise ikili bir ayrım yapmıştır; aracılığı yürüten kuruluş halka arz eden adına ve hesabına hareket ediyorsa vekâlet, kendi adına halka arz eden hesabına hareket ediyorsa komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.[68]

Satış sonunda satılamayan SPA'lara ilişkin getirilen taahhüt *Manavgat, Yasaman, Berzek* ve *Kaytaz'ın* yer aldığı ve çoğunluk teşkil eden görüşe göre asıl sözleşme içinde yer alan bağımsız olmayan bir yan teminat yükümü niteliğindedir.[69] *Ünal*'a göre bu taahhüt, geciktirici şarta bağlı bir alım satım vaadi niteliğindedir ve ayrıca garanti sözleşmesinin

---

[64] Tümünü yüklenim aracılığında, SPA'lar aracılık faaliyeti yürüten kuruluşça satıştan önce satın alınırken, bakiyeyi yüklenim aracılığında ise satış sonunda satılamayan SPA'lar satın alınmaktadır. Böylelikle halka arz eden taraf için SPA'ların satılamaması gibi bir risk ortadan kalkmaktadır. Yatırım kuruluşunun bu yüklenimi, satış sonucunda satılamayan SPA'ların satın alınıp bedellerinin tam ve nakden ödenmesi güvencesini kapsamaktadır. Bkz. Manavgat, 1991, s. 64; Yasaman, 1992, s. 110; Berzek, 1995, s. 53; Ünal, 1997b, s. 101; Acar, 2001, s. 320; Ayoğlu, 2006, s. 191-192; Kara, 2006, s. 120; Kaytaz, 2010, s. 97; Kankoç Aydın, 2019, s. 194; Günal/ Okat, 2021, s. 246.

[65] Manavgat, 1991, s. 85.

[66] Ünal, 1997, s. 274.

[67] Acar, 2001, s. 320.

[68] Yasaman, 1992, s. 114; Berzek, 1995, s. 57; Benzer yönde bkz. Kaytaz, 2010, s. 97.

[69] Vekâlet sözleşmesinin öngörmediği bir rizikoyu yatırım kuruluşu işbu taahhüt ile üstlenmektedir. Bu taahhüde esas olarak vekâlet akdine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Gerektiğinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, tamamlayıcı olarak, satış akdine ilişkin hükümler devreye girecektir. Bkz. Manavgat, 1991, s. 86; Yasaman, 1992, s. 115; Berzek, 1995, s. 58; Kaytaz, 2010, s. 98.

özel bir şekli olan üçüncü kişinin ediminin taahhüdü niteliğindedir.[70] Yatırım kuruluşunca getirilen bu taahhüdün yan teminat yükümü olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu taahhüdün mevcudiyeti sebebiyle bu aracılık türü diğer aracılık türlerinden ayrılmaktadır.[71] Aracılığın türüne ve sözleşmeye adını veren bu taahhüdün asli bir borç olarak nitelendirilmesi gerekirken yan teminat yükümü olarak mütalaa edilmesi isabetli olmayacaktır. Nitekim *İnceoğlu* ve *Ayoğlu* da bu taahhüdün asli ve bağımsız bir borç niteliğinde olduğunu ifade etmektedir.[72]

İnceoğlu, yatırım kuruluşunca getirilen taahhüdün asli bir borç olduğunu, bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmelerinin satış ve vekâlet sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma bir sözleşme olduğunu ve bu sözleşmenin tamamına soğurma teorisi uyarınca vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.[73] *Ayoğlu* da bu taahhüdünün asli bir borç olduğunu kabul etmekle birlikte *sui generis* iş görme sözleşmesi ile şarta bağlı bir satış sözleşmesinin birleşiminden oluşan karışık muhtevalı bir sözleşmenin var olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, kıyasen uygulama ve yaratma görüşü çerçevesinde, vekâlet ve satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir.[74]

---

[70] Ünal, 1997, s. 76 ve 275; Yazara göre, üçüncü kişinin fiili niteliğinde olan husus yatırımcıların SPA'ları satın almasıdır. Aracılığı yürüten kuruluşu bunu halka arz edene karşı taahhüt etmektedir. Halka arz edilen SPA'lar yatırımcılar tarafından satın alınmazsa, TBK m. 128 (üçüncü kişinin fiilini üstlenme) kapsamında, satış bedeliyle sınırlı olmak üzere, yatırım kuruluşunun tazmin sorumluluğu doğacaktır. *Arı'ya* göre de burada bir garanti verilmektedir. Bkz. Arı, 1996, s. 95; Garanti sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin bkz. Somer, 1990, s. 80; Manavgat, 1991, s. 86; Ayoğlu, 2006, s. 227-228; SPA'ların satın alınmaması, gerçekleşmesi şüpheli bir olgu niteliğindedir. Bu nedenle bu tür sözleşmeler *"geciktirici koşul"* meselesi üzerinden de değerlendirilmiştir. Bkz. Somer, 1990, s. 82-83; Arı, 1996, s. 96; Kankoç Aydın, 2019, s. 197 vd.

[71] *İnceoğlu'nun* da işaret ettiği üzere şayet bu yönde bir taahhüt olmasaydı bu sözleşme "bakiyeyi yüklenim sözleşmesi" olarak nitelendirilmezdi ve en iyi gayret aracılığından bir farkı olmazdı. Bkz. İnceoğlu, 2004, s. 84.

[72] İnceoğlu, 2004, s. 84; Ayoğlu, 2006, s. 228.

[73] İnceoğlu, 2004, s. 81 vd.; Satış sözleşmesine ait bir unsur ile vekalet sözleşmesinin unsurları kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya geldiği için karma bir sözleşme söz konusudur. Yazara göre tüm halka arza aracılık sözleşmelerinin asli amacı halka arzı gerçekleştirmektir ve SPA'ların satın alınması taahhüdü de buna yönelik bir işlemdir. Dolayısıyla yazara göre soğurma teorisinin kabul edilmesi ve sözleşmesinin tümüne vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

[74] Ayoğlu, 2006, s. 228 vd.; İki farklı sözleşmeye ait unsurlar tek bir sözleşme içerisinde erimektedir ve karışık muhtevalı akdin mevcudiyeti söz konusudur. Yazar en iyi gayret aracılığını *"sui generis bir iş görme sözleşmesi"* olarak kabul ettiği için karma akdin bir tarafında bu yer almaktadır. Sözleşmede yer alan edimlerden hangisinin daha ağır bastığı belirlenemeyeceği için yazara göre İnceoğlu'nun kabul ettiği, soğurma görüşü kabul edilemez. Sözleşmede yer alan edimler eş düzeyde önem taşıdığı için kıyasen uygulama ve yaratma görüşü kabul edilmelidir. Buna göre; halka arz sürecinin organize edilmesi ve satışa aracılık edilmesi yönündeki edimlerine vekâlet; satılamayan SPA'ları satın alma taahhüdüne ise satış akdine ilişkin hükümler kıyasen

Bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmelerinde, tıpkı diğer aracılık çeşitlerinde olduğu üzere, SPA'ların halka satılmasına aracılık edilmektedir. Bu kapsamda, aracılık faaliyeti yürüten kuruluşça; organizasyon, pazarlama, fiyat tespiti, Kurul nezdindeki süreçlerin yürütülmesi gibi halka arza aracılığa ilişkin iş görme edimleri yürütülmektedir. Bu yönü itibariyle tıpkı en iyi gayret aracılığında olduğu gibi bir vekâlet ilişkisinin mevcudiyeti söz konusudur. Ancak bu tip sözleşmelerde aynı zamanda vekâlet sözleşmelerinde yer almayan bir yüklenim (satılamayan SPA'ların satış bitiminde tam ve nakden bedeli ödenerek satın alınması) söz konusudur. Vekâlet sözleşmesinin unsurları ile alım satım sözleşmesinin bir unsuru, kanunun öngörmediği şekilde tarafların tek bir sözleşme akdetme iradesiyle bir araya gelmektedir. Bu tür sözleşmeler de karma sözleşme niteliğinde olup halka arza aracılık faaliyetine ilişkin edimlere vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması; satılamayan SPA'ların satın alınacağına yönelik getirilen taahhüde de satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması bizce de doğru bir tercih olacaktır.[75]

5. Karma Aracılık Sözleşmesi

Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51'de, yukarıda açıklanan yüklenimli aracılık türlerinin karışımı niteliğinde halka arza aracılık faaliyetlerinin yürütülebileceğine cevaz verilmektedir[76]. Bu kapsamda taraflar arasında *"kısmen bakiyeyi yüklenim sözleşmesi"* ve *"kısmen tümünü yüklenim sözleşmesi"* akdedilebilmektedir.[77] Böylelikle SPA'ların tamamı için değil bir kısmı için yüklenimde bulunulmaktadır[78].

Kısmen tümünü yüklenim aracılığı, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 51/1-a'da *"ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının; bedeli, satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle bir kısmının satın alınarak halka satılmasının satışı yapana taahhüt edilmesi"* şeklinde tanımlanırken; kısmen bakiyeyi yüklenim aracılığı ise *"ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının; halka arz yoluyla satışa sunulmasının ve*

---

uygulanacaktır. Benzer yönde ayrıca bkz. Kankoç Aydın, 2019, s. 197-203; Sözleşme, *Kankoç Aydın*'a göre *"vekâlet akdine bağlanmış bir şarta bağlı alım satım sözleşmesi"* niteliğindedir ve kıyasen uygulama görüşü uyarınca uygulanması gereken hükümler tespit edilmelidir.

75 *Kankoç Aydın*'ın da isabetle belirttiği şekilde, vekâlet hükümleri uygulanırken satış; satış hükümleri uygulanırken vekâlet hükümlerinin her durumda dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. Kankoç Aydın, 2019, s. 202-203.

76 Ünal, 1997, s. 209; İnceoğlu, 2004, s. 75; Kara, 2006, s. 126; Kaytaz, 2010, s. 99; Mutlu Uşaklı, 2010, s. 68.

77 Tebliğ hükmünde halka arzın, kısmen yüklenimsiz kısmen yüklenimli bir şekilde yürütülebileceğine ilişkin bir hüküm yer almasa da öğretide bunun mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Ayoğlu, 2006, s. 197; İnceoğlu, 2004, s. 75 ve 92; Mutlu Uşaklı, 2010, s. 68.

78 "Kısmen" ibaresi SPA'ların miktarına ilişkindir. Bkz. Ayoğlu, 2006, s. 236.

satılamayan kısmın bir bölümünün satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının satışı yapana karşı taahhüt edilmesi" şeklinde tanımlanmaktadır.

Belli bir türe bağlı kalmadan akdedebilen bu tür sözleşmelerde çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar birbirine karışmaktadır ve bir karma sözleşme ortaya çıkmaktadır.[79] Karma aracılık sözleşmelerin hukuki nitelikleri, içerdikleri aracılık çeşitlerinin hukuki nitelikleri dikkate alınarak belirlenecektir.[80]

SONUÇ

Halka arza aracılık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak hem kullanılan ölçüt noktasında hem de varılan sonuç noktasında öğretide farklı görüşlerin yer aldığı anlaşılmaktadır. Hukuki niteliğin tespiti noktasında bazı yazarlar tarafından aracılığın kimin nam ve hesabına gerçekleştirildiği esas alınırken bazı yazarlar tarafından ve bizce de tarafların sözleşmeden doğan borçlarının neler olduğu dikkate alınmıştır. Halka arza aracılık sözleşmeleri kendi içinde, taahhüt edilen edimlerin niteliği ve kapsamına göre *"en iyi gayret aracılığı sözleşmesi"*, "tümünü yüklenim aracılığı sözleşmesi", *"bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmesi"* ve *"karma aracılık sözleşmesi"* şeklinde türlere ayrılmaktadır. Çalışmamızda bu sözleşmeler ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Kanunen düzenleme alanı bulmayan halka arza aracılık sözleşmesi, "isimsiz sözleşme" niteliğinde olup, bünyesinde organizasyon, pazarlama, danışmanlık, halka arz sürecinin yürütülmesi, satışın gerçekleştirilmesi gibi halka arza aracılığa ilişkin iş görme edimlerini ihtiva etmektedir. Bir tür "iş görme amacı güden sözleşme" niteliği taşıyan işbu sözleşme ile taraflar arasında bir vekâlet ilişkisi kurulmaktadır ve TBK m. 502/2 uyarınca vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerekmektedir.

Halka arza aracılık faaliyeti kapsamında, aracılık faaliyetini yürüten yatırım kuruluşu tarafından SPA'lara ilişkin bir yüklenimde bulunulmuyorsa *"en iyi gayret aracılığı sözleşmesi"* akdedilmektedir. Halka arza aracılık faaliyetinin yüklenimli bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda ise aracılığı yürüten kuruluşun SPA'ların satın alınması noktasında bir edimi doğmaktadır. SPA'lar satıştan evvel satın alınıyorsa *"tümünü yüklenim aracılığı sözleşmesi"*; satış sonunda satılamayan SPA'lar satın alınıyorsa *"bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmesi"* söz konusudur. Yüklenimli aracılık faaliyetlerinde, vekâlet sözleşmesinin unsurları ile satış sözleşmesinin unsurları kanunun öngörmediği tarzda, tarafların tek bir sözleşme akdetme iradesiyle bir araya geldiği için bu tip aracılık

[79] İnceoğlu, 2004, s. 93; Kara, 2006, s. 127.

[80] Ünal, 1997, s. 209; İnceoğlu, 2004, s. 93; Ayoğlu, 2006, s. 236; Kara, 2006, s. 127; Kankoç Aydın, 2019, s. 204.

sözleşmeleri “karma sözleşme” niteliği taşımaktadır. Halka arza aracılık faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili olan edimlere vekâlet hükümlerinin, SPA’ların satın alınmasına ilişkin edime de satış hükümlerinin kıyasen uygulanması bizce isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Acar F, "Sermaye Piyasası Hukukunda Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Yüklenim Sözleşmesi", Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, 2001, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 317-336.

Adıgüzel B, Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.

Akbulak Y, "Türk Sermaye Piyasasında Yatırım Kuruluşlarına Dair Yeni Esaslar", C. 88, S. 4, 2014, İstanbul Barosu Dergisi, ss. 382-416.

Arı Z, "Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Aracılık Faaliyetleri ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 1996.

Ata Ö, "Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması", Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Ayoğlu T, "Sermaye Piyasası Hukuku'nda 'Halka Arz' Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri", Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2006.

Aytaç Z, "Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler", C. 40, S.1, 1985, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss. 229-253.

Bahtiyar M, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2019.

Berzek A N, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Reha Poroy'a Armağan, 1995, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 51-65.

Çetin N/Töremiş H.E, "Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", C. XII, S. 1-2, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.77-102.

Çetin N/Töremiş H E/Cantimur, Z, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nu Sistematik Analizi, Yetkin, Ankara, 2014.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019.

Erzurumluoğlu E, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.

Gözüyeşil F F, "Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk", Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019.

Günal V/Okat Y Ö, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, On İki Levha, İstanbul, 2021.

İnceoğlu M M, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2004.

Kankoç Aydın D, "Sermaye Piyasalarında Aracılık Faaliyetlerinin Hukuki Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk, Ankara, 2019.

Kara M S, "Aracılık Konsorsiyum", C. 23, S. 1, 2015, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 313-349.

Kara M S, "Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2006.

Kaytaz A İ, "Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlara Karşı Yatırımcının Korunması", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.

Kuntalp E, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Bası, Ankara, 2013.

Manavgat Ç, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.

Manavgat Ç, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.

Memiş T/Turan G, Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

Mutlu Uşaklı S, "Halka Arz Kavramı ve Halka Arzda Kullanılan Satış Yöntemleri", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.

Oktay S, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", C.55, S.1-2, 1996, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 263-296.

Somer M, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerindeki Etkileri, Kazancı, İstanbul, 1990.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987.

Tanör R, Halka Arz, Beta, İstanbul, 2000.

Tanör R, Taraflar, Beta, İstanbul, 1999.

Tekinalp Ü, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es, İstanbul, 1982.

Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Hukuku, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2018.

Turanboy A, "Yatırım Kuruluşları", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Korkut Özkorkut(ed.), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 2017, ss. 83-109.

Ünal O K, "Sermaye Piyasasında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği", C. 1, S. 1, 1997, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 81-113, (Anılış: 1997b).

Ünal O K, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Yaklaşım, Ankara, 1997.

Yanlı V, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Beta, İstanbul, 2005.

Yasaman H, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992.

Yavuz C, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2014.

Zevkliler A/Gökyayla K.E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Turhan, Ankara, 2019.

ARAŞTIRMA İNCELEME

İDARİ YAPTIRIM OLARAK ÇEVREYİ KİRLETME KABAHATİ

Pollution of the Environment as Administrative Sanction

Doç. Dr. Emine YILMAZ BOLAT*
Yard. Doç. Dr. Muhammed ERDAL**

Öz: Doğal kaynakların hızla tükendiği ve telafisinin güçleştiği son yıllarda yaşamımız için çevre günden güne daha fazla önem arz etmektedir. Doğal kaynakların etkili ve verimli kullanılarak gelecek kuşaklara aktarılması ve devamlılığının sağlanması amacıyla yer verilen çevre sürdürülebilirliği politikalarına özen gösterilmesi gerekmektedir. Kanuni düzenlemeler çerçevesinde ulusal ve uluslararası düzeyde çevrenin korunmasına yönelik çeşitli çalışmalar yürütülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982 tarih ve 2709 sayılı) 90. maddenin son fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 7/5/2004 -5170/7 md.). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."
Anayasa'nın 56. maddesine göre "Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamam hakkına sahiptir." Türk Ceza Kanunu'nun 181. maddesine göre atık ya da atıklarla çevrenin kasten kirletilmesi eylemi, suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun (30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı) da çevreyi kirletme kabahatine yer verilmiştir (m.41). Bu çalışmada yukarıda bahsi geçen düzenlemeler ışığında; fakat temelde Kabahatler Kanunu esas alınmak suretiyle çevreyi kirletme kabahati ele alınacaktır.
Anahtar kelimeler: Çevre, çevrenin korunması, çevre hukuku, çevreyi kirletme, kabahatler kanunu.

Abstract: In recent years, when natural resources have been rapidly depleted and their recovery has become difficult, the environment has become more and more important for our lives day by day. It is necessary to pay attention to the environmental sustainability policies in order to transfer natural resources to future generations by using them effectively and efficiently and to ensure their continuity. Various studies are carried out for the protection of the environment at national and international level within the framework of legal regulations. According to the last paragraph of Article 90 of the Constitution of the Republic of Türkiye (dated 1982 and numbered 2709), "International agreements duly put into effect have the force of law. It is not possible to apply to the Constitutional Court with the allegation of unconstitutionality (Additional sentence: 7/5/2004 -5170/7 art.). In case of conflicts that may arise due to the fact that international agreements on fundamental rights and freedoms and laws that have been duly put into effect contain different provisions on the same subject, the provisions of international agreements shall prevail."
According to Article 56 of the Constitution, "Everyone has the right to live in a healthy and balanced environment." Pursuant to Article 181 of the Turkish Penal Code, the act of deliberately polluting the environment with waste or waste is regulated as a crime. In addition, the misdemeanor of the Law on Misdemeanors (dated 30.3.2005 and numbered 5326) includes the misdemeanor of polluting the environment (art.41). In this study, in the light of the regulations mentioned above; but basically, the offense of polluting the environment will be handled on the basis of the Misdemeanor Law.
Keywords: Environment, environmental protection, environmental law, environmental pollution, misdemeanor law.

* Mersin Üniversitesi, Eğitim Fakültesi, emineyilmaz@mersin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1062-4752

** K.K.T.C. Yakındoğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, muhammed.erdal@neu.edu.tr, ORCİD: 0000-0001-9643-6949

GİRİŞ

Canlılarının yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdüğü dış ortam olarak adlandırılan çevrenin sağlıklı olması, insan sağlığı açısından çok önemlidir. Bütün canlılar yaşamlarını idame ettirebilmek için temiz bir çevreye ihtiyaç duymaktadırlar.

Günümüzde pek çok ülkenin önemli sorunlarından olan çevreyle ilgili sorunlar küreselleşmeyle birlikte uluslararası bir boyut kazanmıştır. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde bulunan ve ele alınan çevre sorunları, sosyal, ekonomik ve siyasal açılardan çözüm beklemektedir. Çevre kirliliğiyle mücadele ve çevre kirliliğini önleme günümüzdeki en güncel ve gerçekçi uğraş alanlarından biri haline gelmiştir.[1]

Çevre konusunda yapılan çalışmalar incelendiğinde; çevre sorunları, AHİM'in çevrenin korunmasına katkısı[2], Yargıtay kararlarında çevrenin kirletilmesi suçu[3] ve kabahatler kanunu[4], Çevre Ceza Kanunu[5], ceza adalet sisteminde kabahatler[6], kabahatler kanunu ve bu kanun uyarınca verilen cezalar [7], kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi[8], kabahatlerde zaman aşımı[9] konularıyla ilgili çalışmalar yapıldığı, kabahatlerin genel olarak ele alındığı ancak çevreyi kirletme kabahatini geniş perspektifle ele alan çalışmanın çok sınırlı sayıda olduğu gözlemlenmiştir. Oysa 21. yüzyılda çevreyi kirletmenin olumsuz sonuçlarıyla karşı karşıya kalmaktayız. Çevreyi kirletme kabahatinin ele alındığı bu çalışmada çevre ve çevrenin korunmasının önemine

---

1 Hülya Baykal/Tan Baykal, "Küreselleşen Dünya'da Çevre Sorunları", C. *5*, S. 9, 2008, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 1-17.

2 Erkan Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İ.Ü S. 47, 2012, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 121-160.

3 Cengiz Otacı,"Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. C.D. Kararlarında Belirlenen İlkeler S.1, 201*5*, ss. 279-328. http://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33821/374*555*.

4 Atilla İnan/İbrahim Demir, Açıklamalı – Gerekçeli Kabahatler Kanunu. ISBN: 978-975-6311-91-2 Ankara, Türkiye Belediyeler Birliği, 2014;Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2014

5 Firuz Yaşamış Demir, "Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", S. *5*8, 200*5*, TBB Dergisi ss. 137-148.

6 İsmail Yalçın, "Yeni Ceza Adalet Sisteminde Kabahatler", Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006

7 Osman Ermumcu, "Belediyelerin Kabahatler Kanunu Uyarınca Verdiği Cezalar",2009, Mahalli İdareler Dergisi, ss. 198-199. http://ermumcu.av.tr/belediyelerin-kabahatler-kanunu-uyarinca-verdigi-cezalar/, (s.e.t.1*5*.09.2021).

8 Selçuk Gişi, "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, C. 8, S.1, 2017, ", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 129-1*5*2.

9 Abdullah Bilici, "Kabahatlerde Zamanaşımı", 2019, https://www.muhamilaw.com/kabahatlerde-zamanasimi/ (s.e.t.1*5*.09.2021).

değinilecek, kanuni düzenlemeler ve yargı kararları ışığında çevreyi kirletme kabahati ile ilgili değerlendirmeler yapılacaktır.

I. ÇEVRE

Çevre kavramı, genel olarak bireylerin içinde yaşadığı ortam olarak ifade edilmektedir. Çevre kavramının pek çok anlamı bulunmaktadır. Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre "*çevre, bir şeyin yakını, dolayı, kişinin içinde bulunduğu ortam, aynı konuyla ilgisi bulunanların tamamı, yaşamın gelişmesinde etkili, toplumsal, kültürel ve doğal dış faktörlerin bütünlüğü*" şeklinde tanımlanmaktadır. Çevre hukuku bakımından çevre kavramı geniş anlamıyla yaşamsal bir varlığı (insan, bitki veya hayvan) etkileyen tüm dışsal faktörler, yaşamsal koşullar olarak ifade edilmektedir. Kendi çevrelerinde yaşamını devam ettiren diğer yaşam formlarının bulunduğu çevrenin insanın yaşadığı çevreye dahil edilmesiyle çevre kavramının kapsamı genişlemekte ve sosyal, yapay ve doğal çevre gibi birbirinden farklı bilim disiplinlerinde farklı şekillerde çevre tanımları yapılmaktadır.[10] Çevre, topraklardan atmosfere, yeraltı su kaynaklarından okyanuslara, mikroorganizmalardan insanlara değin bütün cansız ve canlı varlıklar arasında ekolojik döngü adı altında karmaşık bir etkileşimi anlatmaktadır. Bütün cansız ve canlı varlıklar arasındaki etkileşim ve ilişkilerde, önemli olan yaşanabilir bir ortam için ekolojik dengenin korunmasıdır.[11] Tüm yaşam koşullarını içeren çevre tanımı yapmak hukuksal anlamda pratikte doğru değildir. Geniş kapsamlı çevre tanımı, çevre hukukunun yanı sıra çevre politikası kapsamındaki birçok politik alanı ve bütün hukuk sistemini kapsamak durumunda kalacaktır. Hukuki anlamda çevre, insanların varlığı, korunmaları ve hayatlarını devam ettirebilmeleri için gereken ortamı ifade etmektedir.[12] 2872 sayılı Çevre Kanununda ise çevre, "*Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam*" olarak tanımlanmaktadır.

A. ÇEVRENİN KORUNMASI

Çevre sağlığını korumak, çevrenin kirlenmesini önlemek ve çevreyi geliştirmek devlet ve vatandaşların ortaklaşa ödevidir. Devletin öz kamu hizmeti olarak herkesin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde devam ettirmesi açısından insan ve madde gücünde tasarrufu ve verimi artırarak işbirliği sağlamak için sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemelidir. Devlet bu görevini kamuya bağlı

[10] Nükhet Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara: İmaj Yayınevi, 2009

[11] Fatma Nibal Tangör, "Çevre Hukukunun İşlevselliği: Mersin Örneği", Mersin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kent ve Çevre Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2006, s, 7

[12] Turgut, 2009, s.76

sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak doğrudan ya da özel kesimdeki hizmet sağlayıcılarını denetleyerek dolaylı yoldan yerine getirmektedir. Bunun yanında sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası gibi enstrümanlar kullanmaktadır. Yine bu bağlamda devlet çevrenin korunması ile ilgili sorunlar hakkında halkı bilinçlendirme yükümlülüğü altında olduğu gibi aynı zamanda yurttaşların da bunun teminine ilişkin talep etme hakkı bulunmaktadır.[13]

1970'li yılların başlarından itibaren çevre sorunlarına karşı çözüm arayışları günümüzde de devam etmektedir.[14] Çevrenin korunması, AY'da güvence altına alınmıştır. AY'daki düzenlemeden başka kanun koyucu farklı zamanlarda çeşitli kanunlarda da çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeler yapıştır. 2872 sayılı Çevre Kanunu (ÇK), bu kanunların başında gelmektedir. 2872 sayılı ÇK, çevre konusunda çerçeve niteliğinde bir düzenlemedir. Çevre Kanunun yürürlüğe girmesiyle çevre sorunlarını gidermeye yönelik hukuki çözümler getiren Çevre Hukuku, bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmesi hızlanmıştır.[15] Çevre Kanununa yapılabilecek ilk eleştiri, kanunun çevreyi geliştirici ve çevreye zarar veren eylemlere ağırlık verme yerine, zarar görmüş çevreyi eski haline getirme amacını veren eylemlere ağırlık vermiş olmasıdır.[16] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) üçüncü kısmındaki "*Topluma Karşı Suçlar*" başlığının ikinci bölümünde "*Çevreye Karşı Suçlar*" ele alınmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 181. maddesi çevrenin kasten kirletilmesi, 182. maddesi çevrenin taksirle kirletilmesi, 183. maddesi gürültüye ve 184. maddesi imar kirliliğine neden olma eylemlerini suç olarak düzenlenmiş ve suçun işlenmesi durumunda çevrenin korunmasına yönelik cezalar öngörülmüştür.[17]

B. ÇEVRE HAKKI VE ÇEVRE HUKUKU

Çevre, genel bir çerçeve sözleşme olmamasına karşın son zamanlarda uluslararası hukukun önemli konularından birini teşkil etmektedir. Çeşitli uluslararası antlaşmalar, iklim değişikliği veya biyolojik çeşitlilik gibi belirli çevresel sorunları ele almaktadır.[18]

---

[13] Kemal Başlar, "İnsan Hakları Ders Notları. 2012-2015", 2015, s. 69. https://www.academia.edu/34354253/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Ders_Notlar%C4%B1_pdf (s.e.t.18.09.2021).

[14] Nükhet Turgut , "Çevre Hukukunda Çevreci Örgütlere Tanınan Olanaklar", C. 45, S. 1, 1996, ss. 103-130.

[15] Tangör, 2006, s., 90

[16] Yusuf Güneş, "Amerika Birleşik Devletleri Çevre Hukukunun Gelişimi ve Türk Çevre Hukuku ile Karşılaştırılması", C. LXII. S. 1-2, 2004, İÜHFM ss. 81-122.

[17] Kadir Can Özel, "Çevreyi Kirletme Kabahati", , C. 24, S. 2, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 453-489.

[18] Council of Europe Publishing, Manual On Human Rıghts and the Envıronment. ISBN 978-92-871-7319-5 Strasbourg Cedex: Council of Europe, 2012, Second Edition, pp. 7,

Çevrenin korunması yaklaşık otuz beş yıldır uluslararası hukukun önemli düzenleme alanlarından biri haline gelmiştir.[19] Çevrecilerin çevreyi korumayla ilgili çabaları yönetimleri bütüncül çevre politikası benimsemeye yönlendirirken buna paralel biçimde çevre hukuku da kendine özgü dal olarak ortaya çıkmıştır.[20] Çevre hukukunda günümüzde ağırlıklı olarak "*kirleten öder ilkesi*" ön plana çıkmaktadır.[21] Bütüncül çevre koruma politikasında kirleten öder ilkesinin kendinden bekleneni verebilmesi açısından dikkat edilmesi gereken diğer bir konu da sosyal adalet olgusuyla olan yakın ilişkisidir. Kirleten öder ilkesini uygulamak için seçilen yöntemler ve uygulama sırasında, ekonomik ve politik tercihlerde var olan bu boyutun dikkate alınması, sürdürülebilir kalkınma gibi çevre koruma politikaları odağındaki diğer esasları gerçekleştirmek için gereklidir. Çevre hukuku, kusur, illiyet bağı, sorumluluk, kanıt, mülkiyet, devlet, hak, egemenlik gibi geleneksel hukuk ilkelerinin ve kavramlarının sorgulanması sonucunda sınırları zorlayarak ve zayıflıkları sergileyerek gelişmiştir.[22]

Çevre hakkı, uluslararası alanda ilk kez 1972'de Stockholm'de yapılan Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı'nda kabul edilen bildiride yer almıştır.[23] Avrupa Birliği'ni (AB) oluşturan Paris ve Roma Antlaşmaları'nın imzalandığı tarihlerde çevrenin korunması henüz önemli bir konu olarak ele alınmamasından dolayı düzenleme yapılmamış, ancak ileriki zamanlarda canlı yaşamı için temel teşkil eden çevreyle ilgili sorunların çözülmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.[24] Avrupa Birliği, çağdaş çevre hukukunun gelişimine pratik ve teorik yönlerden önemli katkılarda bulunmaktadır. AB üyesi olan devletlerde uygulanan çevre hukuku ilkeleri ve uygulamaları AB ile bütünleşme aşamasına gelen devletleri de etkilemektedir. AB ülkelerindeki çevre duyarlılığının artması, AB ülkelerinde çevre hukukunun gelişmesine ve çevre hukukuyla ilgili uygulamaların yayılmasına kaynaklık etmiştir.[25] 1985 yılında Antarktika üstündeki ozon deliğinin tespit edilmesiyle hükümetler, bazı halonların ve birçok Kloroflorokarbon (CFC)'ların

---

19 Ahmet M.Güneş, "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", C. LXX, S. 1, 2012, İÜHFM ss. 83 – 114.

20 Turgut, 1996, s.106,

21 Engin Arıkan, "Çevreci Düşünce ve Çevre Hukuku İçin Radikal Bir Kılavuz: Arne Naess'in Derin Ekoloji Yaklaşımı, C. 2, S. 1, 2020, ", TAÜHFD, ss. 191-220.

22 Nükhet Turgut, "Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku", C. 44, S.1, 1995, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 607-654.

23 Çevre hakkının uluslararası ve bölgesel düzeyde gelişimi için bkz. Preur, Michel, "Droit à l'environnement", JurisClasseur Libertés, Fasc. 1460, par. 6 vd.; Kılıç, Selim, "Uluslararası Çevre Hukukunun Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", C.Ü. C. 2, S.2, 2001, İİBD, ss. 131-149.

24 Ersan Şen, "Avrupa Birliği Çevre Hukuku", S. 6, 1994, İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 43-56.

25 Birol Ertan/Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, "Avrupa Birliği Çevre Hukuku ve KKTC", C. 12 S. 31, 2006, Kıbrıs Araştırmaları Dergisi, ss. 93-113.

üretimi ve tüketimini azaltacak katı önlemlere ihtiyaç olduğu yargısına varmışlardır. 1987 Eylül ayında Ozon Tabakasını İncelten Maddelere İlişkin Montreal Protokolü kabul edilmiştir.[26]

Çevrenin korunmasına yönelik olarak 1990 yılında taraf olunan "*Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi*' yapılmıştır. Viyana antlaşmasının kabulünden sonra ozon tabakasını incelten maddelerin üretiminin ve kullanımının kontrol altına alınmasını sağlayacak protokol üzerinde çalışmalar başlatılmıştır.[27] Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (İDÇS) ise Brezilya'nın Rio de Janeiro şehrinde 1992 yılında gerçekleştirilen Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda imzaya açılmış ve ülkelerin onayıyla 21 Mart 1994'te yürürlüğe girmiştir. Ayrıca bu konferansta "*Çölleşme ile Mücadele Antlaşması*" ve "*Biyolojik Çeşitlilik Antlaşması*" kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne 191 ülke ve AB taraf olmuştur. Türkiye, kendi isteğiyle Ek-1 geçiş ekonomisi sınıfı kapsamında antlaşmaya taraf olmuştur.[28] Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi, ülkelerin gelecekte izleyecekleri politikalarla aralarındaki işbirliğini düzenlemeye yönelik genel ve evrensel nitelikteki ilke ve kuralları belirleyen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'nın (UNCED) ürünüdür.[29] Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, New York'ta 9 Mayıs 1992 tarihinde kabul edilmiş olup bu sözleşme, Birleşmiş Milletler öncülüğünde imzalanan küresel ısınmaya yönelik hükümetler arası ilk çevre antlaşmasıdır. Antlaşma; insan kaynaklı çevresel kirliliklerinin iklimi tehlikeli şekilde etkilediğini kabul ederek atmosferdeki sera gazlarının oranını düşürmeyi ve olumsuz etkilerini en aza indirip belli seviyede tutmayı amaçlamaktadır. Bu antlaşma doğrultusunda düzenlenen Kyoto Protokolü (1997), daha somut hedefler içermiştir.[30] Kyoto Protokolü, taraf olan sanayi ülkelerine bağlayıcı sera gazı salım azaltma ve sınırlama yükümlülükleri getirmiştir.[31] Kyoto Protokolü'nün 2020'de sonlanacak olması nedeniyle, 2015'te Paris'te gerçekleşen 21. Taraflar Konferansı'nda (COP21), Kyoto Protokolü'nden sonra geçerli olmak üzere Paris Antlaşması kabul edilmiştir. Bu antlaşma, küresel sera gazı emisyonlarının %55'ini oluşturan en az 55 tarafın antlaşmayı

---

26 https://iklim.csb.gov.tr/montreal-protokolu-i-4364

27 https://iklim.csb.gov.tr/montreal-protokolu-i-4364

28 https://tr.wikipedia.org/wiki/Birle%C5%9Fmi%C5%9F_Milletler_%C4%B0klim_De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_%C3%87er%C3%A7eve_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi (S.E.T.15.09.2021)

29 Pallemaerts, Marc, International Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?, Çeviri: Bülent Duru, Greening International Law (Der. Philippe Sands), Eartscan Publications Ltd, London, 1993

30 https://tr.wikipedia.org/wiki/Birle%C5%9Fmi%C5%9F_Milletler_%C4%B0 klim _De %C4 %9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_%C3%87er%C3%A7eve_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi (s.e.t.15.09.2021).

31 https://iklim.csb.gov.tr/kyoto-protokolu-i-4363. (s.e.t.15.09.2021).

onaylaması şartının sağlanması sonucunda 4 Kasım 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Paris Antlaşması'nı 22 Nisan 2016 tarihindeki New York'taki yüksek düzeyli imza töreninde 175 ülke temsilcisiyle birlikte imzalamış, ancak henüz taraf olmamıştır.[32]

Avrupa ülkeleri de diğer tüm ülkeler gibi çevrenin korunmasına özen göstermektedir. AİHM, uyguladığı amaçsal ve dinamik yorum[33] yöntemleriyle geliştirdiği pozitif yükümlülük ve yatay etki teorileri ile çevrenin korunmasına önemli katkılar sunmuş, çevreyi korumayı genel menfaatin unsuru olarak ele almıştır. AİHS'nde çevrenin korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm olmamasına karşın, antlaşma kapsamında çevre, hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebildiği oranda dolaylı yoldan korunmaktadır.[34] AİHM, mahkeme içtihatlarında çevreyle ilişkili olarak yaşam hakkı (m.2), konutun yanı sıra aile ve özel hayata saygı (m.8), adil yargılanma hakkı (m.6.), ifade özgürlüğü (m.10), etkili başvuru hakkı (m.13), birinin mülkünden barışçıl bir şekilde yararlanma hakkı (1 no'lu Protokolün m.1), pasif içicilik konusu, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin yasaklanması hakkıyla bağlantılı olarak gündeme getirilmiştir (Antlaşmanın 3. maddesi). Ancak, Avrupa düzeyinde çevre korumasına ilişkin herhangi bir açık ilke oluşturabilecek yeterli içtihat bulunmamaktadır. Aynı şekilde Komite, Avrupa Sosyal Şartı kapsamında sağlığın korunması hakkını (m. 11) sağlıklı bir çevre hakkını kapsadığı şeklinde yorumlamıştır.[35]

Çevre hakkı, insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olarak değerlendirilebilir. Çevre hakkı gibi yeni nesil haklar, antlaşmada açıkça yer almamaktadır. AİHM, çevre hakkını kimi zaman yaşam hakkı kimi zaman da özel yaşamla ilişkilendirerek sözleşmeyi uygun hale getirmeye çalışmaktadır. Uluslararası belgelerde sosyal ve ekonomik haklar içerisinde yer alan "*halkların kendi kaderlerini belirleme hakkı*" ve TC AY m. 56'da bu kategoride sayılan 'çevre hakkı'nın üçüncü nesil insan hakları içerisinde incelenmesi gerekir.[36] Çevre kirliliğinin suç olarak kabul edilmesiyle pek çok kişi ceza hukukunun bazı durumlarda uygunsuz olduğunu ve diğer uygun yaptırımların eksikliğiyle birlikte değerlendirildiğinde tümüyle başarısız olduğunu düşünmüştür. Bundan dolayı ceza hukuku doktrinine göre ceza hukukunun destekleyici bir

[32] https://iklim.csb.gov.tr/paris-anlasmasi-i-98587.

[33] AİHM'in kararlarında yararlandığı yorum yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz. Yunus Emre Gül, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri", C.18, S.36, 2018, Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, ss. 228-232 (s.e.t.27.09.2021).

[34] Duymaz, 2012, s.121.

[35] Council of Europe Publishing, 2012, pp.8-9.

[36] Kemal Başlar, 2015, s. 27-59.

rolü olmalı ve ultimum remedium (en son başvurulacak yol) olarak kullanılmalıdır.[37]

C. ÇEVREYİ KİRLETME KABAHATİ VE TCK'DAKİ ÇEVRE İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

2872 sayılı Çevre Kanununda çevre kirliliği, "*çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki*" olarak tanımlanmıştır. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda[38] (ÇK) idari para cezası öngörülen çevreyi kirletmeye ilişkin kabahatler düzenlenmiştir. ÇK'nun üçüncü bölümünde çevre korunmasına ilişkin önlemler ve yasaklar yer almış olup m. 8'de kirletme yasağı düzenlenmiştir. Buna göre "*her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaktır. Kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hallerde kirleten, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler*" (ÇK m.8).

Çevreyi kirletenlere hem Kabahatler Kanunu'na hem de Çevre Kanununa göre idari yaptırımlar uygulanabilmektedir. ÇK'nun 20. maddesi kapsamında, egzoz gazı nedeniyle taşıtlara, ilgili işletmelere, hava kirliğine neden olanlara işletmelere idari para cezaları kesilmektedir.

Çevreyi korumak amacıyla sürece başlamadan önce planın, politikanın, programın veya projelerin çevresel sonuçlarının değerlendirilmesi amacıyla "*Çevresel Etki Değerlendirme*"si yapılmaktadır. Çevresel Etki Değerlendirme süreci başlamadan ya da tamamlamadan inşaat başlatanlara veya faaliyet yürütenlere, atık alım, arıtma ya da bertaraf tesisleri kurmayanlar ve kurup çalıştırmayanlara (ÇK m.11), bilgi verme ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere (ÇK m.12), önlemleri veya gerekli izinleri almayan veya standartlara aykırı şekilde gürültü ve titreşime neden olanlara (ÇK m.14), denizlerde ve deniz yetki alanları ile bunlarla bağlantılı sularda, göller ve akarsularda petrol ve petrol türevleri tahliyesi ve deşarjı yapan, katı atık bırakan ya da evsel atıksu deşarjı yapan kişilere, tankerlere, gemi ve diğer deniz vasıtalarına idarî para cezası verilmektedir (ÇK m.20). Ayrıca yönetmelik hükümlerine aykırı davrananlara, öngörülen yasak ve standarda aykırı şekilde ya da önlem almaksızın toprağa atıkları verenlere, biyolojik çeşitliliği tahrip edenlere (ÇK m.9-a), Özel Çevre Koruma Bölgelerinde koruma ve kullanma esaslarına aykırı davrananlara (ÇK m.9-d) ve sulak alanlarda koruma ve kullanım usûl ve esaslarına aykırı davrananlara (ÇK

[37] Michael Faure, "Avrupa Çevre Ceza Hukuku: Gerçekten İhtiyacımız Var mı?", çev. Serdar Talas, C. LXX, S. 2, 2012, İÜHFM, ss. 333-354.

[38] RG, 11.08.1983, S. 18132.

m.9-e/f), kanuna aykırı anız yakanlara (ÇK Ek-1-c), çevre yönetim birimi kurmayanlara.(ÇK Ek m.2), içme ve kullanma suyu koruma alanlarındaki kaynağa veya kaynağı besleyen yeraltı ve yerüstü sularına, drenaj ve sulama kanallarına atık boşaltanlara (ÇK m.9), acil durum plânlarını hazırlamayanlara ve plânların uygulanması için gerekli tedbirleri almayanlara, ekip ve ekipman bulundurmayanlara ve acil durum plânlarına uymayanlara (ÇK m.11), malî sorumluluk sigortası yaptırmayanlara (ÇK m.13), ömrü dolan tehlikeli atık bertaraf tesislerini kurallara uygun kapatmayanlara, tehlikeli kimyasallar üreten, işleyen, ithal ve ihraç eden, taşıyan, depolayan, kullanan, ambalajlayan, etiketleyen, satan ve satışa sunanlara, geri kazanım katılım payını ödemeyenlere (ÇK, m. Ek 11), depozito uygulanmadan piyasaya ambalaj sürenlere (ÇK, m. Ek 12), plastik poşetleri ek 13. maddeye aykırı olarak ücretsiz dağtan, üreten, tedarik eden satış noktalarına, geri kazanım katılım payına ilişkin belirlenen esaslara uymayanlara, sıfır atık yönetim sistemini kurmayanlara ve/veya kurduğunu belgeleyemeyenlere (ÇK, m. 11), sera gazı emisyonu izleme planını ve raporunu sunmayanlara veya güncellemeyenlere, yetki belgesi olmadan motor yağı değişimi yapan işletmelere, depozitoya tabi ürünleri piyasaya sürenlere, depozito katılım yükümlülüğünü ve şartlarını yerine getirmeyen satış noktalarına, yükümlülüklere uymayanlara (ÇK, m. 11), aykırı faaliyette bulunanlara (ÇK, m. Ek 14) da Çevre Kanunu'na göre idari para cezası verilmektedir.

Çevre Kanunu ve Kabahatler Kanunu'nun yanı sıra Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) da çevrenin korunmasının önemine binaen bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Toplumsal duyarlılığın gelişmesi ve Avrupa Birliği'ne hukuksal açıdan uyum sağlama sürecinin etkisiyle 2004 yılında 5237 sayılı TCK ile çevrenin korunmasıyla ilgili suç tipleri açık biçimde Türk ceza hukukuna girmiştir. Kanun'un birinci maddesinde kamu sağlığı ve çevrenin korunması, kanunun amaçları arasında sayılmış, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısımda "Çevreye Karşı Suçlar" başlığı altında suç tiplerine yer verilmiştir.[39] TCK'nın birinci maddesinde çevreyi korumak, ceza kanununun amaçları arasında belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu'na göre "*Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır*" (TCK m.8). Ülke sınırları içerisinde işlenen kabahatlerin yanı sıra yurt dışında gerçekleştirilip ülkenin etkilendiği durumlarla karşılaşılabilmektedir. Dolayısıyla çevreyi kirletme kabahatinin ülkemizde olması veya yurt dışında gerçekleşip sonucundan ülkemizin de etkilenmesi durumunda kabahat olarak nitelendirilip yaptırımlar uygulanabilmektedir.

5237 sayılı TCK'nın çevreye karşı suçlar bölümünde çevrenin kasten kirletilmesi (m.181) ve çevrenin taksirle kirletilmesi (m. 182)

[39] İbrahim Ceyhan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çevre Hakkının Korunması (Çevreye Karşı Suçlar)", İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.65

durumu ele alınmıştır. Kast basit şekilde tanımlandığında hareketin ve sonucunun istenmesi olup taksir ise yalnız hareketin istenmesi anlamına gelmektedir. Hem kastta hem taksirde, kusurlu irade bulunur. Bu kusurlu irade, kanun hükümlerine uymaktan kaçma ve sosyal disiplinsizlik olarak açıklanabilir. Taksir, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama gibi anlamlara gelmekte, failin öngörülebilir bir sonucu öngörmemesi şeklinde tanımlanabilmektedir. Taksir, TCK madde 22/2'de "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen sonucu öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Taksirli eylem ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. TCK madde 21/1 kast, madde 21/2 olası kast, madde 22/2 taksir ve madde 22/3 bilinçli taksirle ilgilidir.[40]

1. Çevrenin kasten kirletilmesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun[41] (TCK), 181. maddesi çevrenin kasten kirletilmesini ele almıştır. Çevreye zarar verecek biçimde atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten verenler altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır (TCK m181-1). Atık veya artıkları izinsiz şekilde ülkeye sokanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m181-2). Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi durumunda ceza iki katı kadar artırılır (TCK m181-3). Atık veya artıklarla yapılan fiiller, canlıların tedavisi zor hastalıklara yakalanmalarına, üreme yeteneklerinin azalmasına, doğal özelliklerini değiştirmelerine neden olabilecek niteliklere ise beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adlî para cezasına çarptırılır (TCK m181-4). Tüzel kişiler hakkında ise güvenlik tedbirlerine hükmolunur (TCK m181-5)

2. Çevrenin taksirle kirletilmesi

Çevrenin taksirle kirletilmesine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 182. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, çevreye zarar verecek biçimde atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olanlar adli para cezasıyla cezalandırılmakta, toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması durumunda iki aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır (TCK m182-1). Canlıların tedavisi zor hastalıklara yakalanmalarına, üreme yeteneklerinin körelmesine, doğal özelliklerinin değişmesine neden olabilecek atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesine neden olan kişilere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilmektedir (TCK m182-2).

---

[40] Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", S. 3, 2013, Ankara Barosu Dergisi, ss.318-321

[41] RG, 12.10.2004, S. 25611.

II. KABAHAT VE KABAHATLERİN UNSURLARI

Kabahatler, toplum düzeni, genel ahlâk ve sağlık, çevre ve ekonomik düzeni korumaya yöneliktir. Suç ile kabahat arasında esasa ilişkin bir farklılık bulunmamaktadır. Suç ile kabahat arasındaki fark, niceliksel olup kabahatler, kanun koyucu tarafından hafif nitelikte bulunan fiillerdir, suçlar ise daha ağırdır. Bir fiilin suç mu, kabahat mi olduğu konusunda ayırt edici ve objektif tek ölçüt, fiilin karşılığında öngörülen yaptırımın türüdür.[42]

30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddede ise "*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır*" denilerek kabahat kavramına açıklık getirilmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu[43] (KK)'nun ikinci kısmında yer alan (32-43. maddeler arasında), Türk Ceza Kanunu kapsamı dışında kalan, "*emre aykırılık, dilencilik, kumar, sarhoşluk, gürültü, rahatsız etme, işgal, tütün mamullerinin tüketilmesi, kimliği bildirmeme, çevreyi kirletme, afiş asma, silah taşıma*" kabahatler ve bu eylemlere yaptırımlar öngörülmüştür.

Kabahat olarak nitelendirilen fiilin karşılığında idari yaptırım uygulanabilmesi için fiilin bütün unsurlarının kanun veya kanunun çerçeve hükmüne dayanılarak idarenin düzenleyici işlemi ile açık ve seçik biçimde belirtilmesi, kanunilik unsurunu açıklamaktadır. Kabahat teşkil eden fiilin unsurlarının bir kısmı maddi (objektif), bir kısmı manevi (sübjektif) niteliktedir. Maddi ve manevi unsurlar, kabahatin yapı taşlarıdır, bu yapı taşlarının bir araya gelmesi ile kabahat oluşur.[44]

III. KABAHATLER İÇİN ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR VE YARGILAMA KURALLARI

Kabahatler karşısında uygulanacak olan idari yaptırımlar, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve idari para cezası, ilgili kanunlardaki diğer tedbirler olan idari tedbirler şeklinde uygulanmaktadır (KK m.16). Kabahat öngören kanunların fazlalığı ve bunların çok farklı alanlara ilişkin olması nedeniyle kanun koyucunun, birçok kanunda yer alan farklı nitelikteki tedbirlerin hepsine genel nitelikteki Kabahatler Kanunu'nda yer vermesinin pek de mümkün değildir. Ayrıca yeni kabahatlerin ve yeni idari tedbirlerin kabul edilmesine duyulan ihtiyaç da bu tür bir düzenleme gerektirmektedir.[45] Kabahatler karşısındaki yaptırımlardan idari para cezaları, maktu veya nispi olabilir, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilmektedir. İdari para cezaları, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı) hükümlerine göre tahsil edilmektedir. Kabahat

---

42 Ali Pehlivan, "Kabahatler Hukukunun Genel Esasları", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2011, s.33,

43 RG, 31.03.2005, Mükerrer S. 25772.

44 Pehlivan, 2011, s. 133-134.

45 Pehlivan, 2011, s. 6.

nedeniyle idari para cezası uygulayan kamu görevlisi, kişinin rızası halinde tahsilatı derhal kendisi yapar. İdari para cezaları, hazineye derhal ya da ilk taksiti peşin olmak üzere bir yılda dört taksit halinde ödenir. Tahsil edilen idari para cezasının kanunda belirtilen oranı ilgili kamu kurum ve kuruluşunun hesabına aktarılır. İdari para cezası kanun yoluna başvurulmadan önce ödendiğinde dörtte üçü tahsil edilir. Kişilerde bu yaptırımlara karşı peşin ödemiş olsalar da kanun yollarına başvuruda bulunabilir. İdari para cezaları 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca her takvim yılı başında o yıl için tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılıp uygulanır (KK m.17). Kabahatler kanununda idari para cezalarının uygulanması ve tahsilatı konusunda tutarlı bir sistem oluşturulmuş olduğu söylenebilir. Kanunda idari yaptırımların kim tarafından verileceği de açıktır. Kabahatler Kanunu'na göre idari yaptırım kararı uygulama yetkisi, yetki kuralları çerçevesinde kamu kurumu ve kuruluşunun görev alanına girdiği yerlerde kanunda açık gösterilen makam, idari kurul ya da kamu görevlilerine, kanunda açıkça hükmü olmayan hallerde ise ilgili kamu kurumu ve kuruluşunun en üst amirine verilmiştir (KK m.22). Cumhuriyet savcısı da kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde kabahatlerde idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir ya da durumu ilgili kamu kurumu ve kuruluşuna bildirir. Ancak, ilgili kamu kurum ve kuruluşu bunun için idari yaptırım kararı vermemiş olmalıdır (KK m.23).

İdari yaptırım kararlarına karşı mahkemelerin verdiği kararlar hariç olmak üzere, kararın tebliğ ya da tefhimi tarihinden sonra en geç 15 gün içinde dilekçeyle Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvuru yapılmaktadır (KK m.27). İdari yaptırımların mahkeme tarafından verilmesi durumunda ise, verilen son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde itiraz edilebilmektedir (KK m.27). Kabahatler Kanunuyla idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna gitme anlayışı değiştirilmiş, bu konudaki uyuşmazlıkların adli yargıda (Sulh Ceza Mahkemeleri) çözülmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak kısa bir süre sonra 5326 sayılı Kanunla bu sistemden çıkılarak Çevre Kanunuyla ilgili idari yaptırımlarda tekrar eski anlayışa geçilmiştir. 26.4.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanunu'nda yapılan değişikliklerle Kabahatler Kanunu alanına giren gürültü kirliliği, çevrenin, havanın ve toprağın kirletilmesi gibi çevre sorunlarında idari yaptırım kararlarının uygulanması, idari para cezaları vermeye yetkili organlar, kanun yolları ve tekerrür konularında bazı değişiklikler yapılmıştır.[46]

[46] İnan/Demir, 2014, s.306.

IV. ÇEVREYİ KİRLETME KABAHATİ İLE İLGİLİ YARGI KARARLARI

Çevre Kanunu ve Kabahatler Kanunu gibi kanunlar, kamu idarelerinin sağlıklı bir çevre için idari yaptırımlar aracılığıyla idari görevlerini yürütebilmeleri için bir araç olarak kullanılmaktadır. Diğer taraftan kanunların uygulanabilirliği ve etkinliği de önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çevre yönetimi ve mevzuatı, çevre ile ilgili mevzuatın kurumlar arasındaki yetki karmaşası, çevre hassasiyeti zayıflığı, kanunların yaptırım gücünün yeterli olmaması gibi nedenlerden dolayı tam ve gereği gibi uygulanmayabilmektedir.[47] Dava sonuçlarında idari yaptırımlar uygulandığında üst mahkemelere itiraz yoluna başvurulmaktadır. 18.02.2012 tarih ve 28208 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun ikinci işbölümü kararı gereği, TCK'nın 181. ve 182. maddelerinde düzenlenmiş olan çevrenin taksirle ve kasten kirletilmesi suçları için Yargıtay 4. Ceza Dairesi görevlendirilmiştir.[48]

Çevre kirletme kabahatiyle ilgili içtihatlar UYAP vasıtasıyla incelendiğinde Yargıtay Ceza Daireleri tarafından karara bağlanan bir içtihata ulaşılmıştır. Çevreye öteberi atmak suçundan sanığın yargılaması sonucunda mahkumiyetine dair verilen hükmün Yargıtay tarafından incelenmesi istenmiştir. Sair temyiz itirazları yerinde görülmemiş, ancak sanığın çalıştığı otelin kalorifer kazanından çıkan kömür cüruflarını caddeye dökmesi şeklindeki eyleminin 2872 sayılı Çevre Kanununun 8. maddesi delaletiyle 20/a maddesine uyduğu ve maddede öngörülen cezanın idari para cezasının oluşturduğu dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi kurulması, sanığa tayin edilen para cezasının geçmişteki hali ve suç işleme eğilimini yansıtmayan gerekçelerle ertelenmemesine karar verilmesi, verilen para cezasının suç tarihi itibariyle TCK'nun 558. maddesinde öngörülen hafif para cezasından daha az olması gibi gerekçelerle temyiz itirazları yerinde görülerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir.[49] Bu durum her mali yılda idari kurumlarca düzenlenen kabahatlerdeki idari yaptırım cezalarına dikkat çekmekte, idari yaptırımların kanun ve düzenlemelere uygun olması gerçeği ile idari yaptırımların ertelenebileceğini ortaya koymaktadır.

T.C. İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2017/516 esas ve 2019/166 karar nolu içtihatından atıksu tesisi kurulmasına rağmen bir şirkete ait fabrikadan üretim esnasında çevreye zarar veren ve balık ölümlerine neden olan atıksuların arıtılmadan akarsulara aktarılması sonucunda idari para cezası uygulandığı belirlenmiştir.

---

47 Tangör, 2006, s. 186-187

48 Otacı, 2015, s. 279-328

49 Yargıtay 2. CD, E. 2004/18770 K. 2005/7294

Uyuşmazlık Mahkemeleri Hukuk Bölümü tarafından verilen kararlar incelendiğinde, Çevre Kanunu'nun 8. maddesi 1. fıkrasına göre (20/a-20/son) verilen para cezalarına ilişkin olarak Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirilen tüm kanunlardaki idari para cezaları için Kanunun geçici 2. ge 3. Maddelerine getirilen düzenlemeyle Kanunun yürürlük tarihi olan 01.06.2005 tarihinden sonra açılacak tüm idari para cezalarına ilişkin davalarda görüm ve çözümün adli yargı yerlerinin görev alanında bulunduğundan idari yaptırım kararları için yargısal denetiminin 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle Sulh Ceza Mahkemelerine bırakıldığı, davanın görev yönünden reddi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği görülmektedir. İdari yargı yerindeki görevsizlik kararı üzerine idari para cezasına karşı adli yargı yerindeki itirazlarda ise adli yargı yerlerinin Çevre Kanunu'nun 25/2 maddesi ile 5560 sayılı kanunla değişik 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3/1 maddesine göre Çevre Kanunu hükümlerince tesis edilen idari para cezalarında itirazların İdare Mahkemesi'ne yapılması gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin vurgulandığı, her iki mahkeme arasında olumsuz yargı yolu uyuşmazlığı doğduğundan, yargı yolunun tespiti bakımından Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'na gönderildiği görülmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, davaların çözümünde idari yargının görevlendirildiği belirtilmiş ve İdare Mahkemesi'nin verdiği görevsizlik kararının kaldırılması yönünde hüküm açıklamıştır. Bununla ilişkili olarak idari yaptırımlara karşı ilk olarak idari yargıya başvurulan kararlar incelendiğinde, idari kurumlar tarafından çevreyi kirletme kabahati işleyen şirket ya da şahıslara idari yaptırımlar uygulandığı, bu yaptırımlara karşı itirazlarda adli yargı birimlerine itirazlarda bulunulduğu, davanın çözümünde yetkili birimler konusunda bir karmaşa yaşanarak görevsizlik kararı verildiği, Uyuşmazlık Mahkemelerinin ise bu durumları hukuk uyuşmazlığı olarak değerlendirdiği, idari para cezalarına karşı açılan davalarda İdare Mahkemelerinin genel görevli olarak görevlendirildiği, fakat idari para cezalarının tahsil usulünün Kabahatler Kanunu hükümleri kapsamında ele alınacağı belirtilmiştir[50]. Buna karşın işlenen kabahat ile ilgili olarak önce adli yargı birimine başvurularak idari para cezalarına itirazların idari yargı birimlerine yapılması gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilen, idari yargı birimlerince de adli yargı birimlerine itiraz edilmesi gerektiği vurgulandığından tekrar adli yargı birimlerine yapılan itirazın sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilen ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından Kabahatler Kanunu'nun 41/4. maddesine aykırı olması nedeniyle verilen idari para cezasına karşı yapılan itirazın adli

[50] İlgili kararlar hakkında Bkz. UMHB E. 2007/210, K. 2007/263; UMHB E. 2007/246, K. 2007/273; UMHB E. 2007/247, K. 2007/274; UMHB E. 2007/82, K. 2007/283; UMHB E. 2007/298, K. 2007/293; UMHB E. 2007/325, K. 2007/304; UMHB E. 2007/332, K. 2007/307; UMHB E. 2007/201, K. 2007/257; UMHB E. 2006/289, K. 2007/34; UMHB E. 2007/79, K. 2007/95; UMHB E. 2010/144, K. 2011/57; UMHB E. 2007/459, K. 2007/344

yargıda çözümlenmesi gerektiğiyle ilgili içtihat bulunmaktadır. [51] Bu durum çevreyle ilgili mevzuatın kurumlar arasındaki yeki karmaşasını ortaya koymaktadır.

Çevre Kanununun 25/1. Maddesinde, idari cezalara karşı cezanın tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilmiş olup görevli mahkeme konusunda da özel hüküm mevcuttur. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun idari yaptırımların uygulanması tahsil usulü ve itiraz başlıklı 25. Maddesine göre idari yaptırım kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde İdare Mahkemesi'ne dava açılabilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemelerinin içtihatlarından çevreyi kirletme kabahatiyle ilgili olarak 2872 sayılı Çvre Kanunu'nun 8. maddesi ile Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesine muhalefetten idari yaptırımlar uygulandığı, gereken önlemler alınmayarak atıkların kanalizasyona boşaltılması,[52] inşaat atıklarının bireyin kendi mülkiyeti olsa da bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışında atması,[53] karayolu kenarına yakın mesafede toplanması,[54] alanı izinsiz işgal etmek[55] gibi kabahat olarak değerlendirilen hal ve fiiller dolayısıyla şirketlere ya da şahıslara idari yaptırımlar uygulanmaktadır. Bazı durumlarda kirlenmeyi önlemek ve gerekli tedbirleri almak için süre tanınmakta, verilen sürede kirlenmenin önlenmediği veya tedbirlerin alınmadığı durumlarda da yaptırımlar uygulanmaktadır. [56]

Çevreyi kirletme kabahati ile ilgili olarak Danıştay içtihatları incelendiğinde, limandaki boşaltma sürecinde denize balya ve saman düşürme,[57] geminin denize tarama çamuru dökmesi[58] gibi Çevre Kanunu'nun 8., 22. ve 24. maddelerinin ihlal edildiği durumlar sonucunda para cezası uygulanan davaların kararlarının bozulması amacıyla yapılan Danıştay başvurularında kararın bozulmasını gerektirecek nitelik görülmediğinden temyiz isteminin reddedilmesine ve bozulması istenen kararların onanmasına karar vermiştir. Deniz kirliliğine neden olduğu için para cezası verilen gemi kaptanının 3.11.1987 günlü, 19623 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "*Gemi ve Deniz Araçlarına Verilecek Cezalarda Suçun Tespiti ve Cezanın Kesilmesi Usulleri ile Kullanılacak Makbuzlara Dair Yönetmelik*'te suçun tespiti için gerekenlerin 21.maddede açıkça düzenlenmesine karşın 24. maddede suçun tesbiti

---

51 UMHB E. 2011/171, K. 2011/273

52 UMHB E. 2007/201, K. 2007/257

53 UMHB E. 2010/144, K. 2011/57

54 UMHB E. 2007/246, K. 2007/273; UMHB E. 2007/247, K. 2007/274

55 UMHB E. 2011/171, K. 2011/273

56 UMHB E. 2007/82, K. 2007/283; UMHB E. 2007/246, K. 2007/273; UMHB E. 2007/247, K. 2007/274

57 D. 10. D., E. 1989/2300, K. 1991/3784

58 D. 10. D., E. 1991/2146, K. 1993/1677

için tutanak tanziminin yeterli olduğunun belirtilmesinin kanuna aykırılık oluşturduğu ileri sürerek yaptığı Danıştay başvurusu yönetmelik hükümleri açısından reddedilmiş, para cezası ise iptal edilmiştir.[59] 2872 sayılı Çevre Kanununun 20, 21 ve 22. maddelerinde yer alan para cezalarının 5 kat artırılması konusundaki Bakanlar Kurulu kararı ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 22/b maddesi uyarınca denizi kirletme sonucu verilen parar cezasının iptali istemiyle yapılan Danıştay başvurusu da reddedilmiştir.[60] Sitelerin arıtma tesislerinin olmaması, atıksularının foseptikte toplanması nedeniyle olabilecek kirliliğin önlenmesi amacıyla arıtma tesislerinin kurulmaması durumunda da idari para cezası uygulanmaktadır.[61] Çevre Bakanlığı genelgesine göre arıtma tesisi kurulması ve buna ilişkin iş termin planının iletilmesi gerektiği belirtilmesine karşın bunun süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda Çevre Kanunu'nun 8/2. maddesinin ihlali nedeniyle dava konusu işlemle para cezası verildiği, bozma kararına uyulmayarak davanın reddiyle ilgili ilk kararda ısrara ilişkin temyiz başvurusunda kararın Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca onandığı görülmüştür.[62] Danıştay tarafından bozma kararı verilen davalar da bulunmaktadır. Depolama sahası olarak kullanılacağına dair verilmiş iznin bulunmadığı gerekçesi ile araç plakasından hafriyat dökümü yapan kiralık bir aracın sahibine idari para cezası verilmiştir. Cezaların şahsiliği ilkesine göre idari para cezasına konu eylemin kim tarafından işlenmişse ceza sorumluluğunun da o kişiye ait olması gerektiği, sözleşmenin idare tarafından bilinmesinin olanaksız olduğu, dolayısıyla verilen idari para cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek dava konusu işlemin iptali için temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet görülmediği belirtilerek bozulmasına karar verilmiştir.[63] İnşaatlardan çıkan hafriyatı belediyece belirlenen yer dışına döktüğü gerekçesiyle Belediye Encümeninin kararıyla verilen para cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, 2872 sayılı Çevre Kanununun 24. maddesine göre belediyelerin idari para cezası verme yetkisi bulunmadığı, genel ifadelerden hareketle para cezası uygulanamayacağı, kirletme ve belde düzenini bozucu durumlarda idarenin 486 sayılı kanunun 1. maddesinde öngörülen yöntemi izlemesi gerektiği gerekçesiyle işlemi iptal eden İdare Mahkemesinin kararı, belediyelerin belde düzeni ve belde halkının sıhhat ve selametini temin etmek için bir takım yasaklar koymak ve bunlara aykırı hareket edenleri cezalandırma yetkisine sahip olduğu belirtilerek, 2577 sayılı Kanunun 49. Maddesine göre temyizen incelenip bozulması talep edilmiş ve Danıştay İdare

[59] D. 6.D, E. 2001/1795, K. 2003/1486; D. 6. D., E. 2001/2332, K. 2003/1487

[60] D. 6. D., E. 1998/4989, K. 1999/5754

[61] D. 3. D., E. 2003/569, K. 2004/215

[62] DİDDK., E. 2003/730, K. 2005/284; DİDDK., E. 2003/569, K. 2004/215

[63] D. 14. D., E. 2011/8115, K. 2012/2787

Mahkemesinin kararını bozmuştur.[64] Usul ve kanuna uygun olmadığı ileri sürerek bozulması için başvurulan bir başka kararda, hava kirliliğinin esas kaynağının kömürün yanması sonucu havaya verilen kirleticiler olduğu, bu kirleticilerin ise kömürün içeriğindeki kirletici parametrelerden kaynaklandığı belirtilerek, çevrenin korunması konusunda tedbir almakla yükümlü bulunan idarece tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından aksi yönde ki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiş olup bozulmasına karar verilmiştir. [65] Yapılan sözleşmelerle şirketlerin atıklar nedeniyle kirliliği önleme sorumluluğunun herhangi bir şekilde devredilmesi söz konusu olamayacağı gibi atıkların başka bir şirkete ait sahada depolanması da ilgilinin yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz ve çevre kirliliğine sebep olanlar hakkında yapılan işlemler hukuka aykırılık içermez. Danıştay, aksi yönde verilen idare mahkemesi kararını isabet bulmuş ve kararı bozmuştur.[66] Etrafı çitle çevrili alanda var olan tehlikeli atığın kaldırılmaması bağlamında atığın araziye dökülmesine göz yuman ve sessiz kalan kişinin tehlikenin giderilmesi için önlem almaması ve eyleme geçmemesi nedeniyle çevrenin kirletilmesi eylemine iştirak etmesi sonucunda çevre para cezası verilmesi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından, Danıştay tarafından işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiş ve kararın bozulmasına karar verilmiştir.[67]

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda ise denizi kirletmekten dolayı gemi sahibine verilen idarî para cezasının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın yani 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 22. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle İstanbul 5. İdare Mahkemesi tarafından itirazda bulunulmuş ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 22. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vererek itirazı reddetmiştir. [68]

Yukarıdaki içtihatlardan da görüldüğü üzere idari yaptırım olarak uygulanan idari para cezaları çevreyi kirletme kabahati sonucunda verilmiş olup verilen cezalarda, ceza veren ve ceza alan iki taraf bulunmaktadır. Ceza verme görev ve yetkisi kanunilik ilkesi gereğince, kanunlara uygun olarak kamu kurumları yetkililerine, kanun koyucu tarafından belediye tüzel kişiliği (idare) içinde yer alan zabıta görevlilerine tanınmıştır. Zabıtaların görev ve yetkisi, kamu tüzel kişiliği olan, kamu gücü ayrıcalıklarını kullanan ve tek taraflı işlemler yapabilen belediye teşkilatı içerisinde olmasından kaynaklanmaktadır.[69]

64 D. 8. D., E. 2003/4088, K. 2004/776

65 D. 14. D., E. 2011/13784, K. 2013/1306

66 D. 6. D., E. 1997/4721, K. 1998/4740

67 D. 6. D., E. 2009/10535, K. 2010/3809

68 AYM., E. 2006/93, K. 2009/88

69 Özel, 2020, s.484.

İçtihatların çoğunluğu, kamu tüzel kişiliği tarafından yaptırım olarak uygulanan idari para cezalarına yapılan itirazlara ilişkin hukuki sonuçlarla ilişkilidir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Günümüzde çevre sorunlarının, küresel bir sorun hale geldiğine tanıklık etmekteyiz. Toplumlar, sosyo ekonomik kalkınma süreçleri ile ekosistemlere zarar vermemeli, bireyler, insanoğlunun yaşamını devam ettirmesi ve sürdürülebilir kalkınma için çevreyi özenle korumalı ve çevreyi kirletip tahribatlar yaratmadan doğal kaynakların gelecek nesillere aktarılmasına öncülük etmelidir. Çevreyi Kirletme kabahati idari yaptırımlarla engellenmeye çalışılmış olsa da yaptırımların yanı sıra çevre konusunda bilinçlendirme çalışmalarına ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir. Özellikle sanayi bölgelerinde işletmelerin kurulduğu bölgelerin çevreyi kirletme faaliyeti açısından titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Çevreyi korumaya yönelik olarak yerel yönetimler güçlendirilmeli ve teşvik edilmelidir. Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu ile ilgili yaptırımlarda yargı yolu konusunda bilinçlendirme çalışmalarına da özen gösterilmelidir. Çevreyle ilgili konularda idari yaptırım kararlarının verilmesi ve uygulanmasında fikir birliği oluşturulmalıdır. Bireylerin haklarını korumak açısından yaptırım olarak uygulanan idari para cezalarının yargısal denetimi ve denetimlerin devlet tarafından etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Arıkan E S, 212. "Çevreci düşünce ve çevre hukuku için radikal bir kılavuz: Arne Naess'in derin ekoloji yaklaşımı", 2(1), 2020, TAÜHFD.

Başlar K, İnsan Hakları Ders Notları, 2012-2015, 2015. https://www.academia.edu/34354253/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Ders_Notlar%C4%B1_pdf S.e.t. 18.09.2021.

Baykal H ve Baykal T, "Küreselleşen dünyada çevre sorunları", 5(9), 2008, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi.

Bilici A, Kabahatlerde Zamanaşımı. https://www.muhamilaw.com/kabahatlerde-zamanasimi, s.e.t. 15.09.2021, 2019.

Ceyhan İ, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çevre Hakkının Korunması (Çevreye Karşı Suçlar)", İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Council of Europe Publishing, Manual on Human Rıghts and the Envıronment. Second edition, pp. 7, ISBN 978-92-871-7319-5 Strasbourg Cedex: Council of Europe, 2012.

Çiftçioğlu C T, Türk Ceza Kanunu'nda Taksir, 2013, Ankara Barosu Dergisi/3.

Duymaz E, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çevrenin korunmasına katkısı", 47, 2012, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.

Ermumcu O, "Belediyelerin kabahatler kanunu uyarınca verdiği cezalar. Mahalli İdareler Dergisi", 2009. http://ermumcu.av.tr/belediyelerin-kabahatler-kanunu-uyarinca-verdigi-cezalar/s.e.t.15.09.2021.

Ertan B ve Akkoyunlu E K, "Avrupa Birliği çevre hukuku ve KKTC", 12 (31), 2006, Kıbrıs Araştırmaları Dergisi.

Faure M, "Avrupa Çevre Ceza Hukuku: Gerçekten ihtiyacımız var mı?" Çev. Serdar Talas, 2012, S. 2, C. LXX, İÜHFM.

Gişi S, "Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi ve Kabahatler Kanunu", 2017, 8(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Güneş A M, "Uluslararası çevre hukuku üzerine bir inceleme", 2012, C. LXX, 1, 83 – 114, İÜHFM.

Güneş Y, Amerika Birleşik Devletleri Çevre Hukukunun gelişimi ve Türk Çevre Hukuku ile karşılaştırılması. C. LXII. S. 1-2, 2004. İÜHFM.

https://iklim.csb.gov.tr/kyoto-protokolu-i-4363. S.e.t.15.09.2021

https://iklim.csb.gov.tr/montreal-protokolu-i-4364

https://iklim.csb.gov.tr/paris-anlasmasi-i-98587

https://tr.wikipedia.org/wiki/Birle%C5%9Fmi%C5%9F_Milletler_%C4%B0klim_De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_%C3%87er%C3%A7eve_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi S.e.t.15.09.2021.

https://tr.wikipedia.org/wiki/Birle%C5%9Fmi%C5%9F_Milletler_%C4%B0klim_De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_%C3%87er%C3%A7eve_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi S.e.t.15.09.2021.

İnan Ave Demir İ, Açıklamalı – Gerekçeli Kabahatler Kanunu. ISBN: 978-975-6311-91-2 Ankara: Türkiye Belediyeler Birliği, 2014.

Kılıç S, "Uluslararası çevre hukukunun gelişimi üzerine bir inceleme", 2(2), 2001, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi.

Otacı C, "Çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçuna (TCK 181, 182) ilişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararlarında belirlenen ilkeler", 1, 2015, Ankara Barosu Dergisi.

Özel K C, "Çevreyi kirletme kabahati", 24 (2), 2020. DOI: 10.34246/ahbvuhfd.733288, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Pallemaerts M, Internaıional Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?, Çev. Bülent Duru, Greening International Law (Der. Philippe Sands), Eartscan Publications Limited, London, 1993.

Pehlivan A, "Kabahatler Hukukunun Genel Esasları", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2011.

Şen E, "Avrupa Birliği Çevre Hukuku", 6, 1994, İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.

Tangör N F, "Çevre Hukukunun İşlevselliği: Mersin Örneği", Mersin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kent ve Çevre Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2006.

Turgut N, "Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku", 44 (1), 1995, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 607-654.

Turgut N, "Çevre Hukukunda Çevreci Örgütlere Tanınan Olanaklar" C. 45, S. 1., 1996.

Turgut N, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.

Yalçın İ, "Yeni Ceza Adalet Sisteminde Kabahatler", Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006.

Yaşamış F D, "Çevre Ceza Hukuku'nda son gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", S.58, 2005, TBB Dergisi, 137-148.

Yurtcan E, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu. 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.

Yargıtay 2. CD., E. 2004/18770 K. 2005/7294

UMHB E. 2007/210, K. 2007/263

UMHB E. 2007/246, K. 2007/273

UMHB E. 2007/247, K. 2007/274

UMHB E. 2007/82, K. 2007/283

UMHB E. 2007/298, K. 2007/293

UMHB E. 2007/325, K. 2007/304

UMHB E. 2007/332, K. 2007/307

UMHB E. 2007/201, K. 2007/257

UMHB E. 2006/289, K. 2007/34

UMHB E. 2007/79, K. 2007/95

UMHB E. 2010/144, K. 2011/57

UMHB E. 2007/459, K. 2007/344

UMHB E. 2011/171, K. 2011/273
Danıştay 10. Daire E. 1989/2300, K. 1991/3784
Danıştay 10. Daire E. 1991/2146, K. 1993/1677
Danıştay 6. Daire E. 2001/1795, K. 2003/1486
Danıştay 6. Daire E. 2001/2332, K. 2003/1487
Danıştay 6. Daire E. 1998/4989, K. 1999/5754
Danıştay 3. Daire E. 2003/569, K. 2004/215
Danıştay İdari Dava D. Kur. E. 2003/730, K. 2005/284
Danıştay İdari Dava D. Kur. E. 2003/569, K. 2004/215
Danıştay 14. Daire E. 2011/8115, K. 2012/2787
Danıştay 14. Daire E. 2011/13784, K.2013/1306
Danıştay 6. Daire E. 1997/4721, K. 1998/4740
Danıştay 6. Daire E. 2009/10535, K. 2010/3809
Danıştay 8. Daire E. 2003/4088, K. 2004/776
Anayasa Mahkemesi E. 2006/93, K. 2009/88

ARŞİVDEN

CEZA MUHAKEMESİNDE BOZMA SEBEPLERİ (ESBAB-I FESHİYE)

İSMAİL SEM'İ

Yayına Hazırlayan: Arş. Gör. Samed ATASOY*

Takdim

İsmail Sem'î Efendi (1857-1935), Maraş'ta doğmuş, buradaki medrese tahsilinden sonra İstanbul'a gitmiş, Mekteb-i Hukuk'tan 1886 yılında mezun olmuş ve Osmanlı coğrafyasının çeşitli bölgelerinde hakimlik yapmıştır. Sem'i Efendi'nin *"Usûl-i Muhakemenin Tarihçesi"*[1] ve "*Münşeat*" isimleriyle iki eseri kayıtlarda bulunmaktadır. Tek makalesi "Esbab-ı Feshiye"[2] başlığıyla Ceride-i Adliye'de yayımlanmıştır. Makalesinde mahkemenin bozma sebepleri olarak kabul ettiği hususlara yer vermiştir. Bu makaleyi kaleme aldığı tarihte istinaf mahkemesi üyesi olması uygulamanın içinde bulunması dolayısıyla konuya hakim olmasını sağlamıştır. Bozma sebepleri incelenirken her husus ayrı bir sayı ile ifade edilmiş ve maddelendirilerek açıklanmıştır. Bazı durumlarda kanun maddelerine ve örneklere de yer verilmiştir. İsmail Sem'i, makalesinde özetle şu durumaların ceza mahkemesinde bozma sebebi sayılacağını ifade etmiştir:

Tarafların usulünce davet edilmemesi, tebligatın kanuna uygun yapılmaması, sanıkların ifadelerinin yazılmaması, şahitlerin yemin ettirilmeden dinlenilmesi, şahitlerin ve sanıkların resmi dili bilmedikleri durumlarda başvurulan tercümanlara yemin ettirilmemesi, dinlenilen şahide sanıkların teşhis ettirilmemesi, şahitlerin ifadelerine sanıkların itiraz edip etmediklerinin sorulmaması, şahitlerin duruşmaya davet edilmeyip ilk ifadelerinin hükme esas alınması, şahitlerin ifadeleri arasında çelişki bulunması durumunda bu ifadeler karşılaştırılmadan yani çelişki sonuca erdirilmeden hüküm verilmesi, şahitler hakkındaki itirazlar değerlendirilmeden hüküm verilmesi, şahitlerin ifadelerinin mahkeme kayıtlarına aynen geçirilmemesi, davacının dinlenilmesini

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, samedatasoy1109@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5379-3978

1 Bu eser Samed Atasoy ve Yasin Yılmaz tarafından çalışılmış olup yayın aşamasındadır. İsmail Sem'i Efendi'nin biyografisi ile ilgili detaylı bilgiler de bu çalışmada yer almaktadır.

2 İsmail Sem'i, "Esbab-ı Feshiye", Ceride-i Adliye, sy. 22, 20 Teşrinievvel 1326 [2 Kasım 1910], 961-965. Makalenin sonunda "İstinaf Cünha âzâsından İsmail Sem'i" imzası vardır. Çeviri yazısının tashihinde yardımcı olan arkadaşım Yasin Yılmaz'a teşekkürü bir borç bilirim.

talep ettiği şahidin dinlenilmemesi, şahitlerin isim ve diğer bilgilerinin sorulmaması, kanunun istisnaen gizli olarak görülmesi gereken davalardan saymadığı davaların gizli olarak görülmesi, sanık ve davacıların davaya ilişkin ifadelerinin tetkik edilmeden karar verilmesi, davada dikkate alınacak olan suç aletinin talep edilmesine rağmen bu alet incelenmeden karar verilmesi, savcı mütalaası dinlenilmeden karar verilmesi, son söz sanığa ait olması gerekirken sanığa son sözün verilmemesi, hakimin ara kararda görüşünü belli etmesi, iddialar ve delillere karşı sanığa cevap hakkı verilmeden karar verilmesi, olaya uygun olarak tutulmayan tutanak hakkında inceleme yapılmadan karar verilmesi, hakaret davasında dilekçe ile dava açılmadan muhakeme yapılması ve karar verilmesi, sanığın yaşı tespit edilmeden (küçüklük hali) karar verilmesi, deliller ve şahit ifadeleri sanığın beraatine işaret ediyorken mahkumiyetine hükmedilmesi, mahkeme heyetinin değişmesi sonucu ilk heyet zamanında verilen karar ve ifadelerin taraflara ve yeni heyete tasdik ettirilmemesi, davada zamanaşımı süresi hesaplamasında hicri takvimin esas alınmaması ve rumi takvimin esas alınması, gıyabi yargılamada ikrar ile karar verilmesi durumunda ikrarın ne zaman ve hangi aşamada gerçekleştiğinin tespit edilmemesi, cürüm ile ceza arasındaki ayrım dikkate alınmayıp ağırlaştırıcı bir sebep bulunmamasına rağmen ağır ceza verilmesi, görevli mahkemenin, ceza mahkemesinin görevine giren bir meselede hukuk mahkemesi ile de ilişkili bir olay diye bakmaktan kaçınması, delil ile kesin olarak kanıtlanmamış olan bir suçtan dolayı ceza verilmesi, hükmün dayanağı olan bilirkişi raporunun (doktor raporu) ilam metninde yer almaması, bir kanun maddesi uygulanmış ve ona göre karar verilmiş olmasına rağmen yanlışlıkla farklı bir kanun maddesine dayanıldığının yazılması, gerçekleşen olaya uygulanması gereken kanun maddesi başka iken farklı bir kanun maddesinin tatbik edilmesi, gerekçeli karar verilmeksizin beraata hükmedilmesi, ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanması gerekirken uygulanmaması, sanığın mükerrer suçlu olduğuna dair bir mahkumiyeti yokken mükerrer suçlu gibi cezalandırılması.

Dersaadet İstinaf Mahkemesi'nce Feshi Mucib Addolunan Esbab [Çeviriyazı]

Dersaadet İstinaf Mahkemesi'nce feshi mucib[3] addolunan esbab, mücmel[4] ve müfid[5] surette ber-vech-i zîr[6] beyan olunur:

1- Tarafeyn usûlü dairesinde celb ve davet olunmayarak veyahut tebligat, kanun dairesinde cereyan etmemiş bulunarak muhakemenin rüyeti[7] mucib-i fesih ahvaldendir.

3 Feshi gerektiren

4 Özetlenmiş

5 Faydalı

6 Aşağıda görüleceği üzere

2- Hazır bi'l-muhakeme[8] maznunların[9] adem-i isticvabı[10] veyahut isticvab olunup da ilam ve zabıtnameye ifadelerinin yazılmaması [mucib-i] fesihdir.

3- Bidayet mahkemesinde[11] şahitlerin tahlif[12] olunmaması yani bila-yemin istima[13] olunması bidayeten i'ta olunan ilamın feshini müstelzim bulunmuştur.

4- İstima olunacak şuhudun[14] yahud şahidin lisan-ı resmîye aşina olmaması hasebiyle ol babda tayin kılınan tercümanın tahlif olunmaması müstelzim-i fesih ahvalden[15] bulunmuştur.

5- Maznunun lisan-ı resmîye adem-i vukufu[16] hasebiyle tayin kılınan tercümana yemin verilmeyerek istihdam kılınması feshi mucib ahvalden bulunmuştur.

6- Bidayeten ve gıyaben muhakeme icra kılındığı esnada istima olunan şuhuda maznunun evsaf ve eşkalinin tarif ve tavsif ettirilmemesi ol babda i'ta kılınan ilamın feshini müstelzim[17] bulunmuştur. [961]

7- Vicahen[18] icra kılınan muhakemede şahidler ale'l-usul[19] ifa-yı şehadet eyledikten sonra şuhudun zat ve şehadetleri hakkında bir diyecekleri ve bir güna[20] ta'n[21] ve itirazları olup olmadığının maznunlardan sual edilmemesi mucib-i fesih ahvalden bulunmuştur.

8- Şahitleri mahkemeye celb ve davet olunmaksızın ve bu adem-i celb için bir mâni-yi kanunî irae etmeksizin tahkikat-ı evveliyedeki[22] ifadelerinin kıraatiyle hüküm ve karara esas ittihaz[23] olunması ol babda sudur eden ilamın feshini müstelzim bulunmuştur.

---

7 Görmek, bakmak

8 Duruşmada bulunma

9 Sanıkların

10 Sorguya çekilmemesi

11 İlk derece mahkemesi

12 Yemin

13 Dinlemek

14 Şahitler

15 Feshi gerektiren durumlardan, hallerden

16 Vakıf olmaması, hakim olmaması

17 Gerekli

18 Yüzüne karşı, yüz yüze

19 Usule göre, usul üzerine

20 Bir çeşit

21 Ayıplama

22 İlk soruşturma

23 Kabul etmek

9- Şahitlerden bir kısmının celb ve istişhadı[24] ve diğer kısmının (muavin) istima edilmeyerek ve şayan-ı kabul mazeret-i kanunî olduğuna dair bir karar dahi verilmeyerek ifade-i mazbatalarının kıraatiyle bi'l-iktifa[25] i'ta-yı hüküm[26] olunması müstelzim-i fesih ahvalden bulunmuştur.

10- Şahitler celb ve istima olunup da bunların şehadetleri arasında vuku bulan mübayeneti[27] bi'l-muvacehe[28] tevfik ettirilmeyerek bidayeten[29] ita-yı hüküm olunması o ilamın feshini mucibdir.

11- Şahitler hakkında vuku bulan ta'n ve itirazın varid olup olmayacağı hakkında bidayeten bir karar verilmemesi müstelzim-i fesih ahvalden bulunmuştur.

12- Şahitlerin ifâdât ve ihbârât-ı vakıalarının muhakeme zabıtnamesine aynen derc edilme[30]mesi veyahut birinin derciyle diğerlerinin falan şahidin ifadesi dairesinde eda-yı şehadet eylemiştir yollu zabıtnameye derc edilmesi mucib-i fesih ahvalden bulunmuştur.

13- Müddei-i şahsînin[31] hukuk-ı şahsiyesini[32] ispat etmek üzere dermeyan eylediği[33] ve ikame edeceği şuhudun adem-i istimaı hususu mucib-i fesih ahvaldendir. Mesela bir hamala kendi meskenine nakil etmek üzere tevdi eylediği eşyayı ondan savuşarak sandığı açıp parasını çalması üzerine parasının mevcudiyetini ve mikdarını ve o parayı sandığına bırakdığına dair şuhud ikame eylese o şuhudun adem-i istimaı mucib-i fesih ahvalden bulunmuştur.

14- Orman davalarında medar-ı istinad[34] olan zabıt varakası[35] mevcud ve zîri[36] mümza[37] bulunduğu halde hilafı iddia olunması üzerine hukuk-ı umumiye şahitleri celb ve istima olunmayarak yalnız müdafaa şuhudunun celb ve istimaıyla hüküm olunması mucib-i fesh bulunmuştur.

---

24 Şahit göstermek
25 Yetinerek
26 Hüküm vermek
27 Zıtlık, uyumsuzluk, birbirine benzememe
28 Yüz yüze, yüzleştirilerek, karşı
29 İlk olarak, başlangıçta
30 Kaydetmek, yazmak
31 Davacı
32 Şahıs hakkı, kişi hakkı
33 Ortaya koymak, ileri sürmek
34 Dayanak noktası
35 Tutanak
36 Alt, aşağı
37 İmzalanmış, imza

15- Şuhudun ismi ve sair alamet-i mümeyyizesinin[38] sual edilmemesi mucib-i fesihtir.

16- Kanunun istisnaen ru'yetini emrettiği mevaddan[39] maada[40] hususlarda muhakematın hafiyyen[41] icra edilmesi müstelzim-i fesih bulunmuştur.

17- Maznun veya müddei-i şahsîlerin esas-ı maddeye müteallik dermeyan ettikleri ifâdât ve iddialarının tetkik olunmayarak hüküm edilmesi mucib-i fesihtir. [962]

18- Esna-yı muhakemede müddei-i umumilerin[42] talep ve dava ettiği mevad hakkında red veyahut kabule dair karar verilmemesi müstelzim-i fesihtir.

19- Mahall-i cürümde[43] zabt olunan esna-yı muhakemede sübut-ı cürüm için celbi taleb olunan eşyanın mahkemeye getirilmemesi ve o iddianın nazar-ı dikkate alınmaması mucib-i fesih bulunmuştur.

20- Tahkikat hitamında[44] müddei-i umumilerin mütalaasına müracaat ve talep ve davası istima olunmaksızın muhakemeye hitam verilerek zat-ı davaya dair karar verilmesi mucib-i fesihtir.

21- Son söz maznuna ait iken söylettirilmemesi mucib-i fesih mevaddan bulunmuştur.

22- Ara kararında ihsas-ı re'y[45] etmek mucib-i fesihtir. Mesela şahit iki olup da birisi adem-i malumat beyan etmesi üzerine diğeri için şahid-i vahid[46] olmakla istimaına mahal olmadığına dair verilen karar feshi mucibdir. Çünkü bir şahidin celbiyle birçok hakayık[47] ve delâil[48] ve emarât[49] zuhur etmesi ihtimaline mebni karar-ı mezkur mucib-i fesih görülmüştür.

23- Esna-yı muhakemede okunan ve esas-ı maddeye müteallik bulunan evraka karşı ne diyeceği maznundan sual olunmak lazımdır. Sual olunmayarak i'ta olunan kararlar mucib-i fesihtir.

---

38 Ayırt edici özellik

39 Maddeler

40 Dışında

41 Gizlice, kapalı olarak.

42 Savcı

43 Suç mahalli

44 Sonunda

45 Şahsi görüşünü açıklama, tarafını, görüşünü belli etme.

46 Tek şahit

47 Hakikatler, gerçeklikler.

48 Deliller

49 Emareler, işaretler, ipuçları.

24- Tahkikat-ı evveliyede tutulan zabıt varakası hakkında vuku bulan itiraz ve talep üzerine zîrinde[50] imza sahiplerinden memur olmayanların adem-i istimaı ve ezan? cümle reji memurları ve heyet-i ihtiyariyenin imzaları bulunan zabıt varakasının hilaf-ı vaki[51] tanzim edildiği iddia olunduğu halde talep vukuuyla imzası bulunanların muvaceheten celb ve istima edilmeyerek yalnız zabıt varakasına müsteniden[52] hüküm verilmesi mucib-i fesih ahvaldendir.

25- Şetm[53] ve tahkir[54] meselelerinde müştekinin istid'ası olmaksızın ve sebk-i dava vuku bulmaksızın zabıta jurnaline[55] hasren muhakeme ve hükmedilmesi mucib-i fesihtir.

26- Maznunun sinninin[56] tetkik olunmamış bulunması keza mucib-i fesihtir. Mesela bir fiil ile mahkum bulunması lazım gelen bir sabî veyahud mürahik-i mümeyyiz[57] hakkında kırkıncı madde-i kanuniye[58] delaletiyle muamele ifası levazım-ı kanuniyeden olduğu ve kırkıncı maddenin hangi fıkrası üzerine hüküm olunması lazım geleceği tebeyyün[59] eden hale göre tayin olunmak muktezi bulunduğu halde doğrudan doğruya fiilin müstelzim olduğu madde-i kanuniyeye tatbik-i hükmedilmesi mucib-i fesih olduğu gibi bir sabînin şahsına bakarak mürahik-i mümeyyiz veyahut reşid addıyla hükmolunması dahi mucib-i fesihtir.

27- Maznun hakkındaki delâil ve emarât ile şehadât-ı maznunun beraat veyahut muafiyetini icap ettirdiği halde mahkumiyeti cihetine gidilmesi ahval-i feshiyedendir.

28- Heyetin tebeddülü[60] halinde zabt-ı sabıkın[61] kıraat ettirilerek münderecatı[62] tarafeyne ve heyetine tasdik ettirilmemesi mucib-i fesihtir. [963]

---

50 Altında.

51 Olana zıt, gerçekleşene aykırı.

52 İstinad ederek, dayanarak.

53 Sövmek, azarlama.

54 Hakaret etmek, aşağılamak.

55 Haber verme, ihbar.

56 Yaş

57 Ergenlik çağının alt ve üst yaş sınırları arasında bulunup henüz kendisinde buluğ belirtileri görülmeyen erkek çocuk

58 40. Madde'nin ilgili kısmı: "(…) Ama ol mücrim nâ-bâliğ mürâhik bulunduğu yani fiil ve amelinin neticesi bir cürüm olacağını fark ve temyiz ederek müteammiden ol cürmü işlemiş olduğu surette eğer cürmü idam ya müebbed kürek veya kalebendlik ya nefy-i ebed cezalarını müstelzim olan cinayât kabîlinden ise ıslah-ı nefs için beş seneden on seneye kadar hapsolunur. (…)"

59 Belli olma, ortaya çıkma.

60 Değişme

61 Önceki tutanağın

62 İçindekiler, anlatılan şey.

29- Deavide[63] mürur-ı zamanın[64] sene ve şühûr-ı Arabiye[65] ile hesap edilmeyip de sene ve şühûr-ı Rumiye[66] ile hesap edilmesi mucib-i fesihtir.

30- Karar yerinde maznunun ikrarı esas hüküm ittihaz edilmiş ve halbuki muhakeme gıyaben cereyan eylemiş olmakla şu ikrarın nerede yani tahkikat-ı evveliye evrakında mı yoksa daire-i istintakta[67] mı vuku bulmuştur tasrih edilmemesi mucib-i fesihtir.

31- Kumarbazlığı kâr ve sanat ittihazıyla kumar oynamak için halkı davet etmek hususları tetkik olunmaksızın "kumar oynatıyor" diyerek hemen maznunun mahkumiyeti cihetine gidilmesi müstelzim-i fesih ahvaldendir.

32- Cürüm ile ceza beyninde nisbet-i âdile gözetmek mehakimce usul ittihaz kılınmış olmakla bu usule adem-i riayet ve esbab-ı müşeddede[68] olmadığı halde fiil ile münasebet-i cezaiye gözetilmemek mucib-i fesih mevaddandır.

33- Bir mahkeme, vazifesi dairesinde olan bir maddeyi vazifesi dairesinde olmadığına karar vermesi müstelzim-i fesihtir. Mesela cürümden mütevellit bir hukuk-ı şahsiyeyi vazifesi dairesinde olmadığından bahisle reddetmek izan? cümle sirkatten[69] mütevellit bir hukuk-ı şahsiye davasını hukuk-ı umumiye[70] davasının adem-i takibi lüzumu gibi ahvalden dolayı hukuk-ı şahsiye davasının hukuk mahkemesinde rüyeti lüzumuna karar verilmesi müstelzim-i fesih ahvaldendir.

34- Usulen ve kanunen delâil ve emârâtı sübut[71] derecesinde olmadığı halde i'ta-yı hüküm olunması müstelzim-i fesih ahvaldendir.

35- Hükmün müstenidun-ileyhi[72] olan tabip raporunun karar mahallinde zikredilip de zabıt ve ilama aynen veyahut mealen derc edilmemesi fesh-i hükmü müstelzim bulunmuştur.

36- Bir madde-yi kanuniye tatbik edilerek o madde mündericâtı karar mahallinde zikir ve derc edilecek iken mesela yüz on üçüncü

---

63 Davalar

64 Zaman aşımı

65 Arap ayları

66 Rumi aylar

67 Sorgu

68 Kuvvetlendirilmiş, şiddeti artırılmış.

69 Hırsızlık

70 Kamu hukuku

71 Sabit, kat'i, kanıtlanmış.

72 Dayanağı

maddeye[73] tevfikan[74] hüküm verilip yüz on dördüncü madde-yi kanuniye[75] metninin derc edilmesi esbab-ı feshiyedendir.

37- İ'ta olunan kararın bir maddeye tatbiki lazım gelirken diğer bir maddeye tatbik edilmesi mucib-i fesihtir. Mesela yüz yetmiş dokuzuncu maddeye[76] tatbik(i) edilmek lazım geldiği halde yüz yetmiş sekizinci maddeye[77] tatbik-i hüküm etmek feshi mucibdir. Çünkü yüz yetmiş sekizinci maddenin sarahat[78] ve şerâiti[79] gayr-ı mevcuttur.

38- Irz davasında İslamlarca[80] talak ve Hırıstiyanlarca tefrik[81] olmaksızın o davanın ru'yetiyle esas-ı davaya hükmolunması bazılarınca mucib-i fesihdir. Bazılarınca mucib-i fesih olmayıp dava edilebilmek imkanı mevcut ve mutasavver[82] yani her halde dava eder itikadı ile esbab-ı feshiyeden addedilir. Mahkeme-i temyiz ise tefrik ve talakın lüzumunu davaya esas ittihaz olunmasını kabul etmiştir, şu hale göre esbab-ı feshiyeden addolunmak lazım gelir.

39- Esbab-ı mucibesi[83] beyan edilmeyerek "usulen sabit olamadığından" tabiriyle beraata karar verilmesi mucib-i fesihtir. Mesela bir darb davasında birkaç şahit şehadet etmiş ve emârât-ı saire de mevcut bulunmuş iken karar yerinde "usulen sabit olamadığından" denilerek beraat kararı vermek mucib-i fesihtir. [964]

40- Madde-i kanuniye münderecatını sebeb-i şiddet addetmek mucib-i fesihtir. Mesela iki yüz yirmi ikinci maddede[84] münderic olan "refiki[85] olması ve gece vakti müsellah[86] bulunması" ise mevadd-ı esbab-ı

---

73 113. Madde "Asâkir-i nizamiyenin ve hükümet tarafından ale'l-ıtlak zabıtaya ve idareye memur bulunanların memuriyetlerini icrada veyahut icra ettikleri hükm-i memuriyetten dolayı kadr u namuslarına nakîsa verecek suretle haklarında muamele-i hakarete ve itâle-i lisana ve ihâfeye cür'et edenler" hakkındadır.

74 Uygun olarak

75 114. Madde "Memurînden birini veya asâkir-i nizamiye ve zabtiyeden bir neferi memuriyetlerini icrada iken veyahut icra ettikleri hükm-i memuriyetten dolayı darba cür'et eden"ler hakkındadır.

76 179. Madde "Cerh ve darb eğer madde-i sâbıkada mezkûr olan dereceden hafif olur ise cârih ve dârib olan kimse"ler hakkındadır.

77 178. Madde "Bir kimse bir şahsı yirmi günden ziyade işinden kalmasını veyahut hastalanmasını mûcib olacak surette cerh veya darb" fiilleri hakkındadır.

78 Açıklık, kesinlik

79 Şartlar, koşullar

80 Müslümanlarca

81 Ayrılık

82 Tasavvur edilen, düşünülen

83 Gerekçeli karar

84 222. Maddeye göre "Zîrde ta'dâd olunan ahvâlden biri ile irtikâb-ı sirkat eden şahıs üç sene müddetle hapsolunur. Ahvâl-i mezkûrenin birincisi gece vakti olmak ve iki veyahut daha ziyade eşhâs birlikte bulunmak"tır.

85 Yardımcı, ortak

86 Silahlı.

müşeddededen addolunarak yine o maddeye tatbiken hükmetmek mucib-i fesihtir.

41- Maznunun mükerrir-i cürüm[87] olduğu hakkında tahkikat icra etmeksizin mükerrir diye hükmetmek esbab-ı feshiyeden ma'duddur.[88] [965]

[87] Aynı suçu tekrar eden

[88] Addedilen, sayılan.

KAYNAKÇA

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu, İstanbul, 1298.

İsmail Sem'î, Usûl-i Muhakemenin Tarihçesi, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul, 1304 [1887].

İsmail Sem'i, "Esbab-ı Feshiye", Ceride-i Adliye, sy. 22, 20 Teşrinievvel 1326 [2 Kasım 1910], 961-965.

Karaismailoğlu E/Demirtaş R A/Onat İ E, "Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve", Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini, sy. 30, 2020 Güz, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 137-216.

Kubbealtı Lügati, lugatim.com, (s.e.t. 23.10.2021).

Osmanlı Arşivi, DH.SAİDd..., Nu: 26/177, H. 29.12.1273; İ..DH.., Nu: 1094/85751, H. 06.12.1305; İ..TAL., Nu: 185/46, H. 05.04.1317; İ..AZN., Nu: 36/8, H. 19.08.1317; BEO, Nu: 1422/106637, H. 23.08.1317; BEO, Nu: 1921/144070, H. 17.06.1320; BEO, Nu: 4343/325670, H.27.04.1333; İ..AZN., Nu: 118/39, H.27.04.1333.

Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği'ni, Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.

b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.

c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.

ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.

d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.

e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.

f) Araştırma ve makalede ortak araştırıcı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.

g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarında hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz

ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma Ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1. Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.

2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.

3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.

4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayrım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınamaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.

5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.

6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.

7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.

8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.

9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.

10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlanır.

11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.

12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.

13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı bulundukları kurumun izni gerekir.

14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanî kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkân ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren Çalışmalar Şu Şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve çalışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük çalışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasılalarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir "Özel Sayı" olarak da yayınlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi "AD" kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayınlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

8- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

9- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısıyla ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen mail adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir. Diğer yandan makaleler fiziki olarak da ilanda belirtilen adrese gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCİD kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. (Dilekçe Örneği). Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı,

alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayın hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu gibi başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanası hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayınlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme

yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1.Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3.Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine

uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgünlük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi

tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetişmeyeceği kanaati oluştuğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif haklarına ilişkin tüm sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar, Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu hususdaki tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini fiziki ve e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telife bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

I- YAZIM KURALLARI

A) 1-Makaleler, kaynakça dahil 4.000 kelimeden az, 15.000 kelimeden çok olmamalıdır.

2- Makalelerde "Başlık" 12 kelimeyi aşmamalı, "Öz" ilk sayfada 150-250 kelime arası olmalı, "Anahtar Kelimeler" 3-8 kelime arası bulunmalıdır.

3- Makalelerde "Başlık, Öz ve Anahtar Kelimeler"in Türkçe'nin yanı sıra İngilizce (veya diğer dilde) yazılması zorunludur.

B) 1-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (kanun-yasa, hakim-yargıç vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek aralık", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematiği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

7- Giriş ve Sonuç bölümlerine numara verilmemeli.

II- ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar sayfa altı dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

B) 1- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), eser adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri ise çevirenin adı parantez dışında "Çev." ibarelerinin ardında, birden fazla baskısı yapılmış ise baskı sayısı (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır), yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir.

Örnek: Ernst E. Hirsch, Anılarım, Çev. Fatma Suphi, 11. baskı, Yayınevi, Ankara, 1997, s. 362

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Örnek: Hirsch, s. 362

3- Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla yazarın soyadı, eserin yayınlandığı yıl, sayfa numarası şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek: Hirsch, 1997, s. 362

Hirsch, 2021, s. 30

4. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır.

Örnek: Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

C) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın adı-soyadı araya "/" yazılarak ikinci yazarın adı-soyadı virgül adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın soyadından sonra "vd." şeklinde yapılmalıdır.

Örnek1: Feridun Yenisey/ Nurullah Kunter/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 18. Baskı, Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.

Örnek2: Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yayınevi, Ankara, 2016.

Ç) 1- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı, (tırnak içinde) "makale adı", varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, yayımlandığı dergi, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Örnek: M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", C. 24, S. 24, 2004, Osmanlı Araştırmaları, ss.37-46

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, "a, b" harfleri yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

3- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

D) Bir derleme eserde derleyici soyadı yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün soyadı yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleme eserin adı, derleyen veya editör veya yayıma hazırlayanın ismi verilmelidir.

E) İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "son erişim tarihi" anlamında "s.e.t." ibaresine yer verilmelidir.

F) Arşiv belgeleri ile ilgili atıf şekli: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

Örnek: BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

G) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, baskı sayısı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde baskı yeri yok anlamında "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise tarih yok anlamında "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

Ğ) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı-soyadı, tez adı (italik olmadan tırnak içinde), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

H) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgilere atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

I) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin adı-soyadı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", sempozyum adı, düzenleyen veya yayımlayan, şehir, düzenlenme tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

İ) Gazete, akademik olmayan dergi vb. yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar adı-soyadı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin adı- soyadı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

J) Mahkeme kararına atıflar şu şekildedir: Dava Adı, Merci, Başvuru no, E:, K:, T:. Şeklinde sıralanmalıdır.

Örnek 1: Ahmet B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/**, K.T. 11.2.20** (Karara ulaşılan kaynak).

Örnek 2: Yargıtay 2. CD, E: 2015/**, K: 2016/**, T: 11.02.20** (Karara ulaşılan kaynak).

K) Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar şu şekildedir: RG, 02.01.2020, S. 30996.

III- KAYNAKÇA

A) Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir. Birden fazla yazarlı eserlerde ilk yazarın soyadına öncelik verilerek, belirtilen şekilde sıralanır.

"Yazar soyadı yazar adının ilk harfi, eser adı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, yıl" şekilde sıralanmalıdır.

B) Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Aktarım yapılan eserler değil aktaran esere kaynakçada yer verilmelidir.

C) Metin içerisinde atıf yapılan mevzuata kaynakçada yer verilmesi zorunlu değildir.

Ç) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının ..... ayında yayımlanacak .....nci sayısında yer almasını istediğim,

…….. başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalıma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu hususstaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta:
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCİD ID :