2023

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Kasım-Aralık 2023 • Cilt: 97 • Sayı: 2023/6 • ISSN 1304-737X

Dergide yayımlanan yazılar yazarların, kişisel görüşünü yansıtır.
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.
Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu
yoktur. Gönderilen yazılarda, Yayın Kurulu'nun saptadığı
yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda *(12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)*
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 250.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 393 07 57
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
2. 000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Filiz SARAÇ

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Burcu ÖZTOPRAK ALSULU

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Sinan NAİPOĞLU

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Oya Şahin MCCARTHY

•

Genel Yazman
Av. Gökce IŞIK ÇOŞKUN

•

Üyeler
Av. Burhan ÖĞÜTCÜ
Av. Lütfi BAŞÖZ
Av. Humral TAN
Av. Dr. Hakan MURAN
Av. Gökce IŞIK ÇOŞKUN
Av. Kardelen KILIÇ
Av. Pınar ŞİŞMAN

•

Yönetim Yeri
İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60
istbarosudergisi@gmail.com
www.istanbulbarosu.org.tr

•

Yayıncı Sertifika No: 47929

•

Baskı
Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05
www.egebasim.com.tr

İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan **11**

İstanbul Barosu Dergisi Makale Yazım Kuralları **13**

Cumhuriyetin 100. Yılında 'Devlet Gemisi' 23
AYDOĞDU, Burçin **23**

Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi
BOZKURT, Nur **44**

Atipik Bir Yapı: Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu 75
GÜL, Sercan **75**

Bonoda Düzenleyenin İmzası
GÜRBÜZ, Eşref Can **101**

Eczacının İlacın Yol Açtığı Zararlardan Sorumluluğu
ÜNSAL KARAŞEN, Yağmur - KURU, Yaren **119**

Bölge Adliye Mahkemesi'nin Verdiği İhtiyati Tedbir Kararının HMK Madde 396 Kapsamında İrdelenmesi
KÖKSALAN, Fatih **136**

Israrlı Takip Suçunun Düzenlenmesine İlişkin Kademeli Gelişim
ÖZKAYA, Hivam 149

İmar veya Parselasyon Planlarına Karşı Kesinleşme Tarihinden İtibaren Her Halde Beş Yıl İçinde Dava Açılabileceğine İlişkin Kuralın Dava Açma Sürelerine Etkileri ve Uygulanması Açısından 01.07.2025 Tarihinin Önemi
ŞAHİNKAYA, Onur 156

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı ve İhlallere İlişkin Değerlendirmeler
SATILMIŞOĞLU, Handan **177**

İdarenin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Sorumluluğu
TÜRK, Erol **196**

MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Kamu Düzeni
YANIK, Ercüment **214**

KARARLARLAR

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI..... 239

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 249

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 269

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 273

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 280

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 282

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 284

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 293

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 288

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 291

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI.....295

DANIŞTAY KARARLARI.....309

AYM GENEL KURUL KARARI.....317

UYGULAMADA AVUKAT

Süreli İpoteklerde Alacaklı "Bu Süre Dolduktan Sonra mı"
Yoksa "Süre Dolmadan mı" İcra Takibi Yapabilir?

UYAR, Talih 395

Savunma Hakkının Kutsallığı veya "Avukatımı İstiyorum"

YILMAZ, Casim 407

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER VE AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz.....419

Nakiller 428

Ayrılmalar 431

KAVRAM DİZİNİ 435

YAYIN KURULU'NDAN

ORTAK GELECEĞİMİZİN GÜVENCESİ "HUKUK DEVLETİ"

Türk halkı, Mustafa Kemal Atatürk önderliğinde, Ulusal Kurtuluş Savaşı'nı kazandıktan sonra kasım ve aralık aylarında büyük devinimler yaşamıştır. Saltanat kaldırılmış, Harf Devrimi, Şapka Devrimi gibi çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı taşıyan bazı devrimler, kasım ve aralık aylarına denk gelmiştir. Üzücü olan, kurucu önderimiz Atatürk'ün aramızdan ayrılışının da kasım ayına rastlamış olmasıdır. Kendisini saygıyla anıyor, devrimlerine sahip çıkıp yaşatacağımıza söz veriyoruz.

Bazı insanlar kahramandır. Kahramanlar, yaşamlarını şahsi mukadderatlarından daha büyük bir ideale adayan kişiler olup bıraktıkları fikrî mirasları ile çağlarının ötesinde yaşarlar ve bu seçimleri ile de ölümsüzleşirler. Bu anlamda hiç kuşkusuz Cumhuriyet, Atatürk'ün Türkiye'yi çağdaş bir ulus devletine dönüştürme çabalarının en önemli sonucu ve onun Türk halkına bıraktığı en değerli mirasıdır.

Ancak Cumhuriyetimizin 100. yılında Atatürk'ün bıraktığı, cumhuriyet mirasına sahip çıkılıp çıkılmadığı; korunup korunmadığı, geliştirilip geliştirilmediğine ilişkin ciddi soru işaretleri bulunmaktadır.

Atatürk, Gençliğe Hitabesi'nde gençlere şöyle seslenir;

"*Ey Türk gençliği! Birinci vazifen; Türk istiklalini, Türk cumhuriyetini, ilelebet muhafaza ve müdafaa etmektir.*"

Bu muhafaza ve müdafaa "*memleketin dâhilinde iktidara sahip olanlar, gaflet ve dalalet ve hatta hıyanet içinde bulundukları hatta bu iktidar sahipleri, şahsi menfaatlerini müstevlilerin siyasi emelleriyle tevhit edildiği ve millet, fakru zaruret içinde harap ve bitap düşmüş olduğu*" hallerde de devam etmelidir.

Zaman, Atatürk'e asıl borcumuzu yeniden düşünme, zamanıdır. Bu süreçte bize verdiği "*Birinci vazifeyi*" her daim aklımızda tutmalıyız.

2023 yılı Kasım Ayı, Cumhuriyet'imizin temel dinamikleri açısından çok önemli bir olaya sahne olmuş ve olmaktadır da. Baromuzun 14.11.2023 Tarihli Basın Açıklamasına da konu olduğu üzere Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı olduğu açık olan bir karara imza atarak, Anayasa Mahkemesi'nin kararına uymayacağına hükmetmiştir. Bilindiği üzere Anayasanın 153. Maddesi ***"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar."*** hükmünü havidir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin E.2023/12611 K. 2023/144 (D.İş) sayılı kararı ise, açıkça Anayasanın 153. maddesine aykırı olup, Baro'muz da basın duyurusunda, bu kararının "Hukuk Devleti" açısından kaosa yol açacak nitelikte olduğuna vurgu yapmıştır. Ayrıca, Cumhuriyetin temel kurum ve kuruluşları ve sivil toplum örgütleri de gerekli tepkiyi ortaya koymuş, Baromuz, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bu kararında imzası olan başkan ve üyeleri hakkında, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'na suç duyurusunda bulunarak, ayrıca da gerekli disiplin soruşturması için Yargıtay Yüksek Disiplin Kurulu ve Hakim ve Savcılar Kurulu'na da suç duyurusunun bir örneği gönderdiğini açıklamıştır. Önemine binaen, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin anılan kararlarının tam metnini dergimizin kararlar bölümünde yayınlamaktayız.

Ülke içindeki bu gelişmeler yanında dünyada da endişe verici olaylar yaşanmaktadır.

İsrail ile Filistin arasındaki silahlı mücadelede tüm devletlerarası savaş hukuk sözleşmeleri çiğnenmektedir. Özellikle Türkiye'nin de taraf olduğu "Harb-Felâketzedelerinin Himayesine dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri" kurallarına kesinlikle uyulmamaktadır. Bu hususta Birlemiş Milletler Genel Sekteri Antonio Guterres, bölgenin bir "çocuk mezarlığına (a graveyard for children)" döndüğünü söylemiştir (07.11.2023, www.cnn.com). Bu noktada Atatürk bir kez daha anıyor ve onun "Cihanda Barış" çağrısının hemen gerçekleşmesini temenni ediyoruz.

Yayın Kurulu

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ
MAKALE YAZIM KURALLARI

İstanbul Barosu Dergisi'ne gönderilecek makalelerin, yayınlanabilmesi için belirli yazım kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu kurallar, hem makalelerin daha okunaklı ve anlaşılır olmasını sağlamak hem de derginin biçimsel görünümünü korumak amacıyla belirlenmiştir.

İstanbul Barosu Dergisi'ne makale gönderilmeden önce makaleler aşağıdaki yazım kurallarına göre hazırlanmalıdır. İstanbul Barosu Dergisi'nin yazım dili Türkçe'dir. Dergiye gönderilen yazıların, yazım düzeltmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır. Makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda Türk Dil Kurumu Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.

Yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmayan makaleler yayınlanmayacaktır.

Makalelerin Gönderilmesi

Makaleler, yazar tarafından İstanbul Barosu Dergisi'nde bulunan elektronik posta adresine gönderilmelidir. Ayrıca dergiye gönderilen makalenin ekinde mutlaka gönderen yazarın unvanı, adı ile soyadı, hangi baroya kayıtlı olduğu ve telefon numarası bulunmalıdır.

Dergiye gönderilen makalelerin daha önce herhangi bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere herhangi bir yayıncı kuruluşa gönderilmemiş olması gerekir.

Makale Değerlendirme Aşamaları

Makaleler amaç, konu, içerik, sunuş tarzı ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından Yayın Kurulu tarafından incelenir. Makalelerin reddine sebep olabilecek durumlara örnekler şunlardır:

- Makalenin salt mevzuat metninden oluşması,
- Makale içeriğinde yer verilen mevzuat hükümlerinin bir veya birkaçının güncel olmaması,
- Makalenin intihal içermesi,
- Yazının hukuk alanına sağlayacağı katkının sınırlı kalması veya özgün nitelik taşımaması,
- Yazının nesnel niteliğinin olmaması ve sırf öznel görüşlerle kaleme alınmış olması,
- Yazının konusunun güncel olmaması,
- Yazının derdest bir dava hakkında olması,
- Yazının veya yazıdan türetilmiş benzer çalışmanın yazılı veya dijital ortamda önceden yayımlanmış olması,
- Makale metninde fahiş miktarda anlatım bozukluğu ve/veya yazım hatası bulunması.

İncelemeler sonucunda olumlu değerlendirilen makaleler için "Yayınlanabilir Onayı" verilir.

Değerlendirme olumlu sonuçlandığı takdirde, yazara bu yönde bilgi verilir. Şu kadar ki, makaleye verilen "Yayınlanabilir Onayı", makalenin hangi sayıda yayınlanacağına dair bir taahhüdü içermemektedir.

Yayın Kurulu, yazardan makalenin belli yönlerinin geliştirilmesini isteyebilir. Bu durumda Yayın Kurulu makale hakkındaki nihai kararını, yazar bu düzeltmeleri gerçekleştirdikten sonra verir. Düzeltme sonrası değerlendirme de ilk değerlendirme gibi olumlu yahut olumsuz olabilir.

Yayınlanması uygun bulunan makaleler, Yayın Kurulu'nun uygun bulduğu bir sayıya dahil edilerek hem basılı hem de elektronik ortamda yayınlanır.

Yayınlanmasına karar verilen makalelerde tespit edilen yazım hataları, imla hataları, yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler ve gerek görüldüğünde sınırlı olarak esasa yönelik küçük düzeltmeler yazara gönderilmesine gerek olmaksızın Yayın Kurulu tarafından düzeltilir.

Yayın Kurulu, gerekçe göstermeksizin makaleyi yayınlamama kararını yazara bildirebilir.

Özet ve Anahtar Kelimeler

Makalede, makalenin özünü ve içeriği konuları verecek şekilde, makalenin "Giriş" bölümü ile aynı olmamak ve 200 kelimeyi geçmemek kaydıyla bir özet kısmına yer verilmelidir. Ayrıca, en az 3 ve en fazla 5 adet olmak üzere makalenin ayırt edilmesini sağlayacak anahtar kelimelere yer verilmelidir. Her makale, giriş ve sonuç bölümü hariç en az 2 ana başlık içermelidir.

Ana Başlık

Yazı tipi Times New Roman, 16 Punto, düz, kalın, ortalanmış, tüm kelimelerin büyük harfle yazılması gerekmektedir. Başlığın derginin mizanpaj düzenini bozacak derecede uzun olmaması gerekir, uzun olması halinde Yayın Kurulu tarafından gerekli kısaltma yazara gönderilmesine gerek olmaksızın yapılabilir.

Alt Başlık

Yazı tipi Times New Roman, 12 Punto, italik, kalın, sola hizalanmış, **üstten** 12 nk boşluk, alttan 6 nk boşluk bırakılmalıdır. Her kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

Makalede, Giriş dahil tüm başlıklar numaralandırılmalıdır. Başlıktan itibaren alt başlıklar aşağıdaki şekilde olmalıdır.

1.
1.1.
1.2.
1.2.1.
2.
2.1.
2.2.
2.2.1.
…
3.
3.1.
3.2.
3.2.1.
…

Dipnotlar

Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. Metin içinde dipnot numarası noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklere uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanılmaz. Eserlere yapılan atıflarda dipnotta önce yazar ad ve soyadı, sonra sırasıyla eser adı ve sayfa numarasına yer verilir. Kaynakça kısmında ise, önce yazar ad ve soyadı, sonra sırasıyla eser adı ve sayfa numarasına yer verilir. Dipnot ve kaynakçada atıflar aynı stilde olmaldır. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası verilmemelidir. Metin içinde atıf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmemelidir. Atıf yapılan dijital kaynakların tam adresleri ve son erişim tarihleri verilmelidir.

Kimlik Bilgileri ve İletişim Bilgileri

Yazar adı, soyadı ve unvanı ana başlığın altında yer alacaktır.

Başlıklar ve Düzen

Makalenin tüm alanlarında "**Times New Roman**" yazı karakteri kullanılmalıdır.

Makalede alt başlık ve her alt başlıktan sonraki paragraf arasındaki satır aralığı "**1.5 satır**" aynı alt başlık arasındaki paragraflar makale alanlarında **satır aralığı** "**tek"** olmalıdır.

Makalenin Bölümlerine İlişkin Düzenleme

Giriş ve Başlık

Bu bölümde, çalışmanın amacı belirtilmeli ve daha sonra yöntem, süreçler ve kullanılan araçlar açıklanmalıdır.

Giriş başlığı öncesi 12 nk, sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin (paragraflar) arasında boşluk bırakılmamalıdır.

Tüm metin, Times New Roman yazı karakteri, 12 punto, düz ve iki yana yaslanarak yazılmalıdır.

Tüm makalede paragraf başları sola yaslanmış olmalıdır ve satır aralığı 1,5 satır olmalıdır.

Girişten Sonraki İkinci Başlık ve Diğer Başlıklar (Birinci Düzey Başlık)

Birinci düzey başlıklar 12 punto, düz, kalın ve sola hizalı yazılmalıdır.

Her kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır. Birinci düzey başlık öncesi 12 nk, başlık sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin öncesi boşluk olmamalı, metin sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin, Times New Roman yazı karakteri, 12 punto, düz ve iki yana yaslı olarak yazılmalıdır.

Yazar makalesinde belirtmek isteği kadar birinci düzey başlık kullanılabilir.

İkinci Düzey Alt Başlık *(2.1. Alt Başlık)*

*İkinci düzey başlıklar 1*2 punto, italik ve sola hizalı olmalıdır. Her kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır. İkinci düzey başlık öncesi 12 nk, başlık sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin (paragraflar) öncesi boşluk olmamalı, metin (paragraflar) sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır. Metin, Times New Roman yazı karakteri, 11 punto, düz ve iki yana yaslı olarak yazılmalıdır.

Yazar makalesinde belirtmek isteği kadar ikinci düzey başlık kullanılabilir.

Üçüncü Düzey Alt Başlık *(2.1.1. Alt Başlık)*

*Üçüncü düzey başlıklar 1*2 punto, italik ve sola hizalı olmalıdır. Her kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır. Üçüncü düzey başlık öncesi 12 nk, başlık sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin öncesi boşluk olmamalı, metin sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin, Times New Roman yazı karakteri, 12 punto, düz ve iki yana yaslı olarak yazılmalıdır.

Yazar makalesinde belirtmek isteği kadar üçüncü düzey başlık kullanılabilir.

Metin Bölümü

Birinci düzey başlıklar 12 punto, düz, kalın ve sola hizalı yazılmalıdır. Her kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır. Birinci düzey başlık öncesi 12 nk, başlık sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Metin öncesi boşluk olmamalı, metin sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır. Metin, Times New Roman yazı karakteri, 12 punto, düz ve iki yana yaslı olarak yazılmalıdır.

Tarih yazımında 19.05.1919 veya 29.10.1923 metodu kullanılmalıdır. Makalelerde başlıklar dışında bold, italik ve altı çizili yazı kullanılmamalıdır.

Tablolar ve Şekiller

Tablolar ve şekiller ilgili metnin içinde yer almalıdır.

Bütün tablo ve şekiller ayrı ayrı (*Tablo 1*) şeklinde numaralandırılmalıdır. Şekil ve Tablo başlıkları şeklin altında, ortaya hizalı bir şekilde yer almalıdır. Şekil ve tablolarda dipnot olarak kaynakça belirtilmelidir.

Tablolar ve şekiller metin içerisine resim (.jpeg, .png) olarak yerleştirilmelidir. Görüntü kalitesinde sorun yaşanması ihtimaline karşın tablo ve resimler makaleye ek olarak jpeg şeklinde ayrıca da gönderilmelidir.

Kaynakça ve Açıklamalar

Kaynakça başlığı, 12 punto, düz ve sola hizalı yazılmalıdır. İlk harfi büyük yazılmalıdır. Kaynakça başlığı öncesi 12 nk, başlık sonrası 6 nk boşluk bırakılmalıdır.

Kaynaklar, kaynakça bölümünde yazarın soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalı ve metinde belirtilen tüm kaynakları içermelidir. Her kaynakta yazarlar, yayın yılı, başlık, yayınevi veya dergi adı, sayfa numaraları ve diğer tanımlayıcı bilgiler yer alır. Kaynakça da sözlük, kitap, web sitesi gibi ayrıca başlıklandırılma yapılmamalıdır.

Kaynakça gösteriminde, alfabetik sırada Yazarın SOYADI büyük/koyu ve Adının ilk harfi büyük kalanı küçük ve koyu olmalıdır. Örneğin: "**ÖZEN Atilla**, Avukatlık Hukuku, Ankara 2022."

Bibliyografik kimlikte "Dergi" ve "Kitap" adları İtalik yazılmalıdır.

Kaynakça sayfası, yeni bir sayfada başlamalı ve metin kısımları paragraf başı yapmadan iki yana yaslanmalıdır.

Diğer Hususlar

- Aynı yazar veya yazarlara ait farklı makaleler aynı sayıda veya kural olarak ardışık sayılarda yayımlanmaz. Aynı yazar, yayımlanmak üzere dergiye tek bir makale gönderir. Yazısı yayımlanmasının sonrasında diğer bir makale göndermelidir.

- Dergide yayımlanan makalelerin, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanmaları da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına İstanbul Barosu sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
- Dergimizin yayın ilkeleri ve yayın kuralları yazı gönderen yazar tarafından önceden kabul edilmiş sayılır.
- Yazar gönderdiği makalesini çekmek istediğini derhal aynı iletişim yoluyla bildirmelidir. Dizgiye girmiş yazı kural olarak yazar tarafından geri çekilemez.
- Kural olarak makalelere, yazarların soyadlarının alfabetik sıralaması dikkate alınarak Dergide yer verilir. Yayın Kurulu istisnai olarak, konunun güncelliği ve yazının önemine göre sıralamada değişiklik yapabilir.
- Dergide yayımlanan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarların sorumluluğundadır. İstanbul Barosu makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.
- Dergiye gönderilen yazılar bilimsel etik kurallarına uygun olmalı, benzerlik oranı %10'u aşmamalı ve yapay zekâ yazılımları (AI) kullanılmadan hazırlanmış olmalıdır.
- Makaleler Kaynakça dahil 6,000 kelimeyi (yaklaşık 20 sayfayı) aşmamalıdır.

YAZILAR

CUMHURİYETİN 100. YILINDA 'DEVLET GEMİSİ'

Burçin AYDOĞDU[1]

1. Giriş

Devleti tanımlamak önemlidir çünkü insanoğlunu diğer canlılardan ayıran en önemli husus "politik canlı" olmasıdır.[2] Devletlerinin pek çoğunun "polis" adı verilen şehir bazında örgütlendiği bu çağda yapılan bu tespit, canlıların su, kara, ağaç, mağara gibi doğal yaşam ortamları olduğunu gözlemlemiş ve insanları diğer canlılardan ayıran hususlardan birinin diğer insanlarla birlikte bir kentin sınırları içinde ve toplumsal bir organizasyon çatısı altında yaşamak olduğunu belirlemiştir. Dolayısıyla insanı diğer canlılardan ayıran, insanı kendine özgü bir canlı yapan bu oluşumu anlamak insanın kendi doğasını anlamanın gereklerinden biridir. Nitekim devleti anlayabilmek için Thomas Hobbes, John Locke ve Jean Jacques Rousseau başta olmak üzere pek çok aydınlanmacı düşünür insanın köy/kasaba/kent gibi bir yerleşim olmaksızın doğada ne halde olacağını tahayyül etmeye çalışmıştır.[3]

İnsanı anlamanın bir şartı olarak devleti anlamak demek sadece ilgili yerleşim alanının sınırlarını anlamak demek değildir. Devleti, gereksindiği hiyerarşik yapısıyla, sıkı ya da gevşek tutulan memur-sivil ayrımıyla, diğer devletler karşısındaki konumuyla; bir başka açıdan, bunları hepsini kapsayacak biçimde hukukuyla, anayasasıyla kavramak ilk çağlardan beri önemli bir entelektüel gereksinim olmuştur.

---

1 Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

2 Antonio Rocha Martins, "The Zoon Politikon", *Revista Portuguesa de Filosofia 75.Fasc. 3*, 2019, s. 1541.

3 Paul Seabright, Jonathan Stieglitz, Karine van der Straeten, "Evaluating Social Contract Theory in the Light of Evolutionary Social Science", *Evolutionary Human Sciences 3 e20*, 2021, s. 1-2.

Bu gereksinimi karşılamak için devlet idaresi, Sophokles'in Antigone'sinden günümüz edebiyat eserlerine kadar gemi idaresine benzetilecek açıklanmıştır. Bunun sebebi, devlet idaresiyle gemi idaresi arasında benzeşim kurmanın kolay olması, ikisinin birçok yönden birbirine benzemesidir. Bunun sonucu ise devletin işlevine dair pek çok sorunun bu benzetmeyle cevaplanmış olması ve söz konusu cevapların bazen haklı bazen haksız çıkmasıdır. Bunun en yakın tarihli örneklerinden biri 1919'da, işgal altında son bulmuş bir devletin küllerinden, yeni bir yasama meclisi örgütleyerek bir cumhuriyet yaratmaya çalışan Mustafa Kemal Paşa'ya Nuh (Bey) kod adının verilmesidir.[4] Geçmişten günümüze bu benzetme otoritenin korunması, kaybolmuş otoritenin yeniden kurulması, otoritenin meşruluğunu kaybetmesi ve otoritenin merkezileşmesi gibi pek çok süreci analojik yolla sadeleştirerek anlatmakta, gemi kavramı ile devlet kavramı arasındaki paralellikler de buna müsaade etmektedir.

2. Devlet-Gemi Alegorisinin Edebiyatta ve Felsefede Kullanıldığı Başlıca Yerler

Devlet kavramının gemiye eğretilenmesine ilk çağ edebiyatından ve siyaset felsefesinden itibaren çok sık rastlanır. Bu çalışmada bunların tamamı ele alınmayacaktır. Örneğin Aristoteles'in,[5] Machiavelli'nin[6] de devlet-gemi benzetmesine başvurdukları yerler vardır. Bu çalışmada bu benzetmelerin tamamı değil cumhuriyet/respublika kavramıyla ilgili tartışmalarda argüman olarak en çok başvurulan eğretilemeler ele alınacaktır.

2.1. Antigone'de Kral Kreon'un Pozitif Hukuk Yüklü Gemisi

Sophokles'in Antigone'sinde Kral Kreon şöyle demektedir: "Devlet aleyhine hareket eden her kim olursa olsun, düşmandır. Onu dost edinmem. Çünkü bilirim ki ülkemiz bizi emniyette tutan bir

4 Aslıhan Kılınç, "Osmanlı İstihbaratı Karakol Cemiyeti'nde Kod Adi Kullanımına Örnekler: "Nuh/Mustafa Kemal Paşa, Musa/ Ali Fuat Cebesoy, İsa/ Miralay Şevket Bey, Cengiz/ Kara Vasıf", *Tarih Araştırmaları Dergisi 40 / 70*, 2021, s. 261.

5 Norma Thompson, *The Ship of State: Statecraft and Politics from Ancient Greece to Democratic America*, Yale University Press, New Heaven, 2001, s. 36.

6 Thompson, a.g.e., s. 76.

gemidir ve ancak o geminin doğru yolda kalması kaydıyla dost edinirim. Devletimizi korumak için başvuracağım ilkeler bunlardır".[7]

Söz konusu diyalogda Thebai kralı Kreon şehri çok güçlü bir hücuma karşı savunmak zorunda kalmıştır. Hücum edenler, Oidipus'un oğludur. Tahtta hak iddia ederek ve komşu şehirlerden kendine müttefikler de bularak şehri ele geçirmeyen çalışan Polynikes, savaşta yenilmiştir. Onun erkek kardeşi de şehri savunurken yenildiği için savaştan sonra krallık, babaları Oidipus'un dayısı olan Kreon'a düşmüştür. Kreon, kalabalık ordu toplayıp şehre saldırmış olan Polynikes'i affetmemiştir ve cenaze ritüelinin bile esirgenmesini, cesedinin ortada bırakılmasını emretmiştir. Alıntılanan sözleri söylerken Kreon, Polynikes'in cesedini kurda kuşa yem olmak üzere bırakmasının gerekçesini ifade etmekte, onun şehrin güvenliğini tehlikeye atmış biri olarak dost sayılamayacağını belirtmektedir. Kral Kreon bu tiradın başında "Devlet gemimiz pek çok badireler atlattı"[8] derken de geride bırakmış oldukları savaşı ve ondan önce Oidipus nedeniyle yaşanan hanedan içi problemleri kast etmektedir.[9]

Bu örnekte gemi-devlet benzetmesi doğal hukuk-pozitif hukuk çatışmasında pozitif hukukçu bir argüman için kullanılmıştır. Tragedyanın yazıldığı çağda insanların belli bir ritüelle gömülmesi örf adetin bir parçasıdır. Kral Kreon'un yeğeni olan Antigone, söz konusu geleneğin tanrılar tarafından konmuş ezeli yasalar olduğunu savunmakta ve kralın iradesiyle bile olsa bunların ihlal edilemeyeceğini ileri sürmekte, bu yüzden kardeşinin cesedinin savaş meydanına bırakılmasına karşı çıkmakta ve düşman da olsa uygun bir ritüelle gömülmesini talep etmektedir. Kral Kreon ise devletin idaresinde karar mercii kral olmamasının kaossa yol açacağını ve kralın, vatandaşlarını emniyet içinde bir ülkede yaşatmak için gereken her kararı alabileceğini savunmakta ve bunun için gemi-devlet benzetmesine başvurmaktadır.

---

7 Sophokles, *Antigone*, Çev. Johnston I.C., Richer Resources Publications, Arlington, 2007, s. 13.

8 Sophokles, a.g.e., s. 13.

9 Çeviri, eserin İngilizce çevirisi üzerinden Türkçeye yazar tarafından yapılmıştır.

2.2. Platon'un, İdaresini Gemidekilere Bırakmadığı Devlet Gemisi

Devlet adlı kitabında Platon, diyalektik gereği Sokrates'in ağzından konuşmakta ve Sokrates'in karşısındaki Adeimantos karakterini doğrudan demokrasinin iyi bir yönetim şekli olmadığına ikna edebilmek için gemi-devlet alegorisini kullanmaktadır. Bunun için şöyle bir kurguya başvurmaktadır: Bir gemi sahibi vardır. Bu kişinin gücü, kuvveti yerindedir ama görme, işitme sorunları ve deneyimsizliği nedeniyle gemiyi idare edebilecek durumda değildir. Gemide çalışan gemi adamları gemiyi idare etmeye talip olur ama aslında onlar da gemi idaresini bilmemektedir fakat bunu umursamamaktadırlar da. Üstelik geminin sahibi gemiyi hiçbirine teslim etmezken ona hak veren ve gemi sahibine karşı komplo kurmayan gemi adamlarına bilenirler. Geminin idaresini geminin sahibinin elinden almak için entrikalar çevirenleri de yüceltirler ama gemiyi ele geçirenler de nasıl gemi idare edeceğini bilmediği için sürekli bir karmaşa yaşanır. Bu karmaşa sırasında gemiyi idare etmeye talip olanların aklından gemidekiler üzerinde hakimiyet kurmak için pek çok plan gelse de hiçbirinin aklına gemiyi iyi idare etmek için hava durumundan, yıldızlardan, rüzgarlardan anlaması gerektiğini getirmemektedir... Platon'a göre gerçek filozoflar bu gemi sahibi gibi, geminin/devletin gerçekten iyiliğini düşünüp onun idaresini ehil ellere vermek isteyen kişidir. Doğrudan demokrasi sayesinde devlet idaresinde söz hakkı sahibi olacak, gündelik işleri yürütecek olan halk ise örnekteki gemi adamları gibi devleti iyi idare etmek için yöneticilerde bulunması gereken vasıfları umursamadan kendisinin en çok söz sahibi olmasını sağlayacak her kimse ondan yana duracaktır.[10]

Bu benzetmeyle Platon, devlet idaresinin tamamen doğrudan demokrasiye teslim edilmemesini ama sırf otorite kurulsun diye körü körüne bir kişiye (monarşiye) de bağlanmaması gerektiğini; devleti bir kral yönetecekse bile bunun nasıl bir kral olacağına, ne gibi niteliklere sahip olması gerektiğine filozofların karar vermesi gerektiğini savunmaktadır. Bu kurgu, senatoya benzer nitelikte bir tür akademik oligarşiye benzetilebilir.

10 Platon, *Devlet*, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, Mehmet Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 39. Bası, İstanbul, 2019, s. 198-199.

2.3. Cicero'nun Kaptanlığında Fırtına Atlatmış Roma Devleti Gemisi

De Re Publica, Cicero'nun, Platon'un Devlet'ine izafeten yazdığı ve Latince kaleme almış olduğu bu eserin Türkçesini "Devlet Üzerine" şeklinde yorumlamak mümkün olduğu gibi "Cumhuriyet Üzerine" şeklinde yorumlamak da mümkündür.] adlı eserinde[11] Cicero, geminin dümenine geçmeyi, devletin başında bulunan kişilerin inisiyatif kullanmasına benzetmiştir. Kendisi Roma'da en yüksek magistra'lık olan Consul makamındayken Catilina adlı bir senatus üyesinin halkçı/popülist motivasyonlarla topladığı ordunun senatus idaresini devirmesini bizzat engellemiştir. Söz konusu darbe girişimini haber alan Cicero derhal senatus'ta sert bir konuşma yapıp Catilina'yı şehir dışına çıkmak durumunda bırakmış, Catilina'nın bir ordu toplamış olduğu ortaya çıkınca da derhal senatus ordusuyla bu girişimin bastırılmasını, Roma'nın işgalden kurtarılmasını sağlamıştır. Cicero bu başarısının arkasında *equites*[12] sınıfından doğmuş ve doğduğundan beri kendini devlet görevine gelmeye hazırlamış biri olarak inisiyatif kullanabilmiş olmasına bağlamaktadır. Cicero'ya göre kendisi gibi arkaplanı olmayan biri bu kalkışmayı bastırmakta başarısız olacağı gibi kendisi de Consul değil daha aşağı bir konumda bulunsaydı bu kalkışmayı bastırmaya onun da gücü yetmeyecekti. Cicero bu deneyimine dayanarak geminin dümeninde fırtınalı zamanlar için deneyimli bir dümenci bulunması gerektiğini söyler. Eleştirdiği politikacıları ise deniz durgunken dümene geçmeye talip olmayan ama en fırtınalı zamanda dümene geçmesi gerektiğini iddia eden, üstelik dümene geçmesinin gerekçesi olarak dümencilikteki deneyimsizliğini ileri süren gemi adamlarına benzetir. Yaptığı bu benzetmeyle kast ettiği aslında şudur: Devlet işlerinde hiçbir problem yokken *consul*'luk gibi makamlarda hiç gözü olmayan birtakım senator'lar devlet zor günler geçirdiğinde bu göreve talip olmakta ve olağanüstü icraatlarla problemleri çözebileceklerini iddia etmektedirler. Sahip olacakları yetkiyi kötüye kullanmayacaklarının teminatı olarak da daha önce yöneticiliğe hiç talip olmamış temiz geçmişlerini göstermekte-

11 Marcus Tullius Cicero, *The Republic of Cicero*, G. & C. Carvill, New York, 1829, s. 39.

12 Roma cumhuriyet döneminde asil olmayan ve varlıklı olması sayesinde bazı siyasi haklara sahip olan bir toplumsal sınıf.

dirler. Cicero bu tip muhalefetin tutarsızlığını belirginleştirebilmek için gemi-devlet alegorisini kullanarak hava sütlimanken dümeni deneyimli dümenciye bırakan ama fırtına gelirken hiç dümencilik deneyimi olmadığı halde hatta bunu kendi lehine argüman olarak kullanarak dümenciliğe talip olması örneğini vermiştir.

Daha geniş bir bakış açısıyla Cicero, devletin dümeninde sadece deneyimli devlet adamı olmasını değil ömrünü bu deneyime adamış olan kişilerin bulunması gerektiğini savunmaktadır.

Aynı kitabın devamında[13] Cicero bir geminin dümenine geçecek kişiyi yolcular arasından kurayla seçmenin gemiyi batıracağını belirtmektedir. Kitabın söz konusu bölümünün öncesi kayıp olsa da muhtemelen burada Cicero, Platon'un yukarıda anlatılan alegorisine benzer bir biçimde önemli makamlara gelecek kişilerin yolcular arasından yani devlet idaresinde deneyimsiz siviller arasından seçilmesinin yanlışlığını vurgulamakta; geminin dümenini idare etmenin yani devletin en üst makamında bulunmanın şansa bırakılamayacak kadar ve herkesin aday olamayacağı kadar kritik bir görev olduğunu savunmaktadır.

Cicero devlet idaresiyle ilgili konuşmalarında sadece gemi değil daha pek çok denizcilik kavramını kullanarak eğretileme yapmıştır.[14] Bunlar arasında bir diğer belirgin örnek devlete rehberlik eden kişiyi ifade etmek için kullandığı gubernator kavramıdır.[15] Aslında *gubernator* adı verilen kişiler yıldızlardan çok iyi anlayan ve gökteki yıldızlara, özellikle kutup yıldızına bakarak kuzeyi bulup geminin varacağı limana göre hangi istikamete yönelmesi gerektiğini tespit eden kişidir. Bu benzetmeyle Cicero, tam yetkiyle donatılmış olmasa da devlet idarecilerine tavsiyeleriyle yol gösterecek üst düzey bir makamın senatus ve magistra'lar tarafından yönetilen Roma devletinde tamamlayıcı bir işlev göreceğini ileri sürmektedir.

13 Cicero, a.g.e., s. 63.

14 Çağatay Aşkit, "Cicero'nun Eserlerinde Denizcilik Kaynaklı Eğretilemeler", *Folklor/Edebiyat 22 (86)*, 2016, s. 203-204.

15 Aşkit, a.g.e., s. 213.

2.4. Thomas Hobbes'un Dümenden Ayrılamayan Kaptan Kralı

Leviathan adlı eserinde Thomas Hobbes bir kralın eğer bilime yeterince vakıf ise üniversitede bizzat ders verebileceğini, isterse ekonomik işlerle bizzat ilgilenebileceğini ve isterse mahkemelerdeki tüm davalara bizzat bakabileceğini belirttikten sonra kralın isterse bu işlere bakması için başkalarını kendine vekaleten görevlendirebileceğini ama öyle yapsa bile yine de dümende her zaman kralın kalması gerektiğini ifade eder.[16]

Thomas Hobbes'ın sosyal sözleşme anlayışına göre insanların bir uyum, bir düzen içinde yaşamaları için onları birbirlerine karşı yanlış davranmaktan caydıracak bir devlet olması şarttır ve devletin varlığının en büyük katkısı bir otorite olarak var olmasıdır. Bu gemi örneğinde de devletin hizmet faaliyet göstermek için farklı şekillerde organize olabileceğini ancak her halükârda, söz konusu faaliyetleri doğrudan da yürütse vekilleri aracılığıyla da yürütse devletin başında bir kişi olmalıdır ki devlet otoritesi onun kişiliğinde tezahür etsin. Dolayısıyla Thomas Hobbes'un söz konusu devlet-gemi benzetmesiyle devlet organizasyonunda hiyerarşik bir yapının kaçınılmaz olduğunu tespit ettiği düşünülebilir.

2.5. John Locke'un Cezayir'e Giden Tiranlık Gemisi

Two Treaties on Government adlı eserinde John Locke, sosyal sözleşmeden doğan direnme hakkını anlatmak için Cezayir'e giden gemi örneğini vermiştir.[17] John Locke'un yaşadığı yıllarda Cezayir, İngiliz gemilerinin Akdeniz korsanlarına yakalandıktan sonra çekildiği ve mürettebatının köle olarak satıldığı bir limandı.[18] John Locke'un eserindeki kurguda (İngiliz) bir gemi sürekli Cezayir'e doğru seyrediyorsa, arada bir rüzgârın ters esmesi, gemiye su sızması, erzak ya da personel ihtiyacı gibi sebeplerden dolayı geçici olarak güzergahın değiştirilmesi halleri dışında geminin izlediği genel rota

16 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Barnes & Noble Books, New York, 2004, s. 428.

17 John Locke, *Two Treaties On Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, s. 255.

18 Robert Mantran, "XVII. Yüzyılın İkinci Yarısında Doğu Akdeniz'de Ticaret, Deniz Korsanlığı Ve Gemiler Kafileleri", *Belleten 52.203*, 1988, s. 688.

hep Cezayir'e doğru ise o zaman o gemideki gemi adamlarının köle olmamak için isyan etme hakkı doğmaktadır. Gemi söz konusu limana vardıktan sonra direnmenin bir anlamı kalmaz. Tıpkı köle olmak istemeyen gemi adamlarının gemi rotasına bakarak kaptanın hedefini anlayacak kadar basiretli olması gerektiği gibi sosyal sözleşmeyle bir devlet çatısı altında yaşayan insanlar da illaki köle olduktan, zincirlendikten sonra değil ülkenin kötüye gidişini net bir şekilde görünce direnme hakkını kullanacak kadar basiretli olmalıdır. Aksi takdirde sosyal sözleşmeden umulan faydaya ulaşmak yerine bir tiranlığın altında ezilen bir halk haline gelirler.

John Locke'un sosyal sözleşme teorisine göre devlet, insanların devlet yokken dahi, insanların doğal yaşam halinde sahip oldukları asgari hakları yani yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkını ve bunlardan fazlasını verebiliyorsa meşru bir devlettir. Eğer bir devlet kendisine bağlı olan insanların doğal haklarını bile vermiyorsa o devlet meşruluğunu yitirmiş demektir ve öyle bir devletin var olmaması var olmasından daha iyidir. Bu da halka, ilgili toplum sözleşmesinden doğan direnme hakkını tanır.

Yukarıda aktarılan gemi benzetmesi toplum sözleşmesi çerçevesinde halk ile devlet arasında kurulmuş olan birliği ifade eder. John Locke'un bu benzetmeyi yapmaktaki amacı, sosyal sözleşmeden doğan direnme hakkını kullanmak için doğal hakların ortadan kalkmasını beklememek gerektiğini hatırlatmaktır. Eğer devletin izlediği politikaların götüreceği yerin, doğal hakların ortadan kalkmış olduğu bir nokta olduğu belliyle halk bunu önceden görüp söz konusu hakkını kullanacak kadar basiretli olmalıdır çünkü aksi takdirde halka tahakküm eden devlet bu doğal hakları tanımaktan vazgeçtiğinde halkın direnme hakkını kullanma gücü de ortadan kalkacak ve sosyal sözleşmeden doğan hakkını kullanamaz hale gelecektir.

2.6. Thomas Jefferson'ın Federalist Devlet Gemisi

Amerika Birleşik Devletleri'nin kurucu babalarından Thomas Jefferson, bağımsızlık kazanıldıktan sonra konfederasyonu oluşturan bazı konfedere devletlerin özerklik/merkeziyetsizlik yönündeki kuvvetli taleplerde bulunduğu Missouri Uzlaşması öncesindeki yıl-

larda kaleme aldığı bir yazıda gemiyi kurtarmak için tüm gücüyle çabalamadan gemiyi gözden çıkarmayacağını ve ilk badireyi atlatan geminin bu badireyi de atlatabileceğini ifade etmektedir.[19]

Thomas Jefferson'ın gemiden kast ettiği yeni kurulmakta olan Amerika Birleşik Devletleri'dir. Geminin atlattığı ilk badire ise Büyük Britanya'ya karşı verilen bağımsızlık savaşını kazandıktan sonra kurucu konfedere devletleri ortak bir konfederatif anayasa üzerinde uzlaştırma mücadelesidir. Thomas Jefferson'ın yazısının sonrasında geçici olarak çözülecek olan (ama uzun vadede Amerikan İç Savaşı'na götüren sebeplerden birini teşkil edecek olan) Missouri uzlaşmazlığı ise söz konusu geminin maruz kaldığı ikinci fırtınadır. Olayda Missouri konfederasyona konfedere devletlerden biri olarak katılmayı istemekte ancak kendi topraklarında köleliğin yasallığını konfederal anayasasında hüküm altına almak istemektedir. Oysa Amerika Birleşik Devletleri'nin kurucu babaları kurucu devletleri özgürlükçü temel ilkeler etrafında, mümkünse federal düzeydeki bağlarla bir araya getirmek istemektedirler,[20] ki Amerikan İç Savaşı kuzey tarafınca kazanıldıktan sonra o hedefe ulaşılmış olacaktır.

Bu benzetmede sadece bir devlet gemiye benzetilmekle kalmamış o devletin kuruluşundaki siyasal ideal de geminin kendisi kadar önemsenmiştir çünkü Thomas Jefferson'ın bahsettiği konuda uzlaşmaya varılmazsa Amerika Birleşik Devletleri çökecek değildir ama kurucularının hayal ettiği gibi iki okyanus arasındaki toprakların tamamına yakınına egemen, müstahkem bir federal cumhuriyet kurma idealinden uzaklaşılacaktır.

2.7. Mustafa Kemal Paşa'nın Cumhuriyet Gemisi

1919 yılında İstanbul işgal edilmiş ve devlet birinci dünya savaşının galibi olan devletlerin tahakkümüne girmişti.[21] Bu tahak-

19 Henry Augustine Washington, *The Writings of Thomas Jefferson: Volume VII*, Outlook Verlag, 2018, s. 331.

20 Joshua Michael Zeitz, "The Missouri Compromise Reconsidered: Antislavery Rhetoric And The Emergence Of The Free Labor Synthesis", *Journal of the Early Republic 20.3*, 2000, s. 448.

21 Gürkan Fırat Saylan, "İstanbul'un Resmen İşgali (16 Mart 1920)", *Öneri Dergisi 11.41*, 2014, s. 36-37.

küm altında devletin sona etmesi söz konusu için ülke genelinde bir seçim yapılması, Ankara'da bir meclis toplanması ve milletin iradesini temsil eden bu meclisin milletin kaderini tayin etmesi kararlaştırılmıştı.[22] Birinci dünya savaşı o zamana kadar dünya üzerinde görülmüş en büyük ve en yıkıcı savaştı.[23] Bu savaşın sonunda devletin düştüğü hal bir tufana benzetilerek, Ankara'da yeni bir meclis toplanması ve bu meclisin bağımsızlık mücadelesine girişecek olması, her yeri basıp yutan bu tufandan kurtulmaya dair bir umut ışığı olarak görülmüş olmalıdır ki 1919 yılında İstanbul'daki direnişi örgütleyen karakol cemiyeti ile ulusal bağımsızlık direnişi başlatacak olan Anadolu arasındaki şifreli telgraflarda söz konusu organizasyona önayak olan Mustafa Kemal Paşa'dan "Nuh (Bey)" şeklinde bahsedilmektedir.[24]

1919 yılının yazışmalarında atıf yapılan gemi gerçekten de kurtarılmış ve 1919'daki organizasyona uygun olarak 1923'te devlet idaresi İstanbul'da işgal altında kalmış monark/halife aileden alınarak cumhuriyet ilan edilmiştir.[25] Bu bağlamda devlet gemisi hem bağımsızlığı hem de halk egemenliğini temsil etmektedir çünkü mücadeleyi veren Türkiye Büyük Millet Meclisi hem ülkenin bağımsızlığını kazanan hem de ortadan kalkmış olan devlet otoritesini yeni baştan kuran kurum olmuştur. 1921'den 1960 yılında kadar anayasal rejimin meclis hükümeti sistemi olması da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yasama, yürütme, yargı dahil tüm yetkiyi kendi elinde topladığını, dolayısıyla otoriter bir merkezi cumhuriyet otoritesi olduğunu göstermektedir.

1961 anayasasından sonraki idareye "İkinci Cumhuriyet" adı da verilmektedir.[26] Zira askeri müdahaleyi yapanların idarenin başında kalması uzun sürmemiş, tekrar çok partili demokratik cum-

22 Tarık Zafer Tunaya, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 23.3-4*, 1958, s. 229.

23 Ali Servet Öncü, "Rethondes Mütarekesi", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi 74*, 2022, s. 428.

24 Kılınç, a.g.e., s. 261.

25 Hamza Eroğlu, "Türkiye Cumhuriyeti'nin İlânı", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 19.56*, 2003, s. 455.

26 İsmet Giritli, "Atatürk ve Cumhuriyet", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 19.56*, 2003, s. 465.

huriyete geri dönülmüştür. Bu seferki Meclis Hükümeti sistemiyle değil Parlamenter Sistem ile yani kuvvetler ayrılığı ile yönetilen bir sistem olmuştur. Bu dönüşüm cumhuriyetten verilmiş bir ödün sayılmaz; aksine cumhuriyetin demokratikleşmesi sayılarak olumlu telakki edilir.[27]

Benzer şekilde 12 Eylül 1980 tarihinde de bir askeri müdahaleyle yönetime el konmuştur ancak 1982'den itibaren idare kademeli olarak sivillere geri verilmiş ve parlamenter sistem muhafaza edilmiştir.[28] Bu anayasaya da Üçüncü Cumhuriyet Anayasası adı verilmiştir.[29] O tarihten sonra bir daha ülke idaresine askeri müdahaleyle el konamamış, anayasal değişiklikler sivil yönetimin referanduma başvurması suretiyle gerçekleştirilmiştir.

Devlet-Gemi benzetmesi üzerinden değerlendirmek gerekirse cumhuriyet gemisi yaşadığı bu yüz yıl zarfında iki kere, geçici olarak kaos atlatmış ama her seferinde idarenin kademeli de olsa sivillere geri bırakılması ve çok partili parlamenter sisteme ve 2016'dan sonra başkanlık sistemine geçilmesi suretiyle cumhuriyet niteliğini muhafaza etmiştir.

3. Devlet-Gemi Alegorisinin Altında Yatan Benzerlikler

3.1. Devletin de Geminin de Anarşiye Karşı Otoriteye İhtiyaç Duyması

Milattan önce bin yılında, ki bu çalışmada ele alınan eserlerin hepsinden çok daha eski bir tarihtir, Antik Mısırlıların 20'den çok mürettebattan oluşan gemiler yapıp kullanmış oldukları bilinmektedir.[30] Fenikelilerin ve Elenlerin Akdeniz'e hâkim oldukları çağda gelişerek devam eden denizcilik, gemilerde birden çok kişinin organize bir biçimde çalışmasını zorunlu kılmıştır. Homeros, İlyada destanında 120 savaşçı taşıyacak kadar büyük gemilerden bahset-

27 Bilal Tunç, "Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi", *Karadeniz Araştırmaları 17.67*, 2020, s. 678-679.

28 Mehmet Emin Akgül, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi 4*, 2010, s. 95.

29 Rıdvan Akın, *Gazi'den Günümüze Cumhurbaşkanlığı, 1923-2007*, Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2009, s. 204.

30 Cecil Torr, *Ancient Ships*. Cambridge University Press, Camridge, 2013, s. 3.

mektedir.[31] Geminin dümenini tutarak yönüne belirleyen kişiyle kürek çekenlerin, kürek çektirenlerin ya da yelken açıp kapatıp rüzgâra göre yelken döndürenlerin aynı kişi olması mümkün olamayacağı için gemilerde doğal bir iş bölümü ve eşgüdüm ihtiyacı doğmuştur. Bunun sonucunda ilk çağlardan günümüze kadar geçerli olduğu üzere gemiye yön veren kişinin aynı zamanda gemideki çalışanların amiri olması yani rotayı belirleyenin disipliner anlamda gemidekilerin de yönetici olması kuralı benimsenmiştir.

Devlet idaresi için de benzer şekilde idareciler arası bir hiyerarşi oluşmuştur ama bunların başına bir tek kişinin (monark) gelmesinin devlet için ideal yönetim olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Monark dışında devleti bir grup insanın yönettiği (oligarşi) ya da devletin doğrudan halk tarafından yönetildiği (demokrasi) de oluyordu. Gemi alegorisinden beslenen görüş daha çok monarşizm olsa da temsili demokrasinin ve cumhuriyetin yaygınlaşmasıyla birlikte kaptanın kararlar verirken en temel konularda önde gelen temsilcilere danışması ya da kararları onlarla birlikte alması gibi haller gemi alegorisinin temsili demokrasiler için de argüman olarak kullanılabilmesinin önünü açmıştır.

3.2. Devletin de Geminin de Uzun Vadeli İstikrara İhtiyaç Duyması

Gemiler suda rastgele seyreden taşıtlar değildirler. Limanda yola çıktıkları anda, varacakları hedefler bellidir. O yüzden gemi yolculuğunun ilk gününde dahi rota yolculuğun nihayete ereceği güne kadarki rotanın tamamı göz önüne alınarak çizilir. Geminin istikameti günlük kararlarla belirlenmez. İlk baştan belirlenmiş kararların gün be gün karşılaşılan gelişmeler de göz önüne alınarak son şeklini verilmiş hali uygulanır. Örneğin rüzgârsız bir rota izlenirken hedefe dümdüz gitmek yerine sonraki aşamalarda karşılaşılabilecek fırtınalar da hesap edilerek farklı bir rota izlemek mümkündür. Ya da gemide stoklanmış gıdalar her ihtiyaç duyulduğunda tüketilmesindense seferin bütünü gözetilerek seferin sonuna kadar dayanacak şekilde tüketilmesi bu uzun vadeli düşün-

31 Charles Clement Cotterill & Edward Delanoy Little, *Ships And Sailors, Ancient And Modern*, Seeley, Jackson and Halliday, Londra, 1868, 6-8.

me zorunluluğunun ilk akla gelebilecek yansımalarından biridir.

Gemiye benzer şekilde devlet idaresi de uzun vadeli programlama gerektirir. Devlet işlerine günlük bazda bakan alt birimler olsa da bir devletin izleyeceği ekonomi politikasından savaş politikasına kadar pek çok husus uzun vadeli planlarla oluşturulur ve günlük bazda yaşanan gelişmelere ayak uydurarak devam ettirmeye çalışılır. Bu bakımdan da gemi kaptanının seferin bütününden doğan sorumluluğu ve kararları günlük almayıp seferin bütününü gözetmek suretiyle alma sorumluluğu ile devleti yönetenlerin devleti yönettikleri sürenin bütününden sorumlu olması, devlet idaresine ilişkin kararları salt günlük gelişmelere göre değil daha geniş perspektiften almak zorundadır.

3.3. *Devletin de Geminin de Varması Gereken Bir Hedefi Olması*

Gemi yolculuğunun başarılı olup olmadığı nereden geçtiğiyle, nasıl geçtiğiyle, gemi üzerinde neler yaşandığıyla değil varması gereken limana varıp varmadığıyla ölçülür. Limandan ayrılmasıyla varış limanına varması arasında yapılan her şeyin amacı geminin varış limanına sağ salim ulaşmasıdır.

Bazı devletler sınırlarını genişletmeye odaklıdır. Emperyalizm çağındaki Avrupa ülkeleri buna örnek gösterilebilir. Bazı devletler bir dini inancı yaymaya odaklıdır. Teokratik devletler buna örnek gösterilebilir. Bazı devletler ise vatandaşlarını zenginleştirmeye odaklıdır. Bir ticaret şehri olan Venedik'i tarih boyunca yönetmiş olan tacir ailelerin birinci önceliğinin ticaret olması buna örnektir.[32] Liberalizm esasıyla yönetilen Amerika Birleşik Devletleri için de önceliğin toplam zenginlik olduğu söylenebilir. Farklı amaçlarla farklı devletleri örnek göstermek mümkündür. Bu bakımdan da gemiler devletlere benzetilebilir. Geminin hedefinde olan her bir limana uğraması, devletin gündeminde olan hususta ileri dönük bir başarı elde etmesine benzetilebilir.

---

32 Frederic Chapin Lane, Venice, *A Maritime Republic*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1973, s. 20.

3.4. *Devlette de Gemide de Mürettebat (Memur)-Yolcu (Sivil) Ayrımı Olması*

Gemilerde denizcilikten anlamayan ve geminin işlerine karışmaması beklenen yolcular olabileceği gibi her gemide denizcilikten anlayan ve geminin nasıl idare edilmesi gerektiğine dair fikri olan ve geminin işlerini yürüten mürettebat bulunur. Her ne kadar mürettebat yolcuların hizmetinde olsa da mürettebatın yolculara yönelik yükümlülükleri onların yolculuk sırasındaki talep ve isteklerini yerine getirmek değildir. Yolcuların gemiye binme sebepleri en baştan bellidir. Yukarıda anlatıldığı üzere belirlenmiş bir ya da daha çok hedef ve o hedefe, hedeflere ulaşmak için en baştan tayin edilmiş genel bir program vardır. Yolcuların gemi mürettebatından esas talep edebilecekleri ve mürettebatın yolculara karşı esasen borçlu olduğu husus bunların yerine getirilmesidir. Bunlar dışında yolculuk sırasında yolcuların talepleri belki kaptan tarafından değerlendirilir ama kaptan başta olmak üzere hiçbir mürettebatın yolcuların emrinde olduğu söylenemez.

Geleneksel devlet işleyişi de buna benzer. Devletin vatandaşları vardır ve vergi ödeyen, başka ödevlerini yerine getiren vatandaşların devletten beklentileri, devletin de onlara yönelik olarak en baştan belirlenmiş ödevleri olarak. Bu, yukarıda anlatıldığı üzere devletin üzerine kurulduğu ideolojiyle ilgili hedefler olabilir.[33] Vatandaşlarla devleti idare edenler arasındaki bu karşılıklı görev-yükümlülük ilişkisine rağmen devletin memurlarının doğrudan vatandaşın emrinde olduğu söylenemez. Memurlar kendi içlerindeki hiyerarşiyle kendi amirlerine bağlıdır ve memurların vatandaşın doğrudan yönelttiği talepleri yerine getirmesi devletin bürokratik yapısının demokratiklik derecesine bağlıdır; devlet vatandaşlardan gelen talepleri değerlendirir ve memurların vatandaş emirlerini yerine getirmesi devlet hiyerarşisinin bu talepleri değerlendirip kendi organizasyonuna buna uygun hareket etme emri verip vermemesine bağlıdır.

Bu bakımdan da gemilerle devletlerin sahip oldukları bu ikilik birbirine benzetilebilir. Her ikisinde de biri hiyerarşik olan,

33 Louis Althusser, "Ideology And Ideological State Apparatuses (Notes Towards An Investigation)", *The Anthropology Of The State: A Reader 9.1*, 2006, s. 86-87.

emir-komuta zinciri çerçevesinde işleyen, öbürü ise doğrudan kendi menfaatlerini kestirip o doğrultuda hareket eden ve bu noktada emir-komuta zincirinden ayrılan iki topluluk vardır. Bu iki topluluk arasındaki ilişki emir-komuta zincirinin bir parçası olmayanların, öbür yapıya, hiyerarşik organizasyona önceden belirlenmiş genel bir hedefe ulaştırma beklentisiyle bağlanmış olması ve hiyerarşik yapının bu beklenti dışındaki gündelik talepleri kendi takdiriyle değerlendirip işlerin nasıl yürütüleceğine son tahlilde kendi karar vermesi üzerine kuruludur.

3.5. *Devletin de Geminin de Maddi Değil Şekli Devamlılık Arz Etmesi*

Theseus'un Gemi Paradoksu,[34] gemi-devlet benzetmesinde unsurlardan birini aydınlatıcı niteliktedir. Bu paradoks bir varlığı var edenin onun maddesi mi yoksa şekli mi olduğunu sorgular. Bir gemi yapılıp tamamlanır. İşlemeye başlar. Zamanla yıpranır. Yıprandıkça geminin parçalar değiştirilir. Kalaslar değiştirilir, direkler değiştirilir, iskeleti değiştirilir, yelkenler değiştirilir derken bir noktada artık geminin ilk haline ait hiçbir şey kalmaz. Geminin ilk halini oluşturan maddi öğelerin hiçbiri artık gemide yoktur. Gemiyi oluşturan maddi öğelerin hepsi gemi yapıldığında gemi dışında olan nesnelerdir. Bu durumda Theseus'un gemisinin hala aynı gemi olduğu söylenebilir mi yoksa o artık başka bir gemi midir? Maddi açıdan bakınca yeni bir gemi olsa da şekli açıdan bakınca ilk geminin biçimi ve işlevi korunagelerek parçalar kademe kademe değiştiği için söz konusu geminin yenilenmiş olmakla birlikte aynı gemi olduğu söylenebilir.

Devlet algısında da benzer bir kurumsal yaklaşım vardır. Bir devletin kurucuları öldükten nesiller sonra bile o devletin kurucu ilkeleri yaşamaya devam edebilir. Devlette insanların gelip geçici olması ama devlet makamlarının kalıcı olması ve işleyişte süreklilik arz etmesi sayesindedir ki her insan/nesil değişiminde yeni bir devlet ortaya çıktığı iddia edilmemekte, aynı devletin yenilenerek varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir. İnsan unsuru bir yana bir devlet zaman içinde onun temel unsurlarından olan toprak unsu-

34 Theodore Scaltsas: "The Ship of Theseus", *Analysis 40.3*, 1980, s. 152.

runu bile değiştirse kendini aynı devlet olarak kabul etmeye devam edebilir. En bilinen örneği, Roma şehrinde kurulmuş olan devletin Konstantin'den sonra merkezini İstanbul'a alması ve Roma şehri devletin hakimiyet alanında çıktıktan yüz yıllar sonra bile kendini Roma devletinin devamı saymasıdır.

Theseus'un gemisi paradoksunda aşılmaya çalışılan devamlılık problemi ile devlet tüzel kişiliğinin soyut varlığının kendini kişilerde, eşyalarda değil süreklilikte göstermesi birbirine benzer yapısal özelliklerdir. O bakımdan, devleti, soyut anlamda devamlılık arz eden bir yapı olarak analiz edebilmek için söz konusu paradokstan da esinlenerek bir gemi benzetmesi yapılabilmesi mümkündür.

3.6. *Devletin de Geminin de Hem Doğaya Hem 'Ötekiler'e Karşı Var Olması*

Devlet idaresinde yegâne kaygı denizde sağ salim seyretmek değildir. Gemiler denizde başka gemilerle, korsanlarla karşılaşabildiği gibi rotasında olmayan yerlere sürüklenerek ya da karaya yakın seyrederken beklemediği biçimde insan kaynaklı dış etkilere maruz kalabilirler. Kısacası, geminin sefer sırasında verdiği mücadele doğayla verilen mücadeleden ibaret kalmayabilir. Gemi dışındaki beşerî etkiler de mücadelenin konusu olabilir.

Devlet idaresinde de her ne kadar şehir devletler öncelikle kültürle yani doğaya karşı insanların evler, surlar yaparak kendilerini tehlikeli doğal etkenlerden korumaları suretiyle ortaya çıkmışsa da bir şehir-devlet için ilk devlet örneği olan Sümerlerden beri büyük bir tehlike kaynağı başka devletler ya da insan grupları olmuştur.

Bu benzerlik gemi ile devlet arasında bir paralellik daha kurulmasını mümkün kılmaktadır: Kültür birikimiyle, teknik bilgisiyle doğaya karşı kazanımlar elde ederken muhtemel hasımlarına karşı da tedbir alıp kendini güvenceye alma ihtiyacı. Bir geminin idaresinde de bir devletin idaresinde de göz önüne alınması gereken ilişkiler idareci olanlarla olmayanlar arasındaki ilişki değil kendi benzerleriyle, hasımlarıyla kurulabilecek ilişkilerdir. Dolayısıyla hem gemide hem devlette gözetilecek en önemli hususlardan biri, bu tür ilişkiler için de tüm yukarıda sayılan misyonlarla ve ilkelerle bağdaşacak bir politikalar geliştirmek ve uygulamaktır.

4. Sonuç

Sophokles'in Kral Kreon karakteri devlet-gemi benzetmesini, kralın yasa koyma yetkisinin sınırsızlığı iddiasını temellendirmek için kullanmıştır. Platon'un yazdığı diyalogdaki Sokrates karakteri, devlet idaresine her talip olana söz hakkı verilmesinin devleti kaosa sürükleyeceğini savunarak devletin nasıl yönetilmesi gerektiği konusunda filozoflar gibi seçkin bir zümrenin yani anayasal anlamda bir tür oligarşinin söz sahibi olması gerektiği iddiasını temellendirmek için devlet-gemi benzetmesini kullanmıştır. Cicero devlet yönetiminde, sadece deneyimli devlet adamlarının hatta içine doğduğu sınıf itibarı ile devlet adamı olmak üzere yetiştirilmiş olanlardan çıkan deneyimli devlet adamlarının devletin başına geçtiği takdirde devleti, badireler atlatacak kadar iyi yönetebileceğini, dolayısıyla, anayasal açıdan doğuma dayalı sınıfsal bir oligarşinin ideal olduğu iddiasını temellendirmek için devlet-gemi benzetmesini kullanmıştır. Thomas Hobbes devlette iş bölümü yapılsa bile söz konusu iş bölümünün arkasında bir kişi bulunmasının devletin sosyal sözleşmeden doğan otorite ihtiyacını karşılayabilmesi için şart olduğunu, dolayısıyla, anayasal açıdan, mutlak olmasa da devletin zirvesinde duran bir erkler birliğinin gerekli olduğu iddiasını gerekçelendirmek için devlet-gemi benzetmesini kullanmıştır. John Locke sosyal sözleşmeden doğan direnme hakkının sınırlarını genişletmek için devlet-gemi benzetmesini kullanmıştır. Son olarak Thomas Jefferson ortak anayasal ilkelerde anlaşmış bir federatif yapıyı gevşek, adem-i merkeziyetçi bir konfederasyona tercih ettiğini ifade etmek için devlet-gemi benzetmesini kullanmıştır. Dolayısıyla John Locke'un benzetmesi dışındaki benzetmelerin tümünün devletin otoriterleşmesini savunmaya yönelik argüman üretebilmek için kullanıldığı söylenebilir. John Locke ise gemi benzetmesini, insanların otoriteye başkaldırma hakkının tehlike baş gösterdiğinde kullanılması gerektiğini anlatmak için bu alegoriye başvurmuştur.

Mustafa Kemal'in kaptanlığını yaptığı gemi ise Wilson prensiplerinden doğan, Türk milletinin kendi kaderini tayin etme hakkına dayalı bir cumhuriyet girişimidir (Kaymaz, 2007, 155-156). Gemi metaforuna konu olan devlet yapısı, 1920 yılında yapılan genel se-

çimle oluşacak bir yasama meclisinin kuvvetler birliği çerçevesinde hareket etmek üzerine kuruluydu. Söz konusu devlet yapısında her zaman çok partili demokrasi yürümemişse bile yüz yıllık sürecin tamamı boyunca meşru iktidar kaynağı her zaman halk olmuş, askeri müdahaleler dahi eylemlerini meşru zemine oturtmak için referanduma başvurmuşlardır. Yine bu yüz yıllık süreç boyunca devlet başkanı asla dini liderlik, örf-adet ya da kan bağı esasıyla tayin edilmemiştir. Devlet başkanları 2016'ya kadar parlamento tarafından, 2016'dan itibaren doğrudan halk tarafından seçilmiştir. İstisna olarak 1982 yılında görev başına gelen cumhurbaşkanı, 1982 Anayasası'nın onaylandığı referandum dolayısıyla yani bir bakıma halkın oyuyla atanmıştır (Soysal, 2023, 977).

Aristoteles, devleti açıklamak için başka insan örgütlenmeleriyle analoji yapmaktan kaçınılması gerektiğini çünkü devletin tamamen kendine özgü bir yapı olduğunu, bir devlet adamının konumunun ne bir aile babasınınkine ne bir köle sahibininkine ne bir gemi kaptanınkine tam olarak benzediğini ifade eder (Aristoteles, 2017, 1251). Gemi kavramının devlet kurumunu açıklamakta mükemmel bir örnek olmadığı doğrudur. Her geminin varacağı liman olsa da her devletin hedeflediği bir ideoloji olmayabilir. Her gemide zorunlu bir hiyerarşi olsa da her devlet katı bir otoriter rejimle yönetilmeyebilir. Gemi dümencisinin zor zamanlarda yaptığı manevralar önem arz edebilir ama devletler geçici koşullarda bunlardan kurtulacak olağanüstü yönetimlerle değil uzun vadeli, ileriye dönük istikrar planlarıyla gelişip kalkınabilir. Bununla birlikte, tüm örnekler göz önüne alındığında görülmektedir ki devlet kavramı ile gemi kavramının örtüştüğü yönler de vardır. Özellikle Cumhuriyet/respublika anlamında devletin kişilerden bağımsız kurumsallaşmış bir yapı olduğu göz önüne alındığında devlet ile gemi arasındaki en önemli paralelliğin Theseus'un gemisindeki gibi her ikisinin de maddi bir varlıkla sınırlı kalmayıp organizasyonel bir devamlılıkla var olduğu, örneklerin analizinden anlaşılmaktadır.

Theseus'un gemisi misali, Cumhuriyetin 100 yıllık yolculuğundaki halefiyet zincirine ve sürekliliğe bakarak şu söylenebilir: Gemideki süreklilik unsuru cumhuriyet tarihindeki iki askeri darbeyle devlet yönetimine el konduğu için kısmen aksamıştır. Bu müdaha-

leler hükümette yer alan kişilerin ve onların çalışma arkadaşlarının idari mevkilerini akamete uğratmıştır ancak mülki teşkilatın genel olarak bir dönüşüm geçirdiği söylenemez. Yönetimin sivillere devredilmesiyle seçimlerin yenilenmesinin arasının sadece 1-2 yıl olduğu düşünülürse devletin üç esaslı unsuru olan halk, toprak ve egemenlik unsurlarında süreklilik olduğu, dolayısıyla ilk seçimde yasama organı cumhuriyete uygun bir şekilde yenilenip hükümeti de aynı meşru esaslara dayanarak tayin ettiği için, cumhuriyet anlamındaki devlet gemisinde sürekliliğin esaslı bir kesintiye uğramadığı söylenebilir. Bir-iki yıl gibi, yüz yıllık bir süre için çok küçük sayılabilecek aralıklar sadece hükümetlerin indirilmesiyle ve en geç iki yıl içinde yenilenmesiyle sınırlı kalmış, cumhuriyetin diğer kurumları işlemeye devam etmiştir. Cumhuriyeti tüm kurumları yıkacak işgal, iç savaş gibi bir kaosla karşılaşmamıştır. Dolayısıyla 1961 anayasa için yapılan "İkinci Cumhuriyet", 1982 Anayasası için yapılan "Üçüncü Cumhuriyet" nitelemeleri isabetli değildir ve zaten hukuk literatüründe hemen hemen hiç karşılık bulmamıştır çünkü gemi, yenilenmeler geçirse de aynı gemidir, Cumhuriyet, minör değişikliklerle de olsa 100 yıldır aynı Cumhuriyettir.

KAYNAKÇA

- Akgül, Mehmet Emin: "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi 4,* 2010, s. 79-101.
- Akın, Rıdvan: *Gazi'den Günümüze Cumhurbaşkanlığı, 1923-2007*, Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2009.
- Althusser, Louis: "Ideology And Ideological State Apparatuses (Notes Towards An Investigation)", *The Anthropology Of The State: A Reader 9.1,* 2006, s. 86-98.
- Aristoteles: *Politics: A New Translation. C. D. C. Reeve*, Hackett Publishing Company, Incorporated, Indianapolis, 2017.
- Aşkit, Çağatay: "Cicero'nun Eserlerinde Denizcilik Kaynaklı Eğretilemeler", *Folklor/Edebiyat 22 (86),* 2016, s. 203-220.
- Cicero, Marcus Tullius. *The Republic of Cicero*, G. & C. Carvill, New York, 1829.
- Cotterill, Charles Clement & Little, Edward Delanoy: *Ships And Sailors, Ancient And Modern,* Seeley, Jackson and Halliday, Londra, 1868.
- Eroğlu, Hamza: Türkiye Cumhuriyeti'nin İlânı, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 19.56,* 2003, s. 435-456.

- Giritli, İsmet: Atatürk ve Cumhuriyet. *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 19.56*, 2003, s. 457-466.
- Hobbes, Thomas: *Leviathan*, Barnes & Noble Books, New York, 2004.
- Kaymaz, İhsan Şerif: Wilson Prensipleri ve Liberal Emperyalizm. *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 23(67-68-69)*, 2007, s. 145-174.
- Kılınç, Aslıhan: "Osmanlı İstihbaratı Karakol Cemiyeti'nde Kod Adi Kullanımına Örnekler: "Nuh/Mustafa Kemal Paşa, Musa/ Ali Fuat Cebesoy, İsa/ Miralay Şevket Bey, Cengiz/Kara Vasıf". *Tarih Araştırmaları Dergisi 40 / 70*, 2021, s. 252-275.
- Lane, Frederic Chapin: *Venice, A Maritime Republic.* Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1973.
- Locke, John: *Two Treaties On Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Mantran, Robert: "XVII. Yüzyılın İkinci Yarısında Doğu Akdeniz'de Ticaret, Deniz Korsanlığı Ve Gemiler Kafileleri", *Belleten 52.203,* 1988, s. 685-696.
- Martins, Antonio Rocha: "The Zoon Politikon", *Revista Portuguesa de Filosofia 75.Fasc. 3*, 2019, s. 1539-1574.
- Öncü, Ali Servet: Rethondes Mütarekesi. *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi 74*, 2022, s. 417-428.
- Platon: *Devlet*, Çev. S. Eyüboğlu, M. A. Cimcoz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 39. Bası, İstanbul, 2019.
- Saylan, Gürkan Fırat: "İstanbul'un Resmen İşgali (16 Mart 1920)", *Öneri Dergisi 11.41*,2014, s. 17-40.
- Scaltsas, Theodore: "The Ship of Theseus", *Analysis 40.3*, 1980, s.152-157.
- Seabright, Paul, Stieglitz, Jonathan & Straeten, Karine van der: "Evaluating Social Contract Theory in the Light of Evolutionary Social Science", *Evolutionary Human Sciences 3* e20, 2021, s. 1-22.
- Sophokles: *Antigone*, Çev. Johnston I.C., Richer Resources Publications, Arlington, 2007.
- Soysal, Murat: "7 Kasım 1982 Tarihli Anayasa Halkoylaması Üzerine Bir Değerlendirme: Plebisit Mi Referandum Mu?", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 22(45)*, 2023, s. 977-1005.
- Thompson, Norma: *The Ship of State: Statecraft and Politics from Ancient Greece to Democratic America*. Yale University Press, New Heaven, 2001.
- Torr, Cecil:: *Ancient Ships*. Cambridge University Press, Camridge, 2013.
- Tunaya, Tarık Zafer: "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 23.3-4*, 1958, s. 227-247.
- Tunç, Bilal: "Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi", *Karadeniz Araştırmaları 17.67*, 2020, s. 657-692.
- Washington, Henry Augustine: *The Writings of Thomas Jefferson: Volume VII*. Outlook Verlag, 2018.

• Zeitz, Joshua Michael: "The Missouri Compromise Reconsidered: Antislavery Rhetoric And The Emergence Of The Free Labor Synthesis", *Journal of the Early Republic 20.3*, 2000, s. 447-485.

REKABET KURULU KARARLARI IŞIĞINDA YENİDEN SATIŞ FİYATININ BELİRLENMESİ

Av. Nur BOZKURT[1]

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi uygulamasının rekabetçi ve rekabete aykırı etkilerini Türk, Amerikan ve Avrupa içtihatları ışığında incelemektir. Bu doğrultuda birinci bölümde yeniden satış fiyatının belirlenmesi tanıtılmış ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca tabi olduğu hükümler incelenmiştir. İkinci bölümde rekabetçi ve rekabeti kısıtlayan etkileri detaylı biçimde incelenmiştir ve bu etkilerin içtihatlarda nasıl yer aldığı gösterilmiştir. Üçüncü bölümdeyse bu kısıtlama per se ve rule of reason prensipleri kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yeniden satış fiyatının belirlenmesi, per se yasak, rule of reason, ekonomik etki, tüketici refahı.

Giriş

Hayatın olağan akışı içinde fabrikada çok cüzi meblağlara üretilen bir gıdanın çok çeşitli ticari ilişkiler sonucunda market raflarında çok farklı fiyatlarda yer bulması serbest ekonominin bir sonucudur. Milyonlarca insanı doyuran veya milyonlarca insanın en temel ihtiyaçlarından olan giyim ihtiyacını karşılayan üretici olarak nitelendirdiğimiz bir fabrikanın dünyanın her köşesinde mallarının satılmasını sağlayacak bir mekanizmaya aşina olması da hayatın olağan akışı içinde beklenemez. Zira, sermayesini ve altyapısını üretme odaklı kullanan üreticinin uzmanlığı da üretim üzerine olacaktır ve ürettiği malların dünyanın en popüler mekanlarından en ücra köşelerine kadar yayılması ancak ve ancak bu konuda uzman aracılar vasıtasıyla mümkün olabilecektir. İşte bu

1 İstanbul Barosu Üyesidir.

noktada, üreticinin yardımına farklı pazar seviyelerindeki dağıtıcılar gelir. Ürün, üreticiden çıkıp dağıtıcılar tarafından piyasaya yayıldıktan sonra, en son olarak tüketiciye yani bizlere ulaşır. Lakin ürünün tüketiciye ulaşma noktasında dağıtıcıların sunduğu fiyatlar uyuşmazlık konusu olabilir. Şöyle ki; ürünü üreticiden alan dağıtıcı, doğal olarak kâr elde etme ve rakiplerine karşı daha fazla kâr marjını elde etme dürtüsüne sahip olacaktır. Aynı ürünü pazarda dağıtan dağıtıcılar, diğer dağıtıcı rakiplerine karşı kâr marjını arttırabilmek amacıyla çok çeşitli taktikler sonucu çok farklı fiyatlara satabilirler. Kimi dağıtıcılar, ürünü pahalı satıp tüketiciye ayrıcalıklı ve prestijli hizmetler sunmayı amaçlarken kimi dağıtıcılar ise ürünü ucuz fiyatlara daha fazla adette ürün satmayı amaçlar. Böylece, üretici daha ucuza satan dağıtıcıların ürünün pazardaki konumuna zarar verebileceği veya çok daha farklı saiklerle fiyat kıran dağıtıcıyı kısıtlama yoluna gidebilir ve böylece yeniden satış fiyatının tespiti gündeme gelir.

1. Yeniden Satış Fiyatının Tespiti

1.1. Genel Hükümler

Amacı veya etkisi rekabeti kısıtlamaya yönelik hazırlanmış sözleşmeler ekonomik verimliliği artırma veya benzerleri gibi telafi edici etkilere haiz değilse hukuka aykırı olarak addedilir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar sözleşmenin tarafları bakımından incelenerek yatay ve dikey olmak üzere 2 grupta incelenir. Üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren ve rekabet eden firmalar arasında özellikle fiyat sabitleme veya pazar paylaşma gibi anlaşmalar genellikle yatay anlaşma olarak addedilir. Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ise dikey anlaşmalar olarak anılır. Yatay anlaşmaların, dikey anlaşmalara nazaran rekabete zarar verme ihtimali daha fazla olup yatay anlaşmalar çok daha ağır yaptırımlara tabidir.[2]

---

2 Richard Whish, David Bailey, Competition Law, 7th edition, 2012, s.3

* Satış fiyatının tavsiye edilmesi için Bkz: United States vs Colgate, 250 U.S. 300, 1919

İşte bu tasniflendirme kapsamında YSFB dikey anlaşmalar kategorisine girer. Bir dikey ilişkide üst basamakta yer alan sağlayıcının alt basamakta yer alan alıcının asgari veya sabit nitelikte olacak biçimde satış fiyatını belirlemesi veya dikte etmesi rekabeti kısıtlayıcı nitelikte görülüp yasaklanmıştır. Ancak sağlayıcının, alıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya alıcıya satış fiyatını tavsiye etmesi* pekâlâ mümkündür.[3] Üretim ve dağıtım zincirini bir piramit gibi ele alırsak ve yukarı kısımda fabrikalar ile büyük çaplı üreticiler yer alırken aşağı kısımda dağıtıcılar, distribütörler, perakendeciler mevcut olup, YSFB piramitte yukarıdan aşağı gerçekleşen bir durumdur.

1.2. Yerel Mevzuat

YSFB'nin yasal düzenlemesi 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") ve 2022/2 numaralı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nden almaktadır. RKHK'nın rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları yasakladığı madde 4 kapsamında "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" özellikle yasak ilan edilmiştir. 2002/2 numaralı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği madde 4 kapsamında Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar belirlenmiş olup a fıkrasında "Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi." muafiyetin dışında tutulmuş yani yasaklanmıştır. Hükmün devamında "Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür." denilmek suretiyle azami satış fiyatının belirlenmesi ve fiyat tavsiyesinde bulunulması istisna olarak sayılmıştır ve yasak kapsamından çıkarılmıştır.

Rekabet Kurulu nezdinde görülen uyuşmazlıklarda oldukça sık karşılaşılan husus tavsiye niteliğinin tespiti noktasında odaklan-

3 Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi:29.03.2018 Karar Sayısı: 18-09/179-RM(1)

maktadır. Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz kapsamında, "Alıcıya bildirilen azami veya tavsiye nitelikteki satış fiyatlarının asgari veya sabit fiyata dönüşmemesi için, söz konusu fiyatların azami veya tavsiye niteliğinde olduğunun yayınlanan fiyat listelerinde ya da ürünün üzerinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir."

YSFB doğrudan veya dolaylı yollarla dağıtıcılara dikte edilebilir. Şüphesiz ki, taraflar arasında akdedilen sözleşmede açıkça YSFB'ye ilişkin hüküm bulunması durumunda konu tartışmasız yaptırıma tabi tutulacaktır. Lakin, YSFB dolaylı yollarla da mümkündür. Alıcının kâr marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğinde ilan edilmiş bir fiyat seviyesinden alıcının yapabileceği indirimin en üst seviyesinin belirlenmesi, alıcının belli bir yeniden satış fiyatına bağlı kalmaması halinde uyarılması, cezai yaptırımlara muhatap olması, sözleşmesinin feshedilmesi, siparişlerinin geciktirilmesi ya da iptal edilmesi, yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik dolaylı yöntemlere verilebilecek örneklerdir. Yeniden satış fiyatının tespitini amaçlayan bu doğrudan ya da dolaylı yöntemler, yeniden satış fiyatına uymayan alıcının örneğin bir fiyat izleme mekanizması yardımıyla tespit edilebilmesini sağlayan önlemlerle birleştirildiğinde çok daha etkili olmaktadırlar.[4]

1.3. Avrupa Birliğinde Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

Avrupa Birliği mevzuatındaki düzenlemeler de aynı doğrultudadır. Şöyle ki; Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın ("ABİDA") 101. maddesi (Önceki düzenlemede yer alan Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma ("ATA") eski Madde 81) uyarınca rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen tüm teşebbüsler arası anlaşmalar yasaklanmış olup söz konusu hüküm kapsamında yatay ve dikey anlaşmaların tümü yasak kapsamına alındığından YSFB de işbu hüküm kapsamında yasak addedilmiştir. Türk Rekabet Kurulu'nda da AB içtihadı önemli kaynaklar arasında yer

4 Rekabet Kurulu'nun Setre Konfeksiyon Ltd. Şti. ile SETRMS mağazaları arasındaki K. 12-06/191-53 sayılı ve 09.02.2012 tarihli kararı; Rekabet Kurulu'nun Reckitt Benckiser Tem. Mal. San. Tic. A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiği iddiası görülen 13-36/468-204 sayılı ve 13.06.2013 tarihli kararı

aldığından işbu hüküm Türk rekabet hukuku açısından aydınlatıcı niteliği haizdir.

2. Yeniden Satış Fiyatının Tespitinin Etkileri

2.1. Doktrindeki Teoriler, Rekabet Üzerindeki Etkileri ve Tercih Edilme Nedenleri

Gerek Amerikan gerek AB rekabet hukukunda YSFB'ni de içine alan dikey kısıtlamaların rekabet üzerindeki etkileri hakkında 2 farklı teori vardır. Chicago Okuluna'na göre dikey kısıtlamaların rekabet üzerine olumlu etkileri bulunduğunu ve piyasaya en iyi şartları sağlamada bir araç olduğunu ileri sürse de Harvard Okulu'na göre dikey kısıtlamaların ekonomik olarak piyasa ve rekabet ortamı için negatif etkileri olduğunu savunmaktadır.[5]

YSFB uygulamasının rekabeti kısıtlayıcı etkileri üretim ve dağıtım kartellerini kolaylaştırması, fiyat artışlarına neden olması, monopol üreticiler için taahhüt problemi oluşturması, pazara yeni girişlerin önünde engel oluşturabilmesi, inframarjinal yani ürünle sunulan hizmetlere önem vermeyen tüketicileri refahını azaltması, bağlayıcı şekilde akdedilen YSFB anlaşmalarının piyasadaki rekabeti azaltabilmesi şeklinde sayılabilir.[6]

YSFB'nin rekabetçi etkileri ise bedavacılık problemini önlemesi, kaliteli ve prestijli mağazalar aracılığıyla yapılan satışlarla ürünün tüketicilerin zihnindeki kalite sertifikasyonuna dair izleniminin korunmaya devam etmesi, üreticiler ve perakendeciler arasında akdedilmiş sözleşmelerin uygulanabilirliğinin devam ettirilmesini sağlaması, dağıtımda verimliliği sağlaması, çifte fiyatlamayı önlemesi, tüketici talebinin bilinmediği durumlarda perakendecilerin alacakları ürün miktarı ile ilgili bir karar vermelerini sağlaması yani talep belirsizliğini ortadan kaldırması ve satış noktalarının sayılarının artmasını sağlaması olarak düşünülebilir.[7]

---

5 William E. Kovacic, Carl Shapiro; Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, Journal of Economic Perspectives, Cilt 14, Sayı 1, Kış 2000, s.57; Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:163, s.7

6 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.8-13

7 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.14-18

İşbu şekilde rekabeti kısıtlayıcı etkileri haiz olan YSFB'nin üreticiler tarafından neden tercih edildiği oldukça önem arz etmektedir. GTE Sylvania davasının ilamında belirtildiği üzere, ekonomistler tarafından tanımlanan rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar, üreticilerin birbirleriyle daha etkili şekilde rekabet etmesi için kullanılmakta olup çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Mahkeme Posner'dan yaptığı atıfla durumu şöyle özetlemiştir: Yeni üreticilerle pazara yeni giren üreticiler tüketici tarafından bilinmeyen ürünlerin dağıtımında genellikle gerekli olmasından ötürü yetkin ve agresif perakendecileri teşvik etmek amacıyla kısıtlamaları kullanabilir. Yerleşik üreticiler ise, ürünlerinin etkili pazarlama taktikleri ile pazara ulaşabilmesi için ürünlerin promosyon faaliyetleri, hizmet sağlanması, tamir imkanları sağlanması gibi konulara ağırlık vermeleri amacıyla kısıtlamalar kullanabilir. Zira, otomotiv ve büyük ev aletleri gibi konularda tamir oldukça önem arz etmektedir. Bu şekilde umuma sunulan hizmetlerin kalitesi ve hitap ettiği çoğunluk, üreticinin iyi niyetini ve ürününün rekabet gücünü etkiler. Bu hizmetler, bedavacılık gibi piyasadaki sorunlar nedeniyle, tam rekabetçi bir piyasada tüketiciye sunulamayabilir. Halbuki bu hizmetler tüm perakendeciler tarafından sunuluyor olsa idi tüm dağıtıcıların elde edeceği fayda daha fazla olacaktır.[8]

2.2. Yeniden Satış Fiyatının Tespitinin Rekabeti Kısıtlayıcı Etkileri

2.2.1. Üretim Karteli Oluşturma

YSFB, üretici düzeyinde oluşan kartelde yapılan hilelerin faydasını azaltabilir. Şöyle ki, dağıtıcılar arasındaki rekabet kızıştıkça, üreticilerden beklenen fiyat indirimleri artacaktır. Eğer yoğun rekabet ortamında, üreticiler fiyat indirimine gitmezse, bu durum anlaştıkları dağıtıcılarının başarısız olmasına ve nihayetinde de markanın başarısızlığına yol açacaktır. Dağıtıcılardan gelen bu denli baskın talep üzerine, piyasadaki üreticilerden bu isteğe talep verip fiyat kırma yoluna giden mutlaka olacaktır. Perakende düzeyindeki fiyatların kartel bünyesinde belirlenmiş sabit fiyattan ayrıldığını gören üreticilerin hepsi sabit fiyattan ayrılmak isteyebilir ve

8 Continental T.V. Inc. vs. GTE Sylvania Inc., 433 U.S., 1977, s.55

böylece üreticiler arasında kurulmuş olan üretici karteli bu şekilde çözülecektir. İşbu nedenle, dağıtıcıdan gelebilecek fiyat indirim taleplerini engellemek amacıyla, her bir üretici YSFB suretiyle bir kartel oluşturabilir ve böylece riski minimize edebilir. Bayilerden talep ettikleri fiyatı koordine eden üreticiler, aynı zamanda YSFB yoluna gittiklerinde de hile yapan bir üreticinin sağladığı herhangi bir fiyat indirimi, bayilerine daha düşük perakende fiyatları şeklinde tüketicilere aktarılamaz ve bu nedenle, hile yapan üreticinin toplam satışlarını önemli ölçüde artırma olasılığı düşüktür.[9]

2.2.2. Dağıtım Düzeyinde Kartel Oluşturma

Üreticiyle olan iyi ilişkilerinin sonucu olarak pazarlık kuvvetini haiz dağıtıcılar, rakip dağıtıcıları sindirmek ve ucuza satan dağıtıcıların marka içi rekabet sonucu kendisini geçeceğinden korkması nedeniyle YSFB uygulaması için üreticilerine baskı yapabilir. Böylece, perakendeciler arasında oluşturulan kartel ortak bir üretici tarafından kontrol edilip üretici bu noktada tüm dağıtıcıların kontrolünü ve gözlemlenmesini ele geçirir. Çünkü üreticiler her bir perakendeci ile iş yapmakta iken perakendeciler birbirinden haberdar olmamaktadır. YSFB politikası uygulanması durumunda perakendeciler arasında oluşturulan kartelden bir sapma gerçekleşirse gözlemci konumundaki kontrolü ele alan üretici bunu kolayca tespit edip mal arzını durdurarak dağıtıcıları cezalandırabilir.[10]

2.2.3. Fiyatları Arttırma

YSFB uygulamasının en önemli sonuçlarından biri de perakende düzeyinde fiyatların artmasına yol açar. Bu kapsamda YSFB'nin en ani etkisinin bütün veya belirli distribütörlerin satış fiyatlarında indirime gitmesinin önü kapatılır. Böylece YSFB'nin doğrudan etkisi olarak satış fiyatları yükselir. Esasen böyle bir doğrudan etki söz konusu olmasaydı bu konu uyuşmazlıklara konu olmazdı ve etkisiz nitelikte sayılıp yasaklanmasında hiçbir zarar doğmazdı.[11]

---

9 Thomas A. Lambert, Dr. Miles is Dead. Now What? Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance, William and Mary Law Review, Cilt 50, Sayı 6, Mayıs 2009, s.1946.

10 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.10.

11 Luc Peeperkorn, Resale Price Maintenance and It's Alleged Efficiences, European Competition Journal, Haziran 2008, s.207.

2.2.4. İnframarjinal Tüketicilere Zarar Vermesi ve Marjinal Tüketicilere Hitap Etmesi

Hal böyle iken doğrudan fiyat artışlarının tüketiciler nezdinde her zaman olumsuz bir anlam taşımayacağı kanaatinde olan görüşler de mevcuttur. Bu görüş doğrultusunda da artan fiyatlar mutlaka tüketicilerin olumsuz etkilendiği sonucuna götürmez, çünkü karşılığında sağlanan ürünlerin artan değeri tüketiciler tarafından fiyatla hizmet/kalite arasında gerçekleşen bir takasa konu olabileceği ve bazı tüketicilerin ürünlere işbu takas nedeniyle daha fazla ödemek isteyebileceklerini savunmaktadır.[12]

İnframarjinal tüketici, ürünle ve ürünün sunumunda verilen hizmetlere hiçbir suretle önem vermeden alışveriş yapan tüketiciler için kullanılmaktayken marjinal tüketiciler, YSFB sonucu ortaya çıkan hizmetlere önem veren ve aldığı hizmetlerin karşısında daha fazla ödemeye hazır bulunan tüketicidir.[13]

Leegin davasında davalı Leegin tarafı savunmaları kapsamında küçük perakendecilerin büyük perakendecilere nazaran müşterilere daha iyi hizmet verdiği ve tüketicilerin alışveriş deneyimlerinin daha etkileyici olabileceği savunmuştur. Leegin'in başkanı Kohl bu durumu şu ifadelerle dile getirmiştir: "*Tüketicilerin Sam's Club'da veya Wal-Mart'ta yaşadıklarından farklı bir deneyim yaşamalarını istiyoruz. Ve Wal-Mart gibi bir mağazadan bu tür bir deneyim, destek veya müşteri hizmeti alamazsınız.*"[14] Amerikan rekabet hukukuna yol veren işbu dava kapsamında sarf edilen bu sözler pek çok uyuşmazlıkta savunma olarak yer verilen yeniden satış fiyatının marjinal tüketicilere hitap ederek ürünle sunulan hizmetlerin önemini arttırdığı iddiasını gözler önüne sermektedir.

---

12 Andreas P. Reindl, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach, Fordham International Law Journal, Cilt 33, Sayı 4, Nisan 2010, s.1320.

13 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.13

14 Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc., 551 U.S., 2007, s.2.

2.2.5. Monopol Üreticinin Taahhüt Problemini Çözmesi

Monopol nitelikteki bir üretici, ürettiği ürünlerin dağıtımını tek bir distribütöre tanıdığı zaman, mümkün olabilecek maksimum düzeyde kâr elde edebilmek için bu anlaşmayla bağlı kalmak istemeyecektir ve daha düşük fiyatlardan başka distribütörlerle anlaşacak ve hem monopol karını hem de pazar payını arttıracaktır.[15] Monopol üretici, dağıtım yetkisi tanıdığı distribütörle arasındaki anlaşmayla herhangi bir suretle bir yaptırım mekanizması aracı olarak bağlı kalmadığı müddetçe, monopol üretici potansiyel pazar payını ve bu paydaki karını en yüksek düzeye ulaştıramayacaktır. İşte bu nedenle YSFB uygulaması, monopol nitelikte üreticiye monopol fiyata bağlı kalarak en yüksek karı elde etmesini sağlayabilir.[16] Monopol üretici bu yolu izleyerek dağıtım hakkı tanıyacağı yeni distribütörlerine YSFB politikası izleyerek yeni distribütörlerinin indirimli fiyattan satma taleplerinin önüne geçebilecektir.[17] Bu politika kapsamında en etkili çözüm yolu tavan fiyat uygulaması olacaktır. Zira taban fiyat uygulaması tavan fiyat uygulaması kadar taahhüt problemine çözüm sağlayamaz. Çünkü, taban fiyat belirlendiğinde "perakende fiyatı sabit veya taban olarak belirlenmişse, daha düşük bir toptan satış fiyatı daha düşük perakende fiyatlarına yol açamaz, bu nedenle tedarikçi ve bir perakendecinin toptan satış fiyatını rakip perakendecilerin zararına yeniden müzakere etme teşvikini ortadan kaldırabilir."[18] Bu durumu şu şekilde özetleyebiliriz: Bir üreticinin tüm distribütörleri belli bir taban fiyat üzerinde anlaşarak dağıtım faaliyetlerini ve perakende fiyatları-

15 Elif Cemre Hazıroğlu, Semih Gökatalay, Minimum Resale Price Maintenance in EU in the Aftermath of the US Leegin Decision, European Journal of Law and Economics, Cilt 42, Sayı 1, Ağustos 2016 s.50.

16 Matthew Bennett, Amelia Fletcher, Emanuele Giovannetti & David Stallibrass, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps towards a More Nuanced Policy, Fordham International Law Journal, Cilt 33, Sayı 4, Nisan 2010, s.1291.

17 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.12; Matthew Bennett, Amelia Fletcher, Emanuele Giovannetti & David Stallibrass, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps towards a More Nuanced Policy, s.1291.

18 Massimo Motta, Patrick Rey, Frank Verboven, Nikos Vettas, Hardcore Restrictions Under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View, 2009, s.2.

nı düzenlerse, işbu üreticinin rakibi olan diğer üreticiler ve onlara bağlı distribütörler pazardaki payları ve sektördeki hakimiyetlerinin konumu açısından daha düşük bir fiyat belirleyerek rekabet etmek isteyeceklerdir. Bu da bizlere göstermektedir ki, taban fiyat uygulaması sadece ülke geneli düzenlenmiş bir taban fiyat mevcut olduğunda verimlilik sağlayacaktır.[19] Halbuki taahhüt sorununun kendisi, alt pazardaki rakiplerin marjlarında serbest dolaşıma yönelik bedavacılık dürtüsünden kaynaklandığı için tavan fiyatlar taahhüt sorununa bir çözüm yolu sunabilmektedir.

2.2.6. Pazara Girişleri Engellemesi

Piyasada baskın konumdaki bir üreticinin YSFB uygulaması, pazara yeni girmeye çalışan yeni üreticilerin piyasaya girmesini engelleyebilir veya baskın konumda bulunmayan zayıf üreticilerin karını azaltabilir hatta batmasına neden olabilir. Şöyle ki; piyasada baskın konumdaki dominant üretici, dağıtıcılarına rakip üreticinin mallarını artık satmaması durumunda kendisine kâr marjı üzerinde teşvikler sağlayabilir.[20] Örneğin, daha önceden uygulamakta olduğu YSFB yoluyla kurduğu fiyat tablosunu değiştirebilir, ürün üzerinde indirim yapmasına izin verebilir. Böylece, piyasada baskın konumda yer alan üretici, dağıtıcılarıyla yapacağı anlaşmalar vasıtasıyla rakiplerini eleyebilir ve piyasadaki baskın konumunu koruyup güçlendirebilir.

2.2.7. Birbirine Bağlı YSFB Anlaşmaları Vasıtasıyla Sistem Rekabetinin Azaltılması

Pazarda bir üretici duopolü ve bunların mallarını satışa sunan perakendeci duopolü bulunurken, YSFB alt pazardaki fiyat indirimlerini önleyerek toptan fiyatların pazarlık aşamasında perakendecilerin teşviklerini azaltacaktır. Bu durum üst pazardaki rekabeti azaltırken yüksek fiyatların oluşmasına da yol açmaktadır.[21]

---

19 O'Brien, Daniel, and Greg Shaffer, "Vertical Control with Bilateral Contracts", Rand Journal of Economics, Cilt 23, Sayı 3, Sonbahar 1992, s.306.

20 Thomas A. Lambert, Dr. Miles is Dead. Now What? Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance, s.1949.

21 Matthew Bennett, Amelia Fletcher, Emanuele Giovannetti & David Stallibrass, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps towards a More Nuanced Policy, s.13

2.3. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesinin Rekabet Ortamı İçin Olumlu Etkileri

2.3.1. Markalar Arası Rekabeti Arttırırken Marka İçi Rekabeti Azaltması

Dikey anlaşmaların, yalnızca tedarikçi veya alıcı düzeyinde veya her iki düzeyde bir dereceye kadar pazar gücünün olduğu durumlarda rekabet endişelerini artırması muhtemeldir. Böyle bir ihtimal vuku bulduğunda markalar arası rekabet dediğimiz aynı cinsten ama diğer üreticilerin piyasaya sunduğu mallara yönelik rekabet kısıtlanmış olacaktır. Bunun sonucu olarak kâr marjını katlamak isteyen distribütör ve perakendeciler aralarında marka içi rekabet dediğimiz pazar gücüne sahip üreticinin mallarına yönelik rekabet oluşmasının garantilenmesini istemeleri pekâlâ muhtemeledir.[22]

Markalar arası ve marka içi rekabetin tanımı GTE Sylvania davasında yapılmıştır. Buna göre markalar arası rekabet aynı jenerikte mal üreten üreticiler arasında gerçekleşir ve rekabet hukukunun asıl konusunu oluşturmaktadır. Rekabet hukukunun asıl amacının markalar arası rekabeti korumak olduğu aynı şekilde Leegin davasında da dile getirilmiştir.[23] Markalar arası rekabetin eksikliğinin görüldüğü en uç nokta söz konusu alanda tek üreticinin olduğu monopoldür. Marka içi rekabet ise belirli bir üreticinin malına ilişkin toptancı veya perakendeciler olmak üzere dağıtımcılar arasında görülmektedir. Marka içi rekabetin derecesi, markalar arası rekabetin düzeyinden oldukça bağımsızdır. Bu nedenle monopol bir üreticinin mallarının söz konusu olduğu bir örnekte üretici monopol olduğundan marka içi oldukça güçlü bir rekabet söz konusu olabilirken oldukça rekabetçi bir ortamda yer alan şirketin ürettiği malların dağıtıcıları arasında hiç markalar arası rekabet gündeme bile gelmeyebilir. Markalar arası rekabet mevcut olduğunda tüketicilerin aynı ürünü farklı bir markayla ikame edebiliyor olmasından ötürü marka içi pazar gücünün kullanımı üzerinde önemli bir kontrol sağlar.[24]

---

22 Richard Whish, David Bailey, Competition Law, s.624.

23 Leegin, 551 U.S., 2007, s.10.

24 GTE Sylvania, 433 US, 1977, s.52.

Dikey kısıtlamalar üreticinin ürünlerinin dağıtımında belirli verimlilikler elde etmesine izin vererek markalar arası rekabeti teşvik edebilir. İşte bu düzeltici etkiler dikey kısıtlamaları sürdüren her kararda zımni olarak kendine yer bulur.[25] Leegin davasında mahkeme rekabet hukukunun amacının markalar arası rekabetin korunması olduğunu belirterek bunun nasıl gerçekleştiğini şu ifadelerle belirtmiştir:

"Tek üreticinin dikey fiyat kısıtlamaları kullanması, marka içi fiyat rekabetini ortadan kaldırma eğilimindedir; bu da perakendecileri rakip üreticilere karşı üreticinin konumuna yardımcı olan somut veya maddi olmayan hizmetler veya tanıtım çabalarına yatırım yapmaya teşvik eder. RPM ayrıca tüketicilere daha fazla seçenek sunma potansiyeline sahiptir. Böylece tüketiciler fiyat tespiti ile düşük fiyat-düşük hizmet markaları, yüksek fiyat-yüksek hizmet markaları ve arada kalan markalar arasında seçim yapabileceği daha fazla seçeneğe sahip olacaklardır"[26]

YSFB ile markalar arası ve marka içi rekabete ilişkin etkisinin tüketiciye zarar verdiği düşünülebilir. Bu bakış açısında üretici, dağıtıcıların tüm ürünlerini belirli fiyattan satması veya ürün yanında imaj ve prestij katan hizmetlerin sağlanması yönünde dağıtıcılarını baskı altına alır. Bunun sonucunda tüketicinin seçme olanağı üretici tarafından kısıtlanmış olacaktır. Bu nedenle, rekabet hukuku YSFB'ni yasaklayabilir. Bu görüşün aksi ise YSFB marka içi rekabeti sınırlandırırken markalar arası rekabeti güçlendirebilir.[27]

Leegin[28] ve Khan[29] kararlarında yer verilen rekabet hukuku kapsamında markalar arası rekabetin korunması ve teşvikinin önemli olduğu beyanı eleştirilere konu olmuştur. Zira Luc Peeperkorn'a göre YSFB marka için rekabeti yok ederek dağıtım seviyesinde dağıtıcılar arasında bir kartel oluşumuna neden olabilir. Dağıtıcılar arasında oluşan kartel oluşumu vasıtasıyla, güçlü veya iyi organize

25 GTE Sylvania, 433 US, 1977, s.54.

26 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.32

27 Richard Whish, David Bailey, Competition Law, s.20.

28 Leegin, 551 U.S., 2007, s.10.

29 State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 1997, s.15.

olmuş distribütörler üreticileri ikna ederek fiyatlarını sabitlemelerini isteyebilir ve böylelikle kartel dengesinin kurulması sağlanır. distribütörlerin bu şekilde kurmuş oldukları kartel fiyat rekabetini yok eder ve netice olarak tüketici için oldukça zararlı bir durum oluşturur.[30]

2.3.2. Bedavacılığı Önlemesi

Bedavacılık, aynı ürünü satan dağıtıcıların, farklı kalitede hizmetlerle farklı fiyatlara satmaları ve tüketici nezdinde farklı izlenimlere sahip olmalarından kaynaklanır. Örneğin; aynı ürünü satan iki perakendeciden biri özel tanıtımlar düzenleme, ücretsiz örnekler dağıtma, denem imkanları sağlama, prestijli sunumlar sağlama yollarıyla tüketicilere ürüne yönelik üst düzey hizmet verirken, diğer perakendeci aynı ürüne ilişkin hiçbir hizmet sağlamazken üstüne üstlük çok daha ucuza satabilir. İşte bu örnekte, tüketiciler ürünü hizmet sağlayan perakendeciden öğrenip, deneyimleyerek ucuza satan perakendeciden alabilir. Bu örnekte, perakendecilerden biri ürünün tüketiciye ulaşması ve toplum tarafından tanınmasında masraflara katlanıp türlü zahmetlere girişirken diğeri oluşturulan prestiji kullanıp karını katlamaktadır.[31]

Tüketicilerin hizmet sağlayan prestijli yerlerden almak yerine basit dükkanlardan ucuza satın almaları yani bedavacılık önlenemediği müddetçe, üreticilerin bayileri satış öncesi ve sonrası hizmetleri devam ettirmeleri yönünde ikna etmeleri zor olacaktır. Bu yüzden YSFB fiyat indirimlerinin önüne geçer ve bedavacılık sorununa bir çözüm olabilir. Çünkü bütün bayiler YSFB politikasıyla kararlaştırılmış fiyatın altında aynı fiyatla ücretlendirilecekler ve müşterilerin bir mağazada söz konusu ürünü test edip diğerinden almasının bir anlamı kalmayacaktır.[32]

Aynı ürünü satan perakendecilerin bir kısmının etkili pazarlama teknikleriyle hizmetler sunarken bir kısmının bu hizmetleri

30 Luc Peeperkorn, Resale Price Maintenance and It's Alleged Efficiences, s.206.

31 Lester G. Telser, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, The University of Chicago Press The Journal of Law & Economics, Cilt 3, Ekim 1960, s.89,90.

32 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.14.

önemsemeyip hiç sunmaması doğal olarak bedavacılık sorununu ortaya çıkaracak olup işte bu nedenle, bedavacılık problemi teorik olmaktan öte gerçek bir sorundur. Lakin hal böyle iken, bedavacılık sorununun ekonomiye nasıl yansıdığına ve pazarı nasıl etkilediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmamakla birlikte bedavacılığın YSFB ile anılması gereken bir ekonomik problem olduğu iddiasında bulunurken temkinli olmakta fayda vardır.[33] Üreticinin bedavacılık sorununu YSFB suretiyle çözmesi sorunun ekonomik etkileri kesin suretle kanıtlanmadığından yaygın bir durum değildir. Üretici YSFB uygulaması durumunda satışlarını pazarda daha cazip teklifler sunan rakip üreticilere kaptırma riskiyle karşılaşabilecektir.[34]

2.3.3. Kalite Sertifikası ve Ürün İmajının Markaya Etkisi

Tüketiciler tarafından ihtiyaç duyulan bir ürün, piyasada aktif faaliyet gösteren pek çok perakendecinin satışları ve pazarda kendini göstermesiyle alıcı bulacaktır. İşte bu aynı malı satan perakendecilerden bir kısmı ürünle sunulan hizmetlerin kalitesini arttırarak ürünün prestij kazanmasına ve tüketici bilinçaltında ürünün kaliteli olduğu imajının oluşturulmasına yardımcı olurlar. İşte bu suretle bünyesinde kaliteli ürün arz eden perakendecilerin üreticilere sunmak için tesis ettiği belgelere "Kalite Sertifikası" denmektedir. Bu politikayı takip eden perakendeciler raflarında belirli ürünleri stoklayarak söz konusu ürünün kalite ve uygunluğunun kendi itibarıyla uyumlu olduğunu kanıtlamaktadır.[35]

Tüketiciler, bir ürünün faydalarını sergi salonuna yatırım yapan, ürün sergilemeleri sunan veya ürün hakkında uzman niteliğindeki bilgi sahibi çalışanları istihdam eden bir perakendeciden öğrenebilir.[36]

---

33 Marina Lao, Leegin and Resale Price Maintenance A Model for Emulation or for Caution for the World, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Cilt 39, No.3/2008, s.256.

34 Elif Cemre Hazıroğlu, Semih Gökatalay, Minimum Resale Price Maintenance in EU in the Aftermath of the US Leegin Decision, s.9.

35 Howard P. Marvel, Stephen McCafferty, Resale Price Maintenance and Quality Certification, Rand Journal of Economics, Volume 15, No:3 Sonbahar 1984, s.348.

36 Leegin, 551 U.S., 2007 s.11.

Perakendecilerin temin ettiği kalite sertifikası kaliteyle sınırlı değildir. Örneğin, modaya uygun ve tarz bir kıyafet, yalnızca pratik ve rahat mahiyetteki bir kıyafete kıyasla daha fazla prim yapabilir. Üretici ürünlerinin, tarz ve moda konusunda önde gelen perakendecilerde pazarlanmasını tercih edecektir, çünkü tarz sertifikası ürünlerine olan talebi değiştirebilecektir. Bu kaynak harcamaları, yalnızca tüketicilerin üretilen stil bilgisine değer verdiği ölçüde değerlidir. Bir imalat firması, işbu tarz sertifikasyonundan yararlanmak için ürünlerinin önde gelen mağazalarda pazarlanmasını tercih edecektir, çünkü sadece stil sertifikasyonu, giyim ürünleri için talep çizelgesini değiştirecektir. Lakin, eğer ürün markalıysa ve tüketiciler standardizasyon göstergesi olarak marka etiketine güveniyorsa, o zaman söz konusu ürünün tüketiciyle buluştuğu dükkân tüketicinin tercihlerinde etki doğurmayacaktır, tüketici marka etiketine göre alışverişini yapar ve ürünü kendisine sunan mağazadan kayıtsız biçimde karar verir. Bu nedenle, ayrıcalıklı mağaza, giysiyi ilk etapta ayrıcalıklı olarak onaylayan alıcıların hizmetlerini karşılamak için yüksek bir fiyat talep edemeyecektir. Sorunun çözümü ya indirim yapan dağıtıcılara satış yapmayı reddetmek ya da tarz sertifikasyonunu taahhüt eden perakendeciye, YSFB yoluyla maliyetlerini karşılamaya yetecek bir kazanç garanti etmektir.[37]

Hal böyle iken bir kısım perakendeciler ise ürünü tüketicilere daha ucuz fiyattan satma düşüncesinde olabilirler. İşte bu şekilde düşük fiyattan daha çok ürün satma politikası güden perakendeciler ürünün kaliteli olduğu imajını sağlayan prestijli mağazalar tarafından sağlanmış olan algıyı kullanarak satış yapabilecekken, aynı ürünün daha düşük fiyata satılması karşısında prestijli mağazalar satış yapmakta güçlük çekecektir. İşte böyle bir durumda üretici, ürettiği malın dağıtım hakkını verdiği distribütörlerin bu şekilde rollere bürünmemesi adına yeniden satış fiyatını belirleyebilir ve prestijli mağazaların oluşturduğu kalite algısının, bu hususta hiçbir çaba sarf etmeyen mağazalarca gasp edilmesinin önüne geçebilir ve bu durum YSFB'nin rekabet açısından olumlu etkilerinden biri olduğu kabul edilir.

37 Marvel, McCafferty, Resale Price Maintenance and Quality Certification, s.348.

2.3.4. Sözleşme Uygulama Aracı Olarak Kullanılması

Üretici ile dağıtıcı arasında akdedilen bir sözleşmede, ürünlerin tüketiciye ulaştırılması sırasında sunulması istenen hizmetleri açıkça sözleşmeye yazması üretici açısından oldukça riskli olacaktır. Zira, ürünlerin tüketicilere ulaştırılması noktasında sunulması istenen hizmetler açıkça aralarındaki sözleşmeye yazılırsa ve bu konuda taraflar arasında sözleşmeye aykırılıktan doğacak bir uyuşmazlıkta üretici açısından oldukça sorun çıkarabilir.[38] İşbu nedenle, üretici, monopol karını dağıtıcılarıyla paylaşabilir. YSFB ve sunulmasını istediği hizmetleri belirttiği anlaşma, üreticinin monopol karını dağıtıcılarla paylaşması sonucu sürdürülebilir ve üretici için de YSFB politikasının yarattığı baskıya rağmen anlaşmayı sürdürme yönünde teşvik olur. Monopolden verilecek kâr payı ne kadar değerli olursa perakende piyasası o kadar rekabetçi olacaktır. Eğer perakendeciler tam rekabet halindeyse, herhangi bir rekabet üstü kar payı onlar için son derece cazip ve teşvik edici olacaktır.

YSFB ile dağıtıcı ürünü tüketicilere ulaştırmaktan doğan karını elde edecek, üstüne de monopolden gelecek kâr payıyla karını katlayacak ve YSFB'ne yönelik yaptığı anlaşma kapsamında ürünleri yüksek düzey hizmetlerle tüketiciye ulaştırmakla yükümlü olacaktır. Yani, YSFB, ürünleri yalnızca ürünü taşımaktan gelecek kazançları artırmakla kalmaz, aynı zamanda hizmet sunumundan kaytarmaktan kaynaklanan kısa vadeli kazançları da azaltır.[39]

Bu konu Leegin davasının ilamında marka içi rekabetle bağlantılı biçimde ele alınmıştır. Hükme göre, dağıtıcıya garanti bir kâr marjı teklif etmek, karşılığında da ürünlerin tüketiciye üreticinin dilediği şekilde ulaştırılmasının sağlanmasını talep etmek ve bu beklentilerinin karşılanmadığı durumda sözleşmeyi feshedebileceğine dair beyanda bulunmak üretici için oldukça karlı olacaktır. Şöyle ki, üretici bu politikayı izlediğinde perakendecinin performansını teşvik eder ve değerli hizmetler sağlamada kendi inisiya-

38 Benjamin Klein, Kevin M. Murphy, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, The Journal of Law & Economic., Ekim 1988, Cilt 31, No. 2, s.267,268.

39 Ittai Paldor, The Vertical Restraints Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non Price Vertical Restraints, The University of Toronto Law Journal, Yaz, 2008, Cilt 58, Sayı 3, s.343.

tifini ve deneyimini kullanmasına izin vererek pazardaki payını maksimize edebilir.[40]

2.3.5. Talep Belirsizliğine Karşı Etkisi

Tüketiciler tarafından ürüne karşı düşük talebin söz konusu olduğu dönemlerde üretici YSFB politikası izleyerek perakendecinin aşırı miktarda ürün almasının maliyetini karşılamayı ve yeterli miktarda kâr edeceğinin garantisini verir. Tüketiciler tarafından ürüne karşı yüksek talep olduğu dönemde ise üretici dağıtıcının yeterli miktarda stok yapmasını sağlayacaktır. Bu durumda ise tüketici talebinin bilinmediği durumlarda RPM uygulanması indirim mağazalarının ortaya çıkmasını önleyecek ve riskin üretici ve perakendeci arasında paylaşılmasını mümkün kılar.[41]

2.3.6. Dağıtım Kanallarında Verimliliği Sağlaması

Üretimde faal olarak yer alan üreticinin ürettiği malların dağıtılması noktasında, distribütörlük açısından yetkinliğe sahip olmaması nedeniyle, ürettiği malları kendisinin dağıtması, üçüncü kişilere distribütör hakkı vermesine kıyasla yeterince verimli olmayacaktır. İşbu nedenle, üreticiler, ürettiği malları dağıtıcılarla anlaşarak pazara ulaşmasını sağlamaktadır. Lakin uygulamada, distribütörlük alanında uzmanlaşmış dağıtıcılar ticari faaliyetlerini gerçekleştirirken birden fazla üreticinin mallarını pazara taşırlar. Bu durumda, üretici de doğal olarak mallarının dağıtımı sürecinde diğer üreticilerin ürünlerine kıyasla daha verimli biçimde tüketiciye ulaşmasını arzular. İşte böylece, üreticiler YSFB politikalarıyla, dağıtıcının kendi mallarını dağıtımında hedeflenen rakamlara ulaşılmasını temin edebilir.[42]

2.3.7. Çifte Fiyatlamayı Önlemesi

Çifte fiyatlandırmayı önleme mekanizması maksimum düzeyde YSFB noktasında söz konusu olur. Bu doğrultuda, YSFB uygulan-

40 Leegin, 551 U.S., 2007, s.12.

41 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.17

42 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.17.

madığı takdirde hem üst pazarda yer alan dağıtıcı hem de alt pazarda yer alan dağıtıcı fiyatları arttırabilir. Bu durum, fiyatların aşırı şişmesine neden olarak üreticinin satışlarının düşmesine neden olabilir. Fiyatları artırarak alt pazardaki dağıtıcı ve üst pazardaki dağıtıcı karını maksimum düzeye ulaştırırken alt pazardaki dağıtıcının fiyat yükseltmesi tüketicilerin ürünü almaktan vazgeçmesine neden olabilir. Her ne kadar fiyatların artışı üretici için karlı gibi gözükse de ürün satışlarının düşmesiyle de üreticinin karı azalacaktır. Bunu önlemek için üretici maksimum düzeyde yeniden satış fiyatını belirler ve karını maksimum düzeyde tutmaya çalışır. Maksimum düzeyde YSFB üreticiye perakende fiyatlarını düzenleme imkânı verirken çifte fiyatlandırmadan kaynaklanan kâr kaybının da önüne geçer.[43]

3. Per Se ve Rule of Reason Prensipleri

3.1. Anlamları

Per se diğer tabiriyle mutlak, kesin de diyebileceğimiz kurallar, belli şekil şartlarına bakılarak hukuka aykırılığının tespit edildiği kurallardır.[44] Per se yasaklar ile yasak addedilen davranışların sonuçlarına veya piyasadaki etkilerine bakılmaksızın söz konusu davranışın vuku bulması yasak addedilmesi için yeterli olup rule of reason prensiplerinin aksine davranışların yasak olarak belirlenmesi karine yoluyla tespit edilmektedir. Yani, söz konusu davranışlar karine olarak yasaklanmakta olup etkilerine yönelik herhangi bir inceleme yapılmamaktadır. Amerikan rekabet hukuku uygulamalarında per se prensibinin üzerinde ciddi ekonomik eleştiriler ilk kez 1911'de Dr. Miles davasında savunma olarak dile getirilse de 1960'lardan bu yana sürekli devam etti. Lakin buna rağmen Amerikan temyiz mahkemesi 2007 Leegin kararına kadar hiçbir suretle fiyata dair dikey kısıtlamalara özellikle de YSFB'ne ilişkin per se yaklaşımından vazgeçmedi.[45]

---

43 Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.18.

44 Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.124; Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.6

45 Herbert J. Hovenkamp, The Rule of Reason, Faculty Scholarship at Penn Law, 2018, Florida Law Review Cilt 70, s.94.

Davranışların karine olarak yasak veya hukuka uygun olarak nitelendiren per se prensibinin aksine rule of reason prensibi, hukuka aykırılıkların tespitinde uyuşmazlık konusu davranışların etkilerini detaylıca inceler ve olayın ekonomik incelemeler yaparak karar verir. Rule of reason prensibi Amerikan temyiz mahkemesi tarafından oluşturulmuştur.[46] Ortaya çıkışı ve doğumu 1911 yılında Standard Oil Co. vs United States davasında rekabet hukuku davalarında "haklı neden olmaksızın karar verilemeyeceği"[47] şeklinde belirtilmek üzere doğan rule of reason prensibinin en klasik tanımı Chicago Board of Trade vs United States davasının ilamında yapılmıştır:[48] Mahkeme, olağan incelemesinde, kısıtlamanın uygulandığı işe özgü gerçekleri, sınırlamanın getirilmesinden önceki ve sonraki durumu, gerçek veya muhtemel kapsamda kısıtlamanın doğası ve etkisini dikkate almalıdır. Var olduğuna inanılan kötülüğün tam kendisi olan kısıtlamanın tarihi geçmişi, belirli çareyi benimsemenin nedeni, ulaşılmak istenen amaç veya sonuç, kısıtlamayla ilgili gerçeklerdir."[49]

3.1.1. Leegin Davası

1911'de YSFB'ni yasaklayan per se kuralı 2007 yılında Leegin kararıyla rule of reason yerleşik konuma geçmiştir. Leegin kararıyla birlikte rule of reason ilkesi ve kısıtlamanın ekonomik etkilerinin incelenmesi tüm dünyada yaygın hale gelmiştir. Özellikle, AB'de yeniden satış fiyatının tespiti açık kısıtlama olarak kabul edilip per se yaklaşımı benimsenmekte iken 2010 Grup Muafiyeti Tüzüğü ile bu yaklaşımda bir yumuşama görülmeye başlanmıştır. Türkiye'de yeniden satış fiyatının tespiti AB rekabet hukuku esas alınarak per se bir yaklaşımla ele alınmakla birlikte rule of reason yaklaşımının kullanıldığı kararlar da bulunmaktadır.

Davalı Leegin deri mallar satışına odaklanmış bir şirkettir. 1991 yılında Brighton marka ürünlerin satışına başlamış ve Kay's Clo-

46 Phillip Areeda, The Rule of Reason A catechism on Competition, American Bar Association, Antitrust Law Journal, Cilt 55, Sayı 3/4, 1986, s.571.

47 The Standard Oil Company vs The United States, 221 U.S., 1911, s.98.

48 Arndt Christiansen, Wolfgang Kerber, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason", s.3.

49 Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S., 1918, s.238.

set, diğer adıyla PSKS Incorporation ile Brighton marka ürünlerin perakende satışları için anlaşmıştır.

Leegin ürünlerin küçük ve butik dükkanlarda daha iyi satış yaptığını ve tüketicilere bu yolla daha iyi hizmet verdiği iddiasındadır. Leegin Kay's Closet ile girdiği ticari ilişkiler kapsamında 1997 yılında YSFB'ye yönelik bir politika oluşturmuştur. Söz konusu uygulaması vasıtasıyla, perakendecilerinin müşterilerine satış stratejilerine uygun satış yapmalarını sağlayacak kâr marjları sağlayabilme amacını gütmüştür. Bir yıl aradan sonra pazarlama politikası geliştirmiş ve "Heart Store Program"ı hayata geçirmiştir. Heart Store programı kapsamında perakendecilere teşvikler verilmiş ve bunun karşılığında Leegin'in belirlediği fiyattan satış yapılması talep edilmiştir. Leegin çalışanının 1998'de Kay's Closet'a yaptığı bir teftişte mağazayı ilgi çekici bulmaması neticesinde Leegin, Kay's Closet'ı Heart Store olmaktan çıkarmıştır. Heart Store statüsünden çıkarılan Kay's Closet, karını arttırabilmek ve muadili şirketlerle rekabet edebilmek adına indirimli satışlar yapmaya başlamıştır. Aralık 2002'de Kay's Closet'ın %20 indirimli satışlar yaptığını fark eden Leegin Kay's Closet'tan indirimli satışlar yapmayı kesmesini talep etti. Söz konusu talebi reddedilen Leegin Kay's Closet'a satış yapmayı kesti. Brighton marka ürünlerin mağazasından eksilmesi üzerine Kay Closet kâr marjında oldukça büyük kayıplar yaşadı. Uyuşmazlığı yargıya taşıyan Kay's Closet ilk derece ve temyiz mahkemelerinde haklı bulundu ve Leegin para cezasına çarptırıldı.

Leegin'in kararı yüksek mahkemeye taşımasının akabinde seyir değişti ve Yüksek Mahkeme per se bakış açısını reddederek uyuşmazlığın rule of reason kapsamında çözümlenmesi gerektiği ve Leegin'in fiillerinin hukuka aykırı olmadığına hükmetti. Yüksek Mahkeme, YSFB'nin rekabetçi etkilerinden bedavacılık sorununu çözmesi, markalar arası rekabeti geliştirmesi ve pazara yeni girişlerin olması gibi etkiler yönünden inceleyerek per se yasakların ekonomik analizlerde yetersiz kaldığını belirtti. Per se yasakların stare decisis ile savunulmasının karşısında mahkeme, stare decisis ilkesinin per se yasakların reddedilmesi için hukuki bir engel oluşturmadığını savunmuştur. Ayrıca, per se yasakların YSFB'nin ekonomik etkilerinin incelenmeden daima hukuka aykırı olarak

nitelendirilmesine neden olduğunu ve bu bakış açısının doğru olmadığına hükmetmiştir. Zira, neredeyse 100 yıl önce getirilmiş bir yasağın 100 yıl sonra ekonomi üzerindeki etkileri analiz edilmeden ve içtihatın o yönde oluşmasından ötürü stare decisis ile biçimsel şekilde hep aynı yönde kararların verilmesi yani YSFB fiillerinin doğrudan hukuka aykırı addedilmesinin doğru olmadığına kanaat getirmiştir.

3.1.2. Tüketici Refahı Nedir

Rule of reason kapsamında hüküm verilebilmesi için tüketici menfaati kavramı oldukça önem taşımakta olup bu kavramın nasıl yorumlanacağı tartışmalı konumdadır. Profesör Bork'a göre tüketici menfaati "Rekabet hukukunun asıl amacı, tahsise dayalı verimi ("allocative efficiency") tüketicilerin refahında ya hiç kazanç sağlamayacak ya da safi zarar yaratacak derecede üretim verimliliğini ("productive efficiency") bozmadan geliştirmektir.[50] Yani bu kapsamda, rekabet hukuku tükticilerin ihtiyaçlarını giderirken aynı zamanda üreticilerin de verimli biçimde pazarda rol almasını amaçlar. Bunu gerçekleştirirken tüketicilerin bir şeye fahiş fiyatta ödeme yapmasıyla tamamen net zararda olması veya hiçbir verim veya kazanç elde etmeden onları temin etmesi gibi tüketicide büyük zararlara neden olmaması aranır. Borg bu tanımı geliştirerek tüketici refahının maksimum en düzeyde olmasını, teknolojik imkanların elverdiği ölçüde toplumun ekonomik kaynaklarının tahsis edilmesi kapsamında tüketicilerin ihtiyaçlarını karşılayabildiği zaman mümkün olabileceğini savunur.[51] İşbu görüşler ışığında tüketici menfaatinin tüketicilerin toplu biçimde bir sınıf olarak anılmasının akabinde söz konusu sınıfın almayı arzuladığı ürünlerin gerek fiyat gerek kalite yönlerinden ekonomik olarak menfaat elde etmesi olarak yorumlayabileceğimiz kanaatindeyiz. İşte rule of reason prensibi tüketici menfaati, ekonomik etkiler ve haklı sebepler varlığında per se yaklaşımında yasak olarak addedilebilecek bir vakayı meşru olarak kabul edebilmektedir.

50 Gregory J. Werden, Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters, Antitrust Law Journal, 2014, Volume 79, s.720.

51 Gregory J. Werden, Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters, s.720.

3.1.3. İçtihatlar Işığında Per se ve Rule of Reason Prensipleri

Amerika'da 1911 yılındaki Dr. Miles kararıyla per se prensibi benimsenmiş olup 2007 yılındaki Leegin kararıyla birlikte rule of reason prensibi dünyaca yaygın hale gelmiştir. 2007 yılı Leegin kararına gelene kadar içtihatlar per se yaklaşımını benimse de bu prensibin sertliğine karşı *stare decisis** ilkesinin aksine kararlar verildiği olmuştur.

Avrupa Birliği ülkelerinde rekabete aykırı unsurlar per se prensibi uyarınca alenen hukuka aykırı olarak nitelendirilirken 2010 yılında getirilen Grup Muafiyeti tüzüğü ile verilen kararlarda rule of reason analizleri görülebilmektedir. Türkiye Rekabet Kurumu kararlarında ise AB içtihatları örnek alındığından YSFB'ne ilişkin uyuşmazlıklar per se yasaklar kapsamında değerlendirilmekte olup Vira Kozmetik[52], Yatsan[53], UFO[54], KWS[55] kararları başta olmak üzere ve daha pek çok kararda verilen hükümler per se prensibinin karine olarak katı yasaklama tutumundan uzak biçimde rule of reason analizi çerçevesinde verilmiştir.[56]

Colgate, ürettiği malların dağıtılmasında yetki vereceği distribütörleri seçmeden evvel, sözleşmeye teklif icabında tavsiye satış fiyat listesi içeren mektuplar göndermiş olup belirlemiş olduğu sabit fiyatlarda işlem yapmayı reddeden distribütörlerle anlaşma yapmayacağını duyurmuştur. Mahkeme, YSFB noktasında şirketle distribütörler arasında bir anlaşma akdedilmemiş olmasından mütevellit 1919 yılında – Dr. Miles kararından sadece 8 yıl sonra – per se yasak göz ardı edilmiştir. Colgate kararıyla birlikte üreticinin dilediği distribütörle çalışabilmesinin özgürlüğü tanınmıştır ve per se yasaklardan verilen ilk taviz olarak içtihata geçmiştir.

---

52 Rekabet Kurulu, K. 07-63/767-275, T. 02.08.2007

53 Rekabet Kurulu, K. 10-60/1251-469, T. 23.9.2010

54 Rekabet Kurulu, K. 11-54/1380-490, T. 27.10.2011

55 Rekabet Kurulu, K. 09-57/1365-357, T. 25.11.2009

56 * Stare decisis, mahkemelerin önlerindeki uyuşmazlığı çözümlerken daha önce benzer uyuşmazlıklarda verilmiş kararlar doğrultusunda yerleşik içtihadı takip etmelerine denir. Ahmet Şahin, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ABD AB ve Türkiye Uygulamaları, s.2.

1976 tarihli GTE Sylvania davasında dikey kısıtlamalar fiyata ilişkin ve fiyatla ilgili olmayanlar olarak ikiye ayrılmış ve fiyat dışı dikey kısıtlamaların rule of reason kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Şöyle ki; televizyon setleri üreten GTE Sylvania franchise perakendecilerin yapacakları satışları bölgesel olarak kısıtladı ve anlaşma kapsamında belirlenen alanlar dışında satış yapılmasını yasakladı ve uyuşmazlık yargıya taşındı.[57] Mahkeme, dava kapsamında yer verilen bölgesel kısıtlamanın per se yasak kapsamında meşru görülemeyeceğini ve uyuşmazlığın rule of reason doğrultusunda çözümlenmesi gerektiğini ileri sürdü. Böylece, 2007 Leegin kararı ile rule of reason prensibinin dünyada yaygınlaştığı ileri sürülse de bu tarihe kadar fiyatla ilgili olmayan dikey kısıtlamalara GTE Sylvania davası itibariyle rule of reason prensibi uygulama bulmuş oldu.

Business Electronic davasında, Sharp Electronics ürettiği hesap makinelerinin Houston çevresindeki dağıtıcıları olarak Gilbert Hartwell ve Business Electronics'i belirlemiştir. Sharp Electronics dağıtıcılarıyla ticari ilişkiye girmeden evvel tavsiye taban fiyat listesi yayımlamış lakin bu fiyatlara uyulması konusunda herhangi bir yaptırım uygulamamış veya taraflarla bu konu özelinde bağlayıcı bir sözleşme akdetmemiştir. Business Electronics de yayınlanan tavsiye listenin altında özellikle de Hartwell'in fiyatlarının oldukça altında fiyatlarda satış yaptığı tespit edilmiştir. İlerleyen süreçte, hayatın olağan akışı içinde kâr marjını büyütme arzusunda olan Business Electronics'in yaptığı fiyat indirimleri Gilbert Hartwell'i zor duruma düşürmüş olup Sharp Electronics'i Business Electronics ile yaptığı anlaşmayı feshetmezse Sharp'ın ürünlerini dağıtmayı bırakacağı yönünde baskılar ve bunda oldukça başarılı olur. Hartwell'in baskıları karşısında Sharp, Business Electronics ile akdettiği sözleşmeyi fesheder ve bunun üzerine Business Electronics yargı yoluna başvurur.[58] Mahkeme uyuşmazlığın çözümünde GTE Sylvania davasında benimsenen prensiplerin ele alındığını, bu doğrultuda rule of reason prensibinden yana yaklaşım sergilenmesi gerektiğini belirtmiştir. Rule of reason prensibinin terk edilme-

57 GTE Sylvania, 433, US, s.36.

58 Business Electronics Corp. vs Sharp Electronics Corp., 485 U.S., 1987, s.721.

si ancak ispatlanabilir bir ekonomik etki olması şartıyla haklı bir nedene dayanılması gerektiği belirtilmiştir. Rule of reason prensibinin terk edilmesi, kanıtlanabilir ekonomik etkilerle haklı nedenlerle kartel oluşumuna neden olması, markalar arası rekabetin korunmasının rekabet hukukunun esas amacı olması gibi örnekler verilebilir.[59] Bu doğrultuda ne zaman bir sağlayıcı, bir dağıtıcısına münhasır bölgeyi temin etmişse ve bu taahhüt üzerine diğer dağıtıcısının sözleşmesini feshettiyse; veya üreticinin bir satıcıyla anlaşıp diğer satıcının sözleşmesini aralarındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlal edilmesine binaen feshetmesi durumlarında yüksek ihtimalle üreticinin gerçek saikinin fiyat kıranın sözleşmesini feshetmek olduğu varsayılabilir.[60]

Uşak Pancar Ekicileri Kooperatifi ile KWS Türk A.Ş. arasındaki uyuşmazlıkta[61] KWS'nin alıcılarına belirttiği fiyatlara uymamaları halinde, fiyat tespiti içeren sözleşmeye aykırılık söz konusu olacağından alıcı sözleşmenin tek taraflı feshiyle karşı karşıya gelebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, KWS'nin alıcılarına yıllık satış fiyat listesi gönderdiği ve bu liste fiyatlarının tavsiye niteliğinde olduğuna dair hiçbir olguya rastlanmadığı anlaşılmıştır. KWS, herhangi bir aktif/pasif satış ayrımı yapmaksızın bayiye bölge kısıtlaması getirmiş olup bayinin belirlenen bölge dışına satış yapması durumunda sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağını belirtmiştir. Rekabet Kurulu uyuşmazlığı değerlendirirken bedavacılık sorunu, çifte marjinalizasyon gibi YSFB'nin rekabet için olumlu etkilerini saydıktan sonra somut uyuşmazlıkta KWS'nin bayisine karşı YSFB'nin makul görülebilecek nitelikte olmadığına karar vermiştir. Rekabet Kurulu ayrıca KWS ile bayi arasında ticari ilişkinin temelinde yer alan mısır tohumları hakkında değerlendirme yapmıştır. Şöyle ki; mısır tohumları üzerinde Maxim ve Gaucho olmak üzere iki tip ilaç kullanılabilmekte olup bu ilaçlar mısırın ekileceği bölgeye göre değişkenlik göstermektedir. KWS'nin bayisini bölgesel olarak kısıtlandırması bu kapsamda incelense de KWS'nin uyguladığı bölgesel kısıtlama ilaçların bu niteliğine göre bir ayrım içermemekte olup

59 Business Electronics, 485 U.S., s.726.

60 Business Electronics, 485 U.S., s.728

61 Rekabet Kurulu, K. 09-57/1365-357, T. 25.11.2009

katı bir bölgesel ayrıma gittiği belirtilmiştir. Bu nedenle, KWS'nin uyguladığı kısıtlamalar makul görülmemiş ve KWS haksız bulunmuştur.

Normalde per se yaklaşımıyla birlikte yasak olarak addedilecek bir davranış haklı bir neden olduğu varsayımıyla rule of reason prensibi çatısı altında meşru görülebilecek ve yaptırıma tabi tutulmayacaktır. Lakin söz konusu haklı neden dar olarak yorumlanmalıdır. National Society of Prof '1 Eng'rs vs. United States davasında mahkeme haklı neden kavramını dar yorumlayarak her davranışın haklı neden klozuna tabi olmayacağına hükmetmiştir.[62] Örneğin, tacirlerin OPEC benzeri bir kartel oluşturması ve bunu da baskılanmış endüstrinin ve ülke ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla fonları akıllıca bir çözümle aktarma amacıyla yapıldığı şeklinde bir savunma ileri sürseler dahi hiçbir rekabet kurulu ve/veya mahkemesi bu durumu haklı neden olarak nitelendirip rule of reason kapsamında meşru görmeyecektir.[63]

3.2. Per Se ve Rule of Reason Prensiplerinin Kıyası ve Bu Prensiplerin Işığında Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesinin Piyasadaki Rekabet Ortamına Etkileri

1911'de Dr. Miles kararı ile YSFB'ne ilişkin getirilen per se yaklaşım Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 2007'de verdiği Leegin kararıyla süregelen dava kararlarında ve benimsenen içtihatta yerini rule of reason prensibine bırakmıştır. Bu kararın verilmesi her ne kadar 96 yıl sonra gelen büyük bir değişim gibi gözükse de per se yasaklara karşı muhalefet her surette yapılagelmiş ve bu fikirler mahkeme kararlarına da pekâlâ yansımıştır. Misal Dr. Miles kararına hükmedilmesinden sadece 8 yıl sonra temyiz mahkemesi bir üreticinin distribütörlerle anlaşma yapmadan önce tavsiye satış fiyatını duyurabileceği ve duyurmuş olduğu bu fiyatları kabul etmeyen distribütörlerle anlaşmaktan kaçınma hakkını haiz olduğu Colgate kararına hükmetmiştir.

62 Phillip Areeda, The Rule of Reason A catechism on Competition, s.579.

63 Phillip Areeda, The Rule of Reason A catechism on Competition, s.579.

3.2.1. Stare Decisis

1979 tarihli Broadcast Music vs Columbia Broadcasting davasında mahkeme diğer temyiz kararlarına atıf yapmak suretiyle, per yasakların, mahkemelerin uyuşmazlık konusu olan (dikey) kısıtlamaya ilişkin yeterli düzeyde deneyime kavuşması sonucu yerinde ve hukuken uygun addedilebileceği belirtmiştir.[64] Per se yasakların taraftarları, per se prensibinin hukukiliğini stare decisis ilkesine dayandırırlar. İşbu nedenle, 100 yıla yakındır kullanılagelmesi ve bu süreç boyunca içtihadın bu prensip etrafında şekillenmiş olması, rule of reason'a karşı per se yaklaşımını savunanların en büyük argümanlarından biri olmuştur. Bu konuda Khan hükmü oldukça yol göstericidir. Mahkeme, "Stare decisis, çoğu konuda geçerli hukuk kuralının doğru bir şekilde yerine getirilmesinden daha önemli olduğuna dair bir politika yargısını yansıtır."[65] Bu ifadeyle birlikte stare decisis yaklaşımının bir kuralın hukuken doğru olmasından ziyade uygulanabilir biçimde yerleşik olmasının daha önemli olduğu vurgulanmıştır. Leegin davası kapsamında mahkeme şunu belirtmiştir: "Stare decisis'in dikey fiyat kısıtlamalarına karşı per se kuralına sürekli bağlılığımızı mecbur bırakmadığı sonucuna vardık. Daha önce tartışıldığı gibi, iktisat literatüründeki saygın otoriteler per se kuralının uygun olmadığını ileri sürüyorlar ve artık yeniden satış fiyatının tespitinin rekabet için pozitif etkileri olabileceğine dair yaygın bir fikir birliği var."[66]

3.2.2. Ekonomik Etki Analizi

Per se yasakların zaman içinde yerindeliği sorgulanırken öncelikle ekonomik etkilerinin analizi yoluna başvurulmuştur. Business Electronics kararında mahkeme YSFB ve per se yasakların yerindeliğinin incelenmesi adına ilk derecede dikey anlaşmaların ekonomik etkilerinin incelenmesinin gerekli olduğunu vurgulamıştır.[67]

---

64 Broadcast Music Inc vs Columbia Broadcasting System Inc 441 US, s.2, 9.

65 Khan, 522 U.S. 3, 1997, s.20.

66 Leegin, 551 U.S., 2007, s.20.

67 Business Electronics, 485 U.S., s.726; Leegin, 551 U.S., 2007, s.9.

Bir per se yasağı adil kılabilmek için söz konusu kısıtlamanın açıkça rekabeti kısıtlıyor olması gerekmektedir.[68] Rule of reason analizi rekabet kurullarının soruşturmalarına yön vermekte olup "rekabet üzerindeki zararlı etkileri ve telafi edici herhangi bir etkiden yoksun olmaları nedeniyle kesin olarak mantıksız olduğu ve bu nedenle neden oldukları kesin zarar veya kullanımlarının ticari mazereti konusunda ayrıntılı soruşturma yapılmaksızın yasa dışı olduğu varsayılan[69]" anlaşmalar veya uygulamalar söz konusu olduğunda doğrudan yasak kapsamında ele alınır

Uygulamada, rule of reason prensibinin kısıtlamanın ekonomik etkilerin nasıl tespit edeceği muallak vaziyette olup bu noktada tartışmalar söz konusudur. YSFB'den kaynaklanan marka içi rekabet kaybını, markalar arası rekabette beraberinde gelen kazanca karşı dengelemeyi göz önüne alarak uygulamanın rekabeti arttırdığı veya azalttığını tespit etmesi oldukça yersiz ve mesnetsiz olacaktır. Eğer mahkemeler YSFB odaklı uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken kısıtlamayı pazar çapında verimlilik kapsamında değerlendirmeye alsaydı, o halde rekabetin kısıtlandığının veya teşvik edildiğinin tespiti kısıtlamanın üreticinin toplam satışlarını artırıp arttırmadığına bakılarak çözülürdü ve o halde pazar çapında verimliliğin sağlandığı durumda rekabetin kısıtlanmadığı sonucuna ulaşılırdı. İşte bu nedenle, yargılama sırasında verimlilik esasına göre tahkikat yapılması uygulamada oldukça sorunlu olup mahkemelerin yapması gereken sadece hukuki yerindelik incelemesi yapmaktır.[70]

Business Electronics davasında mahkeme: "dikey kısıtlamanın, fiyat veya fiyat seviyeleri üzerinde birtakım anlaşmalar içermedikçe, kendiliğinden yasa dışı olmadığı ekonomik analiz görüşünce desteklenmektedir ve hiçbir emsal buna karşı çıkmamaktadır."[71] hükmüne yer vermiş olup rule of reason kapsamında uyuşmazlığın hangi prensipler göz önüne alınarak çözüleceğini saymıştır. Buna

68 GTE Sylvania, 433 U.S., 1976, s.50.

69 Northwest Wholesale Stationers Inc vs Pacific Stationery & Printing Co. 472 U.S., s.284.

70 Thomas A. Lambert, Dr. Miles is Dead. Now What? Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance, s.1965.

71 Business Electronics, 485 U.S., s.735-736.

göre (i) biçimsel ayrımlardan ziyade kartelleştirmenin kolaylaştırılması gibi gösterilebilir ekonomik etki, (ii) markalar arası rekabetin rekabet hukukun ana meselesi olması, (iii) GTE Sylvania doktrinini korumaya yönelik bir bakış açısıyla formüle edilmesi etkenleri göz önünde tutulur.[72] Kısacası, per se yasaklar kapsamında fiilin gerçekleşmesiyle hukuka aykırı sayılan YSFB rule of reason yaklaşımı kapsamında markalar arası rekabet gözetilir, kısıtlamanın ekonomik etkileri tartılır ve yapılan analizin sonucuna göre hukuka aykırı veya hukuka uygun olduğuna hükmedilir.

3.2.3. İspat Hukuku

Leegin teorisi kapsamında YSFB iddiasında bulunan tarafın ispatlaması gereken hususlar mevcuttur. Buna göre sağlayıcının ilgili pazarda hâkim durumda olduğu, sağlayıcının sözleşmelerinin dağıtım kanalının yeterli kısmını kapsadığını ve YSFB'nin pazar kapatıcı etkisinin olduğunu göstermesi halinde ispat külfeti YSFB politikasını izleyen tarafa geçmektedir. Pazar kapama etkisinin ölçümünde pazarın en az bir oyuncuya kapatıldığı teşebbüsün tanımlanması gerekmektedir.[73] Bu analiz yöntemi, rule of reason prensibi ile uyuşmazlığın çözümlenmesinin amaçlandığı Leegin ilamında getirilmiştir. Lakin uyuşmazlık çözümünde rule of reason prensibinin izlendiği diğer kurul kararlarında da görüldüğü gibi, burada bahsedilen analiz yöntemiyle sıkı sıkıya bağlı kalınmayarak ekonomik etki analizi yapılması yani söz konusu kısıtlamanın piyasadaki ekonomik etkilerinin incelenmesi faydalı olacaktır.

Leegin kapsamında getirilen bu inceleme yöntemini Türk Rekabet Kurulu Kararlarından UFO[74] kararıyla örnek verebiliriz. UFO kararında Rekabet Kurulu değerlendirmesinde, UFO'nun üst pazarda ve alt pazarda yüksek pazar payına sahip olmadığına ve pazarda pek çok sayıda büyük ölçekli markanın da faaliyet gösterdiğine kanaat getirmiştir. Bunun yanı sıra pazara giriş engellerini de incelemiş ve pazarda "ilk yatırım maliyetlerinin yüksek olmadığına

72 Frank Mathewson, Ralph Winter, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organization 13, Kluwer Academic Publishers, 1998, s.63.

73 Gönenç Gürkaynak, Ayşe Güner, Ceren Özkanlı, Yeniden Satış Fiyatının Tespiti İncelemesinde Per Se ve Rule Of Reason Yaklaşımı, Rekabet Forumu, Sayı 70, 2013, s.5.

74 Rekabet Kurulu, K. 11-54/1380-490, T. 27.10.2011

ve girişi zorlaştıran bir engel bulunmadığına" karar vermiştir. Bunlara ek olarak, Rekabet Kurulu pazarın büyüyen ve dinamik bir pazar olduğuna ve yatay rekabetin pazarda var olması halinde dikey kısıtlamaların olumsuz etkilerinin azaldığını belirtmiştir. Son olarak, pazara ilişkin olarak tüketicinin farklı markalar arasında karşılaştırma yapma imkânı olduğunu ve pazarın aynı ürünün daha ucuz olanını araştırmasına müsait olduğunu ve bunun markalar arası rekabeti de olumlu etkilediğini belirtmiştir.[75]

4. SONUÇ

Dikey kısıtlama çeşitlerinin bir türü olan yeniden satış fiyatının belirlenmesi, piyasanın farklı seviyelerinde yer alan teşebbüsler arasında vuku bulmakta olup zincirin üst seviyesinde yer alan bir teşebbüsün alt seviyede yer alan teşebbüse arzuladığı satış fiyatlarını dikte etmesidir. Minimum düzeyde satış fiyatının dikte edilmesi yasak kapsamında sayılmışken, maksimum düzeyde satış fiyatı bildirilmesi meşru görülmüştür. Ayrıca, süregelen davalar neticesinde içtihat göstermiştir ki; üreticinin yeniden satış fiyatını dikte etmesi, taraflar arası anlaşma akdedilmeden evvel, duyuru yapılması veya bildirilen satış fiyatlarının tavsiye niteliğinde olup herhangi bir dikte içermemesi hallerinde yasak kapsamında sayılmamıştır. İçtihatta uzun yıllar boyu per se yasak olarak kabul edilen yeniden satış fiyatının belirlenmesi, Leegin kararı sonrasında, yerini rule of reason analizine bırakarak bu analiz sonucu yeniden satış fiyatının tespiti meşru görülebilecektir. Yeniden satış fiyatının tespiti, ekonomik etkileri yönünden rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı yönleri olmakla birlikte rekabeti kısıtlayan yönlerinin daha ağır niteliktedir. Ayrıca rekabetçi yönlerinden bir kısmı da ekonomiye etkileri açısından belirsiz ve tespit edilmesi güç konumdadır. Zira, her ne kadar, yeniden satış fiyatının tespitinin bedavacılık sorununa karşı bir çözüm sunduğu ileri sürülse de bedavacılık sorununun ekonomiye nasıl yansıdığına ve pazarı nasıl etkilediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmadığı doktrinde oldukça taraftar bulan bir görüştür. Her ne kadar tüketici refahının ucuzla nitelendirilmemesi gerektiği ileri sürülse de yeniden satış fiyatının tespitinin, piyasa-

75 Gönenç Gürkaynak, Ayşe Güner, Ceren Özkanlı, Yeniden Satış Fiyatının Tespiti İncelemesinde Per Se ve Rule Of Reason Yaklaşımı, s.3.

daki fiyatların yükselmesine neden olur ve şişkin fiyatların tüketici refahına iyi gelmeyeceği aşikardır. Ayrıca üreticinin dağıtıcılarına fiyat dikte etmesinin markalar arası rekabeti arttırmayacağı savunulabilir. Zira, minimum düzeyde satış fiyatı belirlenmesi sonucu söz konusu ürünün piyasadaki fiyatını artar ve bu durumun ürüne rakip diğer ürünlere karşı pazarda daha fazla öne çıkması yani rakip markalar arası rekabeti arttıracağı görüşünün teorik düzeyde kaldığı ileri sürülebilir. En kötü ihtimal ise monopol hakimiyeti altındaki bir pazarda yeniden satış fiyatı tespitidir. Monopol üreticinin bulunduğu sektörde monopol üreticinin yeniden satış fiyatını belirlemesi fiyatları fahiş düzeyde arttıracak olup bu durum tüketici refahını mutlak düzeyde olumsuz etkileyecektir. İşbu nedenlerden ötürü, yeniden satış fiyatının tespitinde Leegin kararına kadar süregeldiği gibi per se yasak olarak addedilmesi ve mutlak olarak rekabeti kısıtlayan bir durum olduğunun kabulü gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AREEDA Phillip, The Rule of Reason A catechism on Competition, American Bar Association, Antitrust Law Journal, Cilt 55, Sayı 3/4, 1986
- BENNET Matthew, FLETCHER Amelia; GIOVANETTI Emanuele, STALLIBRASS David, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps towards a More Nuanced Policy, Fordham International Law Journal, Cilt 33, Sayı 4, Nisan 2010
- CHRISTIANSEN Arndt, KERBER Wolfgang, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per se Rules vs. Rule of Reason"
- GÜRKAYNAK Gönenç, GÜNER Ayşe, ÖZKANLI Ceren, Yeniden Satış Fiyatının Tespiti İncelemesinde "Per Se" Ve "Rule Of Reason" Yaklaşımı, Rekabet Forumu, Sayı 70, Ocak 2013
- HAZIROĞLU Elif Cemre, GÖKATALAY Semih, Minimum Resale Price Maintenance in EU in the Aftermath of the US Leegin Decision, European Journal of Law and Economics, Volume 42, No.1, Ağustos 2016
- HOVENKAMP Herbert J, The Rule of Reason, Faculty Scholarship at Penn Law, 2018, Florida Law Review, Cilt 70
- KLEIN Benjamin, MURPHY Kevin, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, The Journal of Law & Economic., Ekim 1988, Cilt 31, Sayı 2
- KOVACIC William E., SHAPIRO Carl, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, Journal of Economic Perspectives, Cilt 14, Sayı 1, Kış 2000

- LAMBERT Thomas A., Dr. Miles is Dead. Now What? Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance, William and Mary Law Review, Cilt 50, no. 6, Mayıs 2009,
- LAO Marina, Leegin and Resale Price Maintenance A Model for Emulation or for Caution for the World, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Cilt 39, No.3/2008,
- MARVEL Howard P., MCCAFFERTY Stephen, Resale Price Maintenance and Quality Certification, Rand Journal of Economics, Cilt 15, Sayı 3, Sonbahar 1984
- MATHEWSON Frank; WINTER Ralph, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organization 13, Kluwer Academic Publishers, 1998
- MOTTA Massimo, REY Patrick, VERBOVEN Frank, VETTAS Nikos, Hardcore Restrictions Under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View, 2009
- O'BRIEN Daniel, SHAFFER Greg, Vertical Control with Bilateral Contracts, Rand Journal of Economics, Cilt 23, Sayı 3, Sonbahar 1992
- PALDOR Ittai, The Vertical Restraints Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non Price Vertical Restraints, The University of Toronto Law Journal, Yaz, 2008, Cilt 58, Sayı 3
- PEEPERKORN Luc, Resale Price Maintenance and It's Alleged Efficiences, European Competition Journal, Haziran 2008
- REINDL Andreas P., Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach, Fordham International Law Journal, Cilt 33, Sayı 4, Nisan 2010
- ŞAHİN Ahmet, Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi: ABD, AB ve Türkiye Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:163
- TELSER Lester G., Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, The University of Chicago Press The Journal of Law & Economics, Cilt 3, Ekim 1960
- WERDEN Gregory J., Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters, Antitrust Law Journal, 2014, Cilt 79
- WHISH Richard, BAILEY David, Competition Law, 7th edition, 2012

ATİPİK BİR YAPI:
BİLGİ EDİNME DEĞERLENDİRME KURULU

Sercan GÜL[1]

Özet

Bilgi edinme hakkı kapsamında yapılan başvurularla ilgili olarak yapılan itirazları değerlendirmek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına yönelik kararlar vermek üzere kurulan Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşumu, yapısı, verdiği kararlar ve görev ve yetkileri ile niteliği bağlamında atipik bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu bağımsız idari otoriteler ile karşılaştırılmakta olup idari açıdan bağımsız olma ve regülasyon yetkisine haiz olma kriterleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu tartışma dışında Kurulun uygulamadaki etkinliği de tartışılan bir başka konudur.

Anahtar Kelimeler: *Bilgi Edinme Hakkı, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu*

GİRİŞ

Bilgi edinme hakkı modern demokrasi anlayışının bir ürünü olarak karşımıza çıkar. Zira gerçek demokrasi halkın yönetime katılması ile gerçekleşir. Demokrasi sadece halkın siyasi seçimlerde oy kullanması ile değil aynı zamanda kamu yönetimine katılarak kamu idarelerini de etkilemesi ile gerçekleşebilir. Bu anlayışın sonucunda ortaya çıkan bilgi edinme hakkı aynı zamanda hukuk devletinin de gerekliliğidir. Hukuk devleti şeffaf ve açık bir idareyi

1 Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

gerekli kılmakla beraber yapılan iş ve işlemlerle alakalı kişilerin bilgilendirilmesini de öngörür. Zira hukuk devleti ilkesi yasal düzenlemelerin belirli olmasını öngördüğü gibi idarenin eylemlerinin de belirlilik ilkesi çerçevesinde yürütülmesini gerektirmektedir. Devlet organlarının yaptığı her türlü iş ve eylemin belirli olması durumunda halk hukuki anlamda güvende hissedebilir.[2] İdarenin iş ve işlemlerinin belirli olabilmesi ise bilgi edinme hakkı ile yakından ilişkilidir. Kişiler bu hak ile kamu idarelerinin iş ve işlemleri hakkında bizzat bilgi alabilir ve bu bilgiler ile ilgili kamu idarelerini daha şeffaf ve belirli hale getirebilirler.

Modern devlet yapısının da ortaya çıkmasıyla birlikte merkezi idare, sınırları içerisinde bulunan herkesle bizzat iletişime geçme ihtiyacı hissetmiş ve bunun sonucunda da en ücra köşeye kadar çeşitli kamu idareleri ile vatandaşlarına ulaşmaya çalışmıştır. Zaman ilerledikçe de devlet organizması sürekli gelişen ve değişen bir yapıya sahip olmuş ve merkezi idarenin diğer kamu idarelerini denetleme olanağı da gelişmeyle paralel olarak zorlaşmıştır. Zira teknolojinin ve teknoloji ile bağlı olarak toplumun değişmesi demek yeni toplumsal ihtiyaçlar ile birlikte yeni kamu idareleri de demektir. Hal böyle iken devletin denetim zaaflarının ortaya çıkması olağan bir durumdur. Bu bağlamda bilgi edinme hakkının denetleme fonksiyonu da ortaya çıkmaktadır.[3] Zira bu hak kişilere kamu idarelerinin yapmış olduğu işlemler hakkında da bilgi alma hakkı tanımaktadır. Bu hak ile kişiler yapılan iş ve işlemleri aldıkları bilgiler kapsamında değerlendirebilmekte ve aynı zamanda bir iyi yönetişim prensibi de olan şeffaf devlet ilkesi sağlanmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu olarak ise devlet hesap verebilir bir yapıya bürünebilmektedir.[4] İşte bu nedenle bilgi edinme hakkı modern demokratik bir devlette oldukça önemli fonksiyonlara sahiptir. Bil-

2 Anayasa Mahkemesi Kararı. 2015/94 Esas, 2016/27 Karar. Bakınız: https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2016-27-nrmd.pdf

3 CİN, Hadi. *"İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukuk Devleti Ekseninde Bilgi Edinme Hakkı"*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2005. Bakınız: http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/bitstream/handle/123456789/1570/T02009.pdf?sequence=1&isAllowed=y

4 GÜL, Kenan Serdar. *"Kamu Yönetiminde ve Güvenlik Hizmetlerinde Hesap Verilebilirlik"* Polis Bilimleri Dergisi, 10 (4), s. 71 – 94. 2008. Bakınız: https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911087.pdf

gi edinme hakkının tüm bu önemine binaen Türkiye idari teşkilat yapısında hakkın hukuka uygun kullanımının denetimi için Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK) oluşturulmuştur.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazlar üzerine verilen kararları incelemek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek üzere kurulmuş bir kuruldur. BEDK uygulamada bilgi edinme hakkının kullanılması ile alakalı ortaya çıkan sorunları Kurula yapılan başvurular sonucunda karara bağlamakta olup bu kararlarla itiraz konusu işlemi yapan kamu idaresi ile alakalı yönlendirici kararlar vermektedir. BEDK'nın bu şekilde yönlendirici nitelikte kararlar vermesi uygulamada Kurulun ne derecede etkili olduğu noktasında tartışmaları beraberinde getirirken bir diğer tartışma ise Kurulun Türkiye idari teşkilat yapısındaki yeri olmaktadır.

Bu bağlamda çalışma kapsamında kısaca bilgi edinme hakkından bahsedildikten sonra BEDK'nın hukuki dayanağından, idari teşkilat yapısı içerisindeki yerinden, oluşumu ve yapısından, görev ve yetkilerinden, kurula başvuru yollarından ve kurulun uygulamadaki yerinden bahsedilecektir.

1. Kısaca Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkının dünya üzerinde ortaya çıkışı nispeten diğer insan haklarına göre daha geç olmuş olup hakkın ortaya çıkışında dünyada yaşanan önemli sosyal olaylar etkili olmuştur. Bu nedenle hakkın tarihçesinden bahsedilmesinde yarar vardır.

1.1.Tarihçe

Bilgi edinme hakkının ortaya çıkmasında geleneksel kamu yönetimi ve bu yönetimin temel ilkelerinden olan gizlilik/kapalılık prensibinin ortadan kalkması ve bunun yerini modern kamu yönetiminin alması etkili olmuştur. Gerçekten de geleneksel kamu yönetiminde gizlilik kural iken açıklık ve şeffaflık istisnadır.[5] Gele-

5 AKYILDIZ, Fulya, DEMİR, Fatih. *"Beşinci Yılında Bilgi Edinme Hakkı: Uşak İli Örneği"*. Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 9 (2), 2011, 588-612. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45958

neksel kamu yönetiminde gizliliğin esas olmasının ise çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bu nedenler arasında devletin üstün çıkarlarının korunması, bürokratik gücün korunması, kamu yönetiminin devamlılığının sağlanması ve özel hayata saygı hakkının yer aldığı söylenebilir.[6]

Geleneksel kamu yönetiminin temelinde yatan bu ilkelerinin karşısında özellikle 20. yüzyılın sonlarında etkili olan küreselleşme faaliyetleri sonucunda yeni değerler yükselmeye başlamıştır. Zira artık bilgi ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler sonucunda devletlerin ve toplumların iletişimleri artmış, üretilen ürünlerin yayılımı ise ülke sınırları gözetilmeksizin kolaylaşmıştır. Bunun sonucunda da ulus devlet anlayışı aşınmaya başlamış ve dünya üzerinde hiçbir devletin başka bir devletten destek almadan ayakta kalamayacağı anlaşılmıştır.[7] Küreselleşme ile beraber yaşanan tüm bu gelişmeler ulus devlet anlayışının zayıflamasına yol açtığı gibi geleneksel yönetim anlayışında da aşınmalara sebebiyet vermiştir. Bu sayede bürokratik, halk ile arasında duvar koyan, etkisiz ve yavaş işleyen anlayış terk edilerek yerine şeffaf, etkili, katılımcı, hesap verebilir ve insan haklarına saygılı yönetim anlayışı yerleşmeye başlamıştır.[8]

İşte tüm bu gelişmeler sonucunda kamu yönetiminde gizlilik prensibinden vazgeçilmeye başlanmış ve modern kamu yönetimi anlayışına ayak uydurabilmek adına açıklık ilkesiyle halkın yönetime katılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda halkın yönetime katılımının sağlanması ile şeffaf ve hesap verebilir bir idari yapının teşkili bilgi edinme hakkı ile mümkün olabilecektir.

Dünya geneline bakıldığında bilgi edinme hakkının ülkelerin anayasal düzenlemelerinde yer alması küreselleşme faaliyetleri ve geleneksel kamu yönetiminin etkinliğinin azalması ile paralel

---

6 ŞENGÜL, Ramaza., *"Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini 'Camdan Eve' Dönüştürür mü?"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 60 (3), s.-215–234. 2007. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36099

7 DEMİREL, Demokaan, *"Küresel Eksende Devletin Yeni Kimliği: Etkin Devlet"*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 60, 105-128

8 KOÇAK, Süleyman Yaman. *"Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı"*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 23. S. 115 – 125. 2010. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1724389

olmuştur. Bu kapsamda örneğin Belçika'da 1993, İsveç'te 1972, İspanya'da 1992, İtalya'da 1990, Fransa'da 1978 ve Güney Afrika'da 1996 yıllarında bilgi edinme hakkı ile alakalı düzenlemeler yaşanmıştır.[9] Türkiye'de ise atılan en önemli adım Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde 2003 yılında çıkarılan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile olmuştur. Bilgi edinme hakkının anayasal bir düzleme kavuşması ise 07.05.2010 tarihli anayasal değişiklikler ile olmuş ve hak, Anayasanın Siyasi Haklar ve Ödevler bölümünün 74. maddesinde dilekçe hakkı ile beraber düzenlenmiştir.

1.2.Tanımı ve Amacı

1.2.1. Tanımı

Doktrinde bilgi edinme hakkının çokça tanımı yapılmıştır. Yapılan bir tanıma göre bilgi edinme hakkı *"kurum ve kuruluşların yapmış olduğu eylem ve almış olduğu kararlarda açıklık ilkesini savunan, kanun çerçevesinde belirlenen sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla her vatandaşın bu bilgilere ulaşabilmesine imkân veren bir haktır."*[10] Yapılan bir diğer tanımda ise hak *"idarenin tek yanlı iradesiyle hukuk düzeninde yapacağı değişiklikler hakkında ilgili bireylere söz konusu işlemin niteliği ve sonuçları hakkında bilgi edinme imkânı sağlayan hak ve özgürlük"*[11] şeklinde tanımlanmıştır. Yapılan bir başka tanımda ise bilgi edinme hakkı, çağdaş yönetim anlayışının ve demokratik toplum ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru olarak tanımlanmıştır.[12] Son olarak başka bilgi edinme hakkı dar ve geniş olmak üzere iki şekilde de tanımlanabilmektedir. Dar anlamda bilgi edinme hakkı, devletin elinde bulunan her türlü bilgi ve belgelere erişimin sağlanması anlamına gelmektedir. Geniş anlamda bilgi edinme hakkı ise *"herkesin hiç bir devlet*

---

9 CİN, Hadi. a.g.e.

10 CANÖZ, Kadir. *"Kamuda Halkla İlişkilerin Yeni Yüzü: Bilgi Edinme Yasası"*. Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 5 (3), s. 141-152. 2013. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/177892

11 ADALI, Nermin. *"Bilgi Edinme Hakkı"*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2004. Bakınız: https://acikerisim.kku.edu.tr:8443/xmlui/handle/20.500.12587/15240

12 UZUN, Turgay. *"Kamu Yönetimin Değişim ve Bilgi Edinme Hakkı"*, Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 5 (6), s. 229 – 256. Bakınız: http://acikerisim.mu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12809/7233/uzun.pdf?sequence=1&isAllowed=y

müdahalesi olmaksızın kendi seçimi doğrultusunda veya basın ve diğer haberleşme imkânları ile her türlü bilgiyi elde edebilmesini, hiç bir devlet müdahalesi olmaksızın tüm özel kaynaklardaki bilgiye ulaşabilmesini ve devletin elinde tuttuğu kamuyu ilgilendiren her türlü veriye erişebilmesini ifade etmektedir."[13]

Doktrinde bilgi edinme hakkının tanımlarını çoğaltmak mümkündür. Ancak yapılan tüm tanımların birtakım ortak özellikleri bulunmaktadır. Bu ortak özellikler hakkın devletin kurum ve organlarına karşı ileri sürülebilmesi ve kural olarak idarenin elinde bulundurduğu tüm bilgi ve belgelerin hiçbir müdahale olmaksızın kişiye sunulmasını öngörmesidir.

Bilgi edinme hakkının doğru ve kapsamlı bir tanımının yapılabilmesi için hakkın amacına da değinilmelidir.

1.2.2. Amacı

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 2. maddesinde kanunun amacı düzenlenmiş olup Kanunun amacı ile aslında hakkı amacına ulaşılabilmektedir. İlgili madde metnine göre *"Kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir."*[14] Buna göre bilgi edinme hakkının uygulama alanı bulmasındaki amaç demokratik ve şeffaf bir yönetim ortamını sağlamaktır. Üstelik bu ortam sağlanırken eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine de uyulmalıdır. Zira bilgi edinme hakkı demokratik bir toplumun yapıtaşlarından biridir ve bu hak, gerçek ve tüzel kişi olması fark etmeksizin herkese eşit olarak kullandırılmalı, hakkın kullandırılmasında kamu idareleri tarafsız davranmalı ve olabildiğince açık olmalıdır.[15]

---

13 SOYKAN, Cavidan. *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 63 – 74. 2007. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627696

14 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu. Bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4982.pdf

15 BEDK Kararları Işığında Açıklamalı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Yayınları, 5, 2015. Bakınız: https://bedk.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2332020152113BEDK_KARARLARI_ISIGINDA_ACIKLAMALI_BILGI_EDINME_HAKKI_KANUNUN.pdf

Bilgi edinme hakkının amacı, hakkın tarihsel gelişimi ile de açıklanabilir. Bu kapsamda bilgi edinme hakkı ile amaçlanan kamu yönetimini gizlilik anlayışından kurtarmak ve olabildiğince açık hale getirmektir. Kamu yönetiminin açık hale gelmesiyle birlikte ise kamu idareleri gizliliğin kendilerine verdiği güç ile hukuka aykırı davranmaktan çekinecek ve hukuk çizgisinde ilerleyecektir. Aynı zamanda açık ve şeffaf bir yönetim halk ile kamu otoritelerini birbirine yaklaştıracak ve aradaki iletişimi de güçlendirecektir. Bu kapsamda bilgi edinme hakkının en önemli amaçlarından bir diğerinin de halk ile devlet arasında diyalog ağlarını örmesi ve halkın gözünde devleti sert bir yapıdan kurtararak daha yumuşak bir yapıya getirmesi olduğu söylenebilir.[16]

Açıklanan tüm bu unsurlardan hareketle bilgi edinme hakkı, gerçek ve tüzel kişilere tanınan, kamuda açıklık ve şeffaflığı amaçlayan, demokratik toplumun yapıtaşlarından biri olan ve kural olarak her konuda, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında yer alan bilgi ve belgelere ulaşma olanağı sağlayan hak olarak tanımlanabilir.

1.3.Hakkın Yasal Çerçevesi

Türkiye'de bilgi edinme hakkı ile alakalı ilk düzenleme Avrupa Birliği'ne uyum süreci çalışmaları ile olmuştur. Bu kapsamda ilk olarak 2003 yılında kabul edilen ve aynı yıl yayınlanan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile bilgi edinme hakkı yasal zemine kavuşmuştur. Bu Kanun ile hakkın amacı, kapsamı, bilgi edinme hakkı kapsamında yapılacak olan başvurular ve bu başvuruların usulleri, yapılan başvurular sonucunda verilen kararlara itiraz usulleri, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ile bilgi edinme hakkının sınırları ile alakalı düzenlemelere yer verilmiştir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun uygulanma biçimini göstermek amacıyla da 27.04.2007 tarihinde "Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yö-

16 SELİMOĞLU, Yavuz. *"Kamu Yönetiminde Yönetişimin Bir Unsuru Olarak Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı: Karaman Milli Eğitim Müdürlüğünde Bir Uygulama"*, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2010. Bakınız: https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/100094/yokAcikBilim_374264.pdf?sequence=-1&isAllowed=y

netmelik" yayınlanmıştır.[17] İlgili yönetmelikte kapsam, bilgi edinme hakkının kullanılma biçimi, başvurular, başvuruların kamu idareleri tarafından nasıl cevaplanacağı, verilen cevaba karşı yapılacak itirazlar ve bilgi edinme hakkının sınırları kanunda düzenlendiği şeklinden daha detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.

Bilgi edinme hakkının anayasal zemine kavuşması ise 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile olmuştur. Bu kapsamda bilgi edinme hakkı Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen "dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlığı altında düzenlenmiş olup ilgili maddenin bilgi edinme hakkı ile alakalı kısmı şu şekildedir: *"Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir."*

1.4.Hakkın Nitelikleri

Bilgi edinme hakkının özümsenebilmesi adına son olarak hakkın niteliklerinden de bahsedilmesinde fayda vardır. Zira hakkın nitelikleri ile hakkın önemi ve bu kapsamda Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun da işlevleri daha iyi anlaşılabilecektir.

1.4.1. Bilgi Edinme Hakkı Herkese Tanınmıştır

Bilgi edinme hakkı herkese tanınan bir haktır. Gerek gerçek kişiler gerek tüzel kişiler kamu idarelerinden bilgi edinme hakkı kapsamında bilgi ve belge talebinde bulunabilirler. Zira hakkın herkese tanındığı hususu Anayasa'nın 74. maddesinde de belirtilmiştir. Ancak hakkın yabancılara uygulanması noktasında 4982 sayılı Kanun ile bir sınırlama getirilmektedir ki, bu sınırlama da karşılıklılık esasıdır. Bir diğer sınırlama ise yabancı gerçek veya tüzel kişi tarafından istenen bilgi veya belgenin bu kişilerin faaliyet alanıyla ilgili olmasıdır.

1.4.2. Bilgi Edinme Hakkı Hukuk Devleti İlkesinin Gerekliliğidir

Hukuk devleti ilkesi idarenin ve dolayısıyla idarenin yapmış olduğu iş ve işlemlerin belirli/belirlenebilir olmasını gerektirir. Zira idarenin işlem ve faaliyetlerinin belirli olması durumunda idare

17 Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik. Bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/21.5.20047189.pdf

belli bir istikrar kazanabilecektir ve bu istikrar da kişileri hukuki anlamda daha güvende hissettirecektir. Bu nedenle kişilerin idareyi belli sınırlar dâhilinde denetleme yetkisine sahip olmaları hukuk devleti ilkesinin bir öngörüsüdür.[18] Kişilerin idareyi denetleyebilmesi de bilgi edinme hakkı ile gerçekleşebilir. Zira bilgi edinme hakkı bünyesinde sadece kişinin kendisi ile alakalı bilgileri değil aynı zamanda ilgili kamu idaresi ile alakalı bilgi ve belgeleri talep etme yetkisini de barındırmaktadır. Bilgi edinme başvurusunda bulunan kişi başvurusunda idarenin iş ve işlemleri ile alakalı bilgi ve belge talep etmesi halinde kurumlar vatandaşlar tarafından da denetlenmiş olacaktır.[19]

1.4.3. Bilgi Edinme Hakkı İyi Yönetişim Prensiplerinin Gereğidir

21. yüzyılda oldukça yaygınlaşan ve yeni bir yönetim anlayışı olarak karşımıza çıkan "insanı yaşat ki devlet yaşasın" prensibi beraberinde kamu yönetiminde yeni ilkeleri de getirmiştir. Zira artık katılımcı, açık, şeffaf, insan haklarına saygılı, denetlenebilir ve vatandaş-devlet diyaloğunun güçlü olduğu yönetim anlayışları geçerlilik kazanmıştır. Bu yeni iyi yönetişim esasları da beraberinde çeşitli hakların kullanılmasını gerektirmekte olup bu hakların başında bilgi edinme hakkı gelmektedir. Bilgi edinme hakkı ile iyi yönetişim ilkelerinden olan katılımcılık prensibi sağlanacaktır. Zira hakla beraber kişiler kamu yönetimine katılmakta, yönetim de bu sayede daha çık ve şeffaf bir yapı haline gelmektedir.[20]

1.4.4. Bilgi Edinme Hakkı Sınırsız Bir Hak Değildir

4982 sayılı Kanunun dördüncü bölümünde bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmiştir. İlgili bölümde yer alana hak sınırla-

---

18 ALTUNDİŞ, Mehmet. *"Hukuki Güvenlik İlkesi"*, Yasama Dergisi, (10), s. 60 – 94. 2008. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1121314

19 AZER, Can. *"Bilgi Edinme Hakkı"*, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi. 2010. Bakınız: https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37330/can_azer.pdf?sequen

20 ATEŞ, Hamza, BUYRUK, Gökçe Ceren. *"Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu"*, Ombudsman Akademik Dergisi, Özel Sayı/1, s. 81 – 98. 2018. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/645118

rından bazıları devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler gibidir. Hakkın sınırlarına bakıldığında genelde devletin veya başka kişilerin haklarıyla bilgi edinme hakkının çatışması durumunda ortaya çıkabilecek sınırlamaların olduğu görülmektedir. Bu sebeplerle bilgi edinme hakkı sınırsız bir hak olmayıp belli sınırlamalara tabidir. Zira bu sınırlamalarla başta kamu yararı olmak üzere başka kişilerin hakları da korunmaktadır.[21]

2. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu

Bilgi edinme hakkının hukuka uygun bir şekilde kullandırılması amacıyla uygulamada bir denetim mekanizmasının oluşturulması ve bu mekanizmanın da etkili bir şekilde çalışmalar yaparak amacına hizmet etmesi bir zorunluluktur. Zira bilgi edinme hakkı niteliği gereği kamu idarelerini doğrudan ilgilendirmekte olup çoğu zaman kamu idarelerinin talep edilen bilgi ve belgeleri vermek istemedikleri görülmektedir. Tüm bu nedenlerle Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK), bilgi edinme hakkı kapsamında yapılan başvurularla ilgili olarak yapılan itirazları değerlendirmek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına yönelik kararlar vermek amacıyla kurulmuştur.

2.1.Kurulun Hukuki Dayanağı

Bilgi edinme hakkının da düzenlendiği Anayasa'nın 74. Maddesinin son fıkrasında *"bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. İlgili düzenlemeden de anlaşılacağı üzere bilgi edinme hakkının kullanılma biçimi ile alakalı düzenlemelerin kanunla ya-

21 KÜÇÜK, Ayhan. *"Bilgi Edinme Hakkının Sınırları Ve Bu Hakkın İhlalinde İdare Ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu"*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 81, s. 111 – 139. 2011. Bakınız: https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TVRJMU16SXlNZz09

pılacağı öngörülmüş olup 4982 sayılı Kanuna atıf bulunmaktadır. Bu sebeple BEDK'nın da hukuki dayanağı Anayasa yollaması ile Kanun'da düzenlenmektedir.

4982 sayılı Kanunun 14. maddesinde BEDK düzenlenmiş olup ilgili yasal düzenlemenin ilk fıkrasında Kurulun kurulma amacı düzenlenmiştir. Buna göre Kurulun temelde iki amacı bulunmaktadır. Bu amaçlardan ilki bilgi edinme başvurusu sonucunda ilgili kamu kurumu tarafından verilen kararla alakalı yapılan itirazları incelemekken diğeri de kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermektir.

Bu düzenlemeler dışında 27.04.2004 tarihli Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik'te de Kurul ile alakalı düzenlemeler mevcuttur. Yönetmeliğin amacı 4982 sayılı Kanunun uygulanışını göstermek olduğundan Kurul ile alakalı yapılan düzenlemeler kamu kurumları tarafından verilen kararlara itiraz usulü ve Kurulun bu itirazları karara bağlama usulleri ile alakalıdır.

Son olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te[22] de Kurul ile alakalı düzenlemeler mevcuttur. İlgili yönetmelikte ise Kurulun görev ve yetkileri, sekreterya hizmetleri, çalışma ve toplantı usulleri, Kurul başkanının görev ve yetkileri ile Kurula yapılan itirazların incelenmesi ve karara bağlanması konularında düzenlemeler mevcuttur.

2.2.Kurulun Yapısı ve Türkiye İdari Teşkilat Yapısındaki Yeri

BEDK'nın hukuki çerçevesinde bulunan hiçbir düzenlemede Kurulun idari teşkilat yapısındaki yeri ile alakalı bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle BEDK'nın Türkiye idari teşkilat yapısındaki yeri doktrinde ve bununla bağlantılı olarak uygulamada sıkça tartışılan bir konudur.

22 Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik. Bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.865.pdf

İlk aşamada BEDK'nın herhangi bir kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olmadığını belirtmekte fayda vardır. Zira Anayasa'nın 123/3 hükmüne göre *"kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."* Bu çerçevede Kurula kamu hukuku tüzel kişiliğini kazandıran herhangi bir kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bulunmamaktadır.

Konu ile alakalı yapılan bir diğer tartışma ise Kurulun Adalet Bakanlığı ile olan ilişkisidir. Zira T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından geliştirilen Elektronik Kamu Bilgi Yönetim Sistemi (KAYSİS) uzantılarından olan Devlet Teşkilatı Merkezi Kayıt Sistemi (DETSİS) kayıtlarına göre BEDK, Adalet Bakanlığı'nın bağlı, ilgili veya ilişkili kurumları arasında sayılmamakta olup Bakanlığa bağlı "kurul/komisyon/konseyler" başlığı altında yer almaktadır.

Bu kapsamda kısaca bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan da bahsedilmelidir. Bağlı kuruluşlar *"bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar"* olarak tanımlanmaktayken ilgili kuruluşlar ise *"özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlar"* şeklinde tanımlanmaktadır.[23] Görüleceği üzere bağlı kuruluşlar doğrudan hizmet verdiği bakanlığa bağlı olan ve bağlı olduğu bakanlığın ana hizmetlerinin yürüten kuruluşlardır. Özel bütçeli bağlı kuruluşların kamu tüzel kişiliği bulunmaktayken bütçesi genel bütçeden sağlanan bağlı kuruluşların kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. İlgili kuruluşlar ise özel kanun veya statülerle kurulan hukuki, mali, idari özerkliğe sahip hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Bu nedenle ilgili kuruluşların ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmaktadır.[24] Görüleceği üzere BEDK yapılan tanımlardan hiçbirine dâhil edilebilecek bir kurul değildir.

---

23 DERDİMAN, Cengiz. *"Başbakanlık Ve Bakanlık Teşkilatlarında Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yapılan Değişiklikler Ve Hukukî Sonuçları"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (4), 2015. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789051

24 GÖZLER, Kemal. KAPLAN, Gürsel. *"İdare Hukuku Dersleri"*, Ekin Yayınevi, 2018.

Zira Kurul Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan ve Adalet Bakanlığı'nın ana hizmetlerini yürüten bir kurul değildir. BEDK ilgili bir kurul da değildir zira ilgili kurulların ayrı kamu tüzel kişilikleri bulunur ve bu kurullar hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olup Kurul yerinden yönetim kuruluş da değildir.

İlişkili kuruluşlar ise ayrı bir tüzel kişiliği olan ve bakanlıkla hiyerarşik bir bağlantısı olmayan; aynı zamanda bakanlığın idari vesayet denetimine de tabi olmayan özerk kuruluşlardır. Bu kuruluşların bakanlıklarla ilişkilendirilmesi, idarenin bütünlüğü ve koordinasyonu açısından önem arz etmektedir. İlişkili kuruluşların bakanlıklarla ilişkilendirilmesi yönetimsel açıdan bir önem arz etmez.[25] Türkiye idari teşkilatında ilişkili kuruluşlar düzenleyici ve denetleyici kurumlar olan bağımsız idari otoritelerdir.

İşte BEDK'nın görev ve nitelikleri Kurulun bağımsız idari otorite olup olmadığı sorusunu da beraberinde getirmiş olup doktrinde BEDK'nın yapısı bağımsız idari otoriteler ile karşılaştırılmıştır. İlgili soruya cevap verilebilmesi için bağımsız idari otoritelerin en önemli iki özelliğinin BEDK açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre bağımsız idari otoriteler idari yönden bağımsızdır ve regülasyon yetkisine sahiptir.

2.2.1. İdari Yönden Bağımsız Olma

Bağımsız idari otoritelerin en önemli özelliği idari yönden bağımsız diğer kamu idarelerinden bağımsız olmasıdır. Bu bağlamda organik ve fonksiyonel anlamda bağımsızlık ifadelerinin açıklanması gerekmektedir. Organik anlamda bağımsızlık bir devlet kurumunun ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olması ile mali ve örgütlenme bakımından özerk olması anlamına gelmektedir. Mali anlamda özerklik ise bir devlet kurumunun kendi mali kaynaklarıyla faaliyette bulunma özgürlüğünü ifade etmekteyken örgütlenme özgürlüğü de kurumun kendi personelini kendi kriterlerine göre seçebilmesini ve bu şekilde örgütlenmesini ifade etmektedir.[26]

---

25 Ankara Üniversitesi Ders Notları. Bakınız: https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=57557

26 TAN, Turgut. *"Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar"*, Amme İdaresi Dergisi, 35 (2), s. 11 – 37. 2002. Bakınız: http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/50616/Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z_idari_otoriteler_veya_d%C3%BCzenleyici_kurullar.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Bu kapsamda Kurulun organik anlamda özgür olduğunu söylemek güçtür. Zira bahsedildiği üzere Kurulun kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olduğunu ifade eden herhangi bir kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoktur. Kurulun mali ve örgütlenme özerkliği olduğu da söylenemez. Zira Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine göre *"Kurula, sekreterya hizmetlerinin yürütülebilmesi için Adalet Bakanlığı tarafından yeterince personel ve malî imkân sağlanır. Kurul tarafından sekreterya hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ihtiyaç duyulan harcamalar Adalet Bakanlığı bütçesinde yer alan Kurul ödeneğinden karşılanır."* Benzer şekilde 4982 sayılı Kanunun 14. maddesine göre de *"Kurulun sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilir."* Görüleceği üzere Kurulun mail ve örgütlenme özerkliği açısından bağımsız olduğu söylenemez.

BEDK'nın fonksiyonel anlamda bağımsız olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Fonksiyonel (işlevsel) anlamda bağımsızlık idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleştirilme araçları olan hiyerarşi ve idari vesayet yetkilerinin bağımsız idari otoriteleri kapsamaması sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda fonksiyonel bağımsızlık *"bağımsız idari otoritelerin işlem ve eylemleri üzerinde, yürütme organına dâhil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuracak, işlemi onaya tabi tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme veya geciktirme gibi hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması, hiçbir kurum ve merciin bu işlemlerin değiştirilmesi ve yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verememesi"*[27] anlamına gelmektedir. Bu bağlamda BEDK'nın fonksiyonel anlamda bağımsız olduğu söylenebilir. Zira BEDK her ne kadar Adalet Bakanlığı çatısı altında bulunan bir Kurul olsa da Bakanlığın hiyerarşik veya idari vesayet denetimine tabi değildir. Bunun dışında BEDK'ya yapmış olduğu iş ve işlemler kapsamında da başka hiçbir kurum veya kuruluş emir veya talimat vermemektedir.[28]

27 SOBACI, Zahid. *"Türk İdari Teşkilatındaki 'Adalar': Bağımsız İdari Otoriteler"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55 (2), 2006. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/627872

28 AZER, Can. a.g.e.

2.2.2. Regülasyon Yetkisine Sahip Olma

Bağımsız idari otoriteleri diğer kamu idarelerinden ayıran bir diğer önemli özelliği ise regülasyon yani düzenleme yetkisine sahip olmalarıdır. Bağımsız idari otoritelere has bir özellik olan regülasyon yetkisinin dar ve geniş anlamda olmak üzere iki tanımı yapılabilir. Geniş anlamda regülasyon *"sosyal ve ekonomik niyetlere yönelik olarak devlet tarafından yürürlüğe konulan her türlü anayasal, meşru ve kurumsal düzenlemeleri ve diğer her türlü kamusal politikaları ve yapılan uygulamaları"*[29] ifade etmektedir. Dar anlamda regülasyon ise bağımsız idari otoritelerin faaliyette bulunduğu alanda düzenlemeler yapabilmesi ve yaptığı bu düzenlemeleri de sonrasında denetleyebilmesi anlamına gelmektedir.[30] Görüleceği üzere bağımsız idari otoriteler faaliyet alanlarında ilgili alana özgü düzenleyici işlemler yapabilme yetkisine sahiptir.

BEDK'nın regülasyon yetkisine sahip olup olmadığı noktasında yasal çerçeve ve Kurulun verebileceği kararlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4/1-c hükmüne göre *"kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemek"* BEDK'nın temel görevleri arasında sayılmıştır. Benzer şekilde Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 25/2 hükmünde de *"kurul, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkilidir"* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Mevcut düzenlemelere göre BEDK'ya yasal olarak kendi alanında düzenleyici kararlar alma yetkisi verilmiştir. Bu kapsamda Kurul yapılan itirazları değerlendirirken ilgili kamu kurumunu bilgi edinme hakkı mevzuatı çerçevesinde denetlemekte ve hukuka uygun davranıp davranmadığı noktasında kararı itiraz edilen kurumu yönlendirici kararlar vermektedir. Netice itibariyle BEDK'nın kendi alanında regülasyon yetkisine sahip olduğu söylenebilmektedir.[31]

---

29 DAMLA, Ayşegül Pınar. *"Türkiye'de Bağımsız Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Aracılığıyla Regülasyon: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Örneği"*, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2019. Bakınız: https://dspace.trakya.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/trakya/4658/0166773.pdf?sequence=1&isAllowed=y

30 SOBACI, Zahid. a.g.e.

31 AZER, Can. a.g.e.

Sonuç olarak BEDK'nın bağlı veya ilgili kuruluş olmadığı açıktır. BEDK'nın yapısı doktrinde ve uygulamada bağımsız idari otorite olup olmadığı noktasında tartışılmaktadır. Kurulun organik anlamda bağımsız olmadığı ancak işlevsel anlamda bağımsız oluşu ve kendi alanında regülasyon yetkisine sahip olabileceği hususları da göz önüne alındığında BEDK'nın atipik bir yapı olduğu söylenebilir.

2.3.Kurulun Oluşumu

Kurulun oluşumu ve yapısı 4982 sayılı Kanunun 14. maddesinde düzenlenmiş olup ilgili madde şu şekildedir;

"Bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazlar üzerine verilen kararları incelemek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek üzere; Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur.

Kurul; birer üyesi Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi kurumları içinden önerecekleri ikişer aday, birer üyesi ceza hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku alanlarında profesör veya doçent unvanına sahip kişiler, bir üyesi Türkiye Barolar Birliğinin baro başkanı seçilme yeterliliğine sahip kişiler içinden göstereceği iki aday, iki üyesi en az genel müdür düzeyinde görev yapmakta olanlar ve bir üyesi de Adalet Bakanının önerisi üzerine bu Bakanlıkta idarî görevlerde çalışan hâkimler arasından Cumhurbaşkanınca seçilecek dokuz üyeden oluşur.

Kurul üyeliğine önerilen adayların muvafakatları aranır.

Kurul Başkanı, kurul üyelerince kendi aralarından seçilir.

Kurul, en az ayda bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman Başkanın çağrısı üzerine toplanır. Kurul üyelerinin görev süreleri dört yıldır. Görev süresi sona erenler yeniden seçilebilirler. Görev süresi dolmadan görevinden ayrılan üyenin yerine aynı usule göre seçilen üye, yerine seçildiği üyenin görev süresini tamamlar. Yeni seçilen Kurul göreve başlayıncaya kadar önceki Kurul görevine devam eder.

Kurul üyelerine 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla fiilen görev yaptıkları her gün için (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir. Bu ödemelerde damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz. (Ek cümle: 17.11.2005-5432/2 md.) Bir ayda fiilen görev yapılan gün sayısının dördü aşması halinde, aşan günler için huzur hakkı ödenmez.

Kurul, belirleyeceği konularda komisyonlar ve çalışma grupları kurabilir; ayrıca gerekli gördüğü takdirde, ilgili bakanlık ile diğer kurum ve kuruluşların ve sivil toplum örgütlerinin temsilcilerini bilgi almak üzere toplantılarına katılmaya davet edebilir.

Kurulun sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilir.

Kurulun görev ve çalışmalarına ilişkin esas ve usuller Cumhurbaşkanlığınca hazırlanarak yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir."[32]

2.4.Kurulun Görev ve Yetkileri

Kurulun görev ve yetkileri Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurulun görev ve yetkileri şu şekildedir;

"Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazları karara bağlamak.

b) Bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin görüş ve değerlendirme istemini içeren başvuruları karara bağlamak.

c) Kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemek.

32 Bilgi Edinme Hakkı Kanunu. Bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4982.pdf

ç) Kurum ve kuruluşlarca, Kanunun 30 uncu maddesi uyarınca gönderilen raporları ve hazırlayacağı genel raporu her yıl Nisan ayı sonuna kadar Türkiye Büyük Millet Meclisine göndermek.

d) Gerektiğinde belli işlerin gündeme alınmasına karar vermek.

e) Bilgi edinme hakkına ilişkin yapılması gereken mevzuat değişikliklerini önermek."

Kurulun görev ve yetkilerinin yanında aynı zamanda Kurul başkanının da görev ve yetkilerinden bahsedilmesi gerekir. Kurul başkanı ilk toplantıda Kurulun kendi üyeleri arasından seçilir. Kurul üyeleri başkan seçilmek için aday olabilecekleri gibi diğer üyeleri de aday gösterebilirler.[33] Kurul başkanının görev ve yetkileri ise şu şekildedir:

"(1) Başkanın görev ve yetkileri şunlardır:

a) Kurulu temsil etmek.

b) Raportörleri görevlendirmek.

c) Kurul toplantısının gündemini belirlemek, üyeleri toplantıya çağırmak ve toplantıyı yönetmek.

ç) Kurul tarafından alınan kararları ilgililere bildirmek.

d) Kurulun görev alanına giren konularda diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak.

e) Kurulun faaliyetleri ile ilgili olarak kamuoyunu bilgilendirmek.

(2) Başkanın bulunmadığı hallerde, toplantıya katılan en yaşlı üye Kurula başkanlık eder ve Başkanın yetkilerini kullanır."[34]

33 Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik. Bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.865.pdf

34 Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik. Bakınız: https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.865.pdf

2.5. Kurula Başvuru

Bilgi edinme hakkının kullanılması ile alakalı olarak iki kademe başvuru bulunmaktadır. Bu kademelerden ilki istenilen bilgi ve belgenin bulunduğu kuruma yapılan başvurudur. İkinci kademe başvuru ise ilk kademede yapılan başvurunun usul ve esaslara uygun olarak sonuçlandırılmaması durumunda BEDK'ya yapılacak olan itiraz başvurusudur.

2.5.1. Birinci Kademe Başvuru

Birinci kademe başvuruda bilgi ve belgeyi elinde bulunduran kamu idaresine yapılan yazılı başvuru yer almaktadır. Bu başvuru şu esaslara göre yapılmakta ve değerlendirilmektedir:

- Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır. Bu başvuru, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.

- Dilekçede, istenen bilgi veya belgeler açıkça belirtilir.

- Başvurunun kurum ve kuruluşa ulaştığı tarih başvuru tarihidir.

- İstenen bilgi veya belge başka bir yerde bulunuyorsa başvuru dilekçesi veya formu bu kurum ve kuruluşun bilgi edinme birimine gönderilir ve durum başvuru sahibine bildirilir. Bu durumda başvuru bilgi veya belgenin bulunduğu kurum ve kuruluşça alındığı tarihte yapılmış sayılır. Sürelerin başlangıcında önceki başvuru dikkate alınmaz.

- Elektronik posta yoluyla yapılacak başvurularda, başvuru formunun kurum veya kuruluşun bilgi edinme biriminin elektronik posta adresine ulaştığı tarih, başvuru tarihidir.

- Faks yoluyla gelen başvuru dilekçesinin kurum ve kuruluşların bilgi edinme birimlerine ulaştığı tarih, başvuru tarihidir.

- Kurum ve kuruluşlar usulüne uygun başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi 15 iş günü içinde sağlamakla yükümlüdürler. Ancak;

  i. İstenen bilgi veya belge başka bir birimden sağlanması,

  ii. İstenen bilgi veya belge hakkında başka bir birimden görüş alınması,

  iii. Başvuru içeriğinin birden fazla kurumu ilgilendirmesi durumlarında;

Bilgi veya belgeye erişim 30 iş günü içinde sağlanır. Sürenin uzatılması ve gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve 15 iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilmesi gerekir.

- Başvuru dilekçesi veya formuyla istenen bilgi veya belgeler, yeterince açık ve anlaşılır değilse, kurum ve kuruluşlar başvurunun hangi nedenlerle yeterince açık ve anlaşılır olmadığını başvuru sahibine bildirebilir ve ek bilgiler sunmasını isteyebilir. Bu takdirde 15 günlük süre, belirtilen noksanlıkların tam olarak giderildiği tarihten itibaren başlar.
- Başvurunun cevaplandığı tarih, kurum veya kuruluşun cevap yazısı üzerindeki tarihtir.
- Başvurunun reddedilmesi halinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı yapılabilecek başvuru yolları ve süreleri belirtilir.
- Başvuruda istenen bilgi ve belgelerin elde edilmesi ve başvurucuya iletilmesi belli bir maliyet gerektiriyorsa kurum, bu maliyetin karşılanması için başvurucuya bildirimde bulunabilir. Bilgi veya belgelere erişim için gereken maliyet tutarının kurum ve kuruluş tarafından başvuru sahibine bildirilmesiyle, 15 veya 30 iş günlük süreler kesilir. Başvuru sahibi, bildirimin yapıldığı tarihten itibaren 15 iş günü içinde ödemeyi gerçekleştirdiğini gösteren belgeyi sunmadığı takdirde talebinden vazgeçmiş sayılır.
- Belirtilen bu hususların dışında kurumların bilgi edinme hakkı mevzuatına uygun olarak başvuruları sonuçlandırması gerekmektedir. Uygun olmaması durumunda BEDK'ya itiraz yolu açıktır.[35]

35 https://bedk.adalet.gov.tr/

2.5.2. İkinci Kademe Başvuru

İkinci kademe başvuruda ise ilk aşamada elinde bilgi ve belgeleri bulunduran kuruma yapılan başvurunun hukuka aykırı şekilde sonuçlandırılması üzerine yapılan BEDK'ya itiraz başvurusu bulunmaktadır. İtiraz başvurusunun ise şu esaslar dâhilinde yapılmakta ve değerlendirilmektedir:

- Bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz edebilir.
- İlgili kurum ve kuruluşlar tarafından başvuru sahibine olumlu veya olumsuz herhangi bir cevap verilmemesi halinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca başvuru 30 günün geçmesiyle reddedilmiş sayılır. Zımni red süresinin dolmasının ardından başvurusu reddedilmiş sayılan başvuru sahibi yargı yoluna başvurmadan önce dava açma süresinin başladığı tarihten itibaren 15 gün içinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz edebilir.
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz, başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresini durdurur.
- Kurul, itiraz dilekçesinde aranan şartların bulunmadığını tespit ederse, ara kararı ile bu eksiklik veya aykırılığın 15 günlük sürede giderilmesini, aksi takdirde itirazın reddedileceğini itiraz edene yazılı olarak bildirir. Öngörülen sürede belirtilen eksiklik ve aykırılık giderilmezse itirazın reddine karar verilir.
- Başvuru sahiplerinin Kurula itirazı üzerine Kurul başvurunun yapıldığı kurum veya kuruluştan her türlü bilgi veya belgeyi isteyebilmektedir. Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi 15 iş günü içinde sağlarlar.
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararını 30 iş günü içinde verir. İtiraz, dilekçenin Kurul kayıtlarına girdiği tarihten itibaren 30 iş günü içinde sonuçlandırılır.
- Başvurunun reddedilmesi halinde kararın gerekçesi, başvuru yolları ve süreleri başvuru sahibine bildirilir.

- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun kararı aleyhine 60 gün içinde İlgili İdare Mahkemesinde yargı yoluna gidilebilir.
- Kurul; bilgi edinme başvurusuyla ilgili olarak yapılacak itirazlar üzerine, verilen kararları inceler ve karara bağlar; kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar verir.
- Kurul, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkilidir.
- İtiraz üzerine Kurul ayrıca, başvuru sahibi ile kurum veya kuruluşların, itiraz konusuyla ilgili yazılı veya şifahi görüşlerine başvurabilir, konuyla ilgili uzmanların görüşünü alabilir ve gerekli gördüğü diğer incelemelerde bulunabilir.
- Kurula gönderilen bilgi veya belgeler ile Kurul tarafından edinilen görüş, değerlendirme ve incelemelerden gizlilik derecesi bulunanların korunmasında ve saklanmasında gizlilik ilkesine uyulur. Kurul başkan ve üyeleri ile bu bilgileri derleyen ve değerlendiren tüm personel gizlilik ilkesinin gereklerine uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, Kurul başkan ve üyeleri ile diğer personelin görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder.[36]

2.6.Kurulun Uygulamadaki Yeri

Gerek kurulun yapısı ve Türkiye idari teşkilat yapısındaki yeri gerekse de Kurul tarafından verilen kararların niteliği sonucunda BEDK'nın uygulamadaki yeri ve etkinliği tartışılır bir hal almıştır. Bu bağlamda en çok tartışılan konu Kurul tarafından verilen kararların bağlayıcı olup olmadığıdır. Belirtmek gerekir ki Kurul mevzuatında kararların bağlayıcı olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde ise bir kısım yazarlar Kurul kararlarının bağlayıcı olmadığını, zira Kurula yapılan itiraz başvurusunun idari yargıda işleyen süreleri durdurduğunu savunmaktadır. Bir kısım yazarlar ise bu şekilde bir yaklaşımın doğru olmadığını, zira İYUK 11. madde hükmünde bulunan düzenleme ile bu durumun

36 YILMAZ, Harun. *"Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Kapsamında İtiraz Usulü"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, s. 965 – 986. 2015. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208377

benzerlik taşıdığını ve itiraz başvurusunun idari yargı sürelerini durdurmasındaki amacın uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözülmesinin amaçlandığını belirtmektedir.[37]

BEDK ise kararlarının bağlayıcı olup olmadığı noktasında vermiş olduğu bazı kararlarında değerlendirmelerde bulunmuştur. Örneğin BEDK 25.10.2004 tarih ve 2004/149 başvuru numaralı kararında *"...Kurul kararının aynı konularda yapılan başvurular için 4982 sayılı Kanun kapsamındaki bütün kamu kurum ve kuruluşları için emsal niteliğinde olup, başvurulara bu kararlar doğrultusunda işlem yapılması gerektiği..."* şeklinde karar vermiştir.[38]

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde Kurul kararlarının bağlayıcı olmadığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira Kurul yapısı ve niteliği gereği kendi alanında düzenleyici birtakım kararlar alabilirken benzer olaylar için daha önce verilmiş kararların bağlayıcı kabul edilmemesi Kurulun yapısı ile çelişecektir.

Son olarak Bilgi edinme hakkının ülkemizde nispeten yeni bir hak olması ve bu bağlamda BEDK uygulamalarının da özellikle 09.07.2018 tarih ve 30473/3 üncü Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile artmasıyla kurul etkinliğini artırmıştır. Nitekim Kurul *"12.11.2019 tarihinde Kurul üyeleri Sayın Cumhurbaşkanımızca atanmış ve Kurulumuz faaliyete geçmiştir. Bu nedenle Kurulumuzun faaliyete geçmesinden önce yapılan başvurular peyder pey gündeme alınarak karara bağlanmaktadır."* şeklinde bir açıklama yapılarak kurulun yakın zamanda etkinleştiği de belirtilmiştir.[39]

3. SONUÇ

Bilgi edinme hakkı önemli toplumsal olaylar sonucunda ortaya çıkmış ve temelde hukuk devleti, demokratik ve katılımcı bir yönetim ve iyi yönetişim ilkelerinin bir gereği olarak boy göstermiştir.

37 AZER, Can. a.g.e.

38 Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararı. Başvuru Numarası: 2004/149, Tarihi: 25.10.2004

39 https://bedk.adalet.gov.tr/

Diğer insan haklarına nazaran daha yeni bir hak olarak kabul edilen bilgi edinme hakkı, ülkemizde Avrupa Birliği'ne uyum süreci çalışmaları kapsamında yasallaşmış ve ilk olarak 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu yayınlanmıştır. Sonrasında 2010 Anayasa değişiklikleri ile birlikte hak, anayasal zemine kavuşmuştur.

Bilgi edinme hakkının bu önemi ve nispeten yeni bir hak olması sebebiyle uygulamada çeşitli sıkıntıların ortaya çıkmasını engellemek adına Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur. Kurulun temel görevi ilk kademe başvuruların hukuka aykırı bir şekilde sonuçlandırılmasından sonra ilgililerin yapacağı itiraz başvurularını değerlendirmek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına yönelik kararlar vermektir.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu doktrinde ve buna bağlı olarak uygulamada çeşitli yönleri ile tartışılmaktadır. Bu kapsamda özellikle bağımsız idari otoriteler ile karşılaştırılan Kurul, organik anlamda bağımsız olmaması ancak işlevsel anlamda bağımsız olması ve kendi alanında düzenleyici birtakım işlemler yapabilmesi bağlamında kendine has atipik bir yapı olarak kabul edilebilir.

Kurulun tartışılan bir diğer noktası ise uygulamadaki etkinliğidir. Bu etkinlik ise Kurul tarafından verilen kararların niteliği çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kurul tarafından verilen kararlar bağlayıcı kararlar olup bu kararların bağlayıcı olmadığını savunmak ise yerinde olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- GÖZLER, Kemal. KAPLAN, Gürsel. "İdare Hukuku Dersleri", Ekin Yayınevi, 2018.
- AKYILDIZ, Fulya, DEMİR, Fatih. *"Beşinci Yılında Bilgi Edinme Hakkı: Uşak İli Örneği".* Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 9 (2), 2011, 588-612. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45958
- ALTUNDİŞ, Mehmet. *"Hukuki Güvenlik İlkesi",* Yasama Dergisi, (10), s. 60 – 94. 2008. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1121314
- ATEŞ, Hamza, BUYRUK, Gökçe Ceren. *"Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu",* Ombudsman Akademik Dergisi, Özel Sayı/1, s. 81 – 98. 2018. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/645118

- CANÖZ, Kadir. *"Kamuda Halkla İlişkilerin Yeni Yüzü: Bilgi Edinme Yasası"*. Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 5 (3), s. 141-152. 2013. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/177892
- DEMİREL, Demokaan. *"Küresel Eksende Devletin Yeni Kimliği: Etkin Devlet"*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 60, 105-128
- DERDİMAN, Cengiz. *"Başbakanlık Ve Bakanlık Teşkilatlarında Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yapılan Değişiklikler Ve Hukukî Sonuçları"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (4), 2015. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789051
- GÜL, Kenan Serdar. *"Kamu Yönetiminde ve Güvenlik Hizmetlerinde Hesap Verilebilirlik"* Polis Bilimleri Dergisi, 10 (4), s. 71 – 94. 2008. Bakınız: https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911087.pdf
- KOÇAK, Süleyman Yaman. *"Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı"*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 23. S. 115 – 125. 2010. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1724389
- KÜÇÜK, Ayhan. *"Bilgi Edinme Hakkının Sınırları Ve Bu Hakkın İhlalinde İdare Ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu"*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 81, s. 111 – 139. 2011. Bakınız: https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TVRJMU16SXlNZz09
- SOBACI, Zahid. *"Türk İdari Teşkilatındaki 'Adalar': Bağımsız İdari Otoriteler"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55 (2), 2006. Bakınız: https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/627872
- SOYKAN, Cavidan. *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 63 – 74. 2007. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627696
- ŞENGÜL, Ramaza., *"Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini 'Camdan Eve' Dönüştürür mü?"*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 60 (3), s.-215–234. 2007. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36099
- TAN, Turgut. *"Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar"*, Amme İdaresi Dergisi, 35 (2), s. 11 – 37. 2002. Bakınız: http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/50616/Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z_idari_otoriteler_veya_d%C3%BCzenleyici_kurullar.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- UZUN, Turgay. *"Kamu Yönetimin Değişim ve Bilgi Edinme Hakkı"*, Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 5 (6), s. 229 – 256. Bakınız: http://acikerisim.mu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12809/7233/uzun.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- YILMAZ, Harun. *"Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Kapsamında İtiraz Usulü"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, s. 965 – 986. 2015. Bakınız: https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208377
- ADALI, Nermin. *"Bilgi Edinme Hakkı"*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2004. Bakınız: https://acikerisim.kku.edu.tr:8443/xmlui/handle/20.500.12587/15240

- AZER, Can. *"Bilgi Edinme Hakkı"*, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi. 2010. Bakınız: https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37330/can_azer.pdf?sequen
- CİN, Hadi. *"İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukuk Devleti Ekseninde Bilgi Edinme Hakkı"*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2005. Bakınız: http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/bitstream/handle/123456789/1570/T02009.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- DAMLA, Ayşegül Pınar. *"Türkiye'de Bağımsız Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Aracılığıyla Regülasyon: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Örneği"*, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2019. Bakınız: https://dspace.trakya.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/trakya/4658/0166773.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SELİMOĞLU, Yavuz. *"Kamu Yönetiminde Yönetişimin Bir Unsuru Olarak Şeffaflık ve Bilgi Edinme Hakkı: Karaman Milli Eğitim Müdürlüğünde Bir Uygulama"*, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2010. Bakınız: https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/100094/yokAcikBilim_374264.pdf?sequence=-1&isAllowed=y
- Anayasa Mahkemesi Kararı. 2015/94 Esas, 2016/27 Karar. Bakınız: https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2016-27-nrmd.pdf
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararı. Başvuru Numarası: 2004/149, Tarihi: 25.10.2004
- Ankara Üniversitesi Ders Notları. Bakınız: https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=57557

BONODA DÜZENLEYENİN İMZASI

Eşref Can GÜRBÜZ[1]

ÖZET

Bir kambiyo senedi türü olan bononun geçerli olabilmesi için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birtakım şekil şartları öngörülmüştür. Düzenleyenin imzası, bononun varlık ve geçerlilik kazanabilmesi için gerekli zorunlu unsurlardan birisi olup eksikliği halinde hukuken geçerli bir bononun varlığından söz edilemeyecektir. Bu nedenle kurucu ve zorunlu bir unsur olan "düzenleyenin imzası" konusu özel olarak incelenmiş ve imzanın şekli, imzanın bulunmaması, imza atamayanların durumu, birden fazla kişinin düzenleyen sıfatıyla imza atması, temsilci aracılığıyla imza atılması konularına ilişkin olarak genel açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo senedi, bono, düzenleyen, imza, şekil şartları.

1. BONO

1.1. Tanım

Çek ve poliçeyle birlikte kambiyo senedi türlerinden birini teşkil eden bono; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen geçerlilik koşullarına uygun olarak tanzim edilmesi gereken, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödeme vaadini içeren, düzenleyen ile lehtar arasında ikili bir ilişki kuran kıymetli evrak niteliğindeki bir senettir.

Bono ya da emre yazılı senet, düzenleyen tarafından keşide edilerek emrine düzenlendiği kişi olan lehtara verilen ve lehtara karşı borç tanımasını (ikrarını) içeren, bu yönüyle de ikili ilişki kuran bir kambiyo senedidir.[2]

---

1 Avukat, Ankara Barosu

2 Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/N. FÜSUN, Nomer Ertan: *Kıymetli Evrak Hukuku,* 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 89.

Kambiyo senedi niteliğinde olan ve ticari hayattaki kullanımı ile tedavül yeteneğine sahip bulunan bono, ticari hayattaki kullanımda işlem güvenliğinin sağlanması amacıyla Kanun Koyucu tarafından sıkı şekil koşullarına tabi tutulmuştur.[3] Bu nedenle bir senedin bono niteliğini taşıyabilmesi için Kanun'da öngörülen şekil şartlarını ihtiva etmesi gerekmektedir.

2.2. Şekil Şartları

Bir senedin bono niteliğinde olabilmesi için öngörülen şekil (geçerlilik) şartları; zorunlu şekil koşulları, alternatif zorunlu şekil şartları ve ihtiyari şekil şartları olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır.

2.2.3. Zorunlu Şekil Şartları

Zorunlu şekil şartları, bir senedin bono niteliğinde olabilmesi için varlığı mutlak görülen ve eksikliği durumunda alternatifinin bulunmaması nedeniyle senedin bono niteliğini kaybetmesine yol açan koşullardır. Nitekim zorunlu şekil şartlarının mevcut olmaması durumunda söz konusu senedin bono niteliğinde kabul edilemeyeceği TTK 777/1 maddesinde ifade edilmiştir.[4]

TTK 776. maddede öngörülen zorunlu şekil şartları; senet metninde bono ya da emre yazılı senet kelimesinin bulunması, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödeme vaadi, kime veya kimin emrine ödenecekse (lehtar) onun adı, düzenleme tarihi ve düzenleyenin imzasıdır.

2.2.4. Alternatif Zorunlu Şekil Şartları

Alternatif zorunlu şekil şartları, bonoda yer almaması durumunda senedin bono niteliğini doğrudan sona erdirmeyen, yerini alabilecek başka kayıtların var olduğu şekil koşullarını ifade etmektedir. Bu koşulların zorunlu olmasından kasıt, senette yer almamaları ve alternatifleri olarak kabul edilecek kayıtların da bulunmaması durumunda senedin bono niteliğini kaybedecek olmasıdır.

---

3 Argun Karamanlıoğlu: "Kambiyo Senetlerinde Düzenleyenin İmzası ve Bulunmamasının Sonuçları", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 1, S. 2, s. 90.

4 TTK m. 777/1: "*İkinci ilâ dördüncü fıkralarda yazılı hâller saklı kalmak üzere, 776 ncı maddede gösterilen unsurlardan birini içermeyen bir senet bono sayılmaz.*"

TTK 777/3 ve 777/4 maddelerinde ifade edilen alternatif zorunlu şekil koşulları, düzenlenme yeri ve ödeme yeridir.[5] Bu kapsamda senet üzerinde düzenlenme yeri gösterilmemişse, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yer düzenleme yeri olacak kabul edilecektir. Hakeza senet metinde ödeme yeri düzenlenmemişse, düzenlenme yeri ödeme yeri olarak kabul edilecek; düzenlenme yeri de gösterilmemişse, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yer hem düzenlenme yeri hem de ödeme yeri sayılacaktır.[6]

2.2.5. İhtiyari Şekil Şartları

İhtiyari şekil şartları, bonoda yer almaması durumunda senedin bono olma niteliğini etkilemeyen, bu kapsamda senet metnine yazılıp yazılmaması düzenleyenin takdirine bırakılmış olan kayıtları ifade etmektedir.

Bir bonoda bulunabilecek ihtiyari şekil şartlarından bazıları; vade kaydı, bedelin nakden / malen alındığı, muacceliyet kaydı, yetki kaydı ve görüldüğünde ya da görüldükten belirli bir süre ödenecek vadeyi içerir bonolarda faiz kaydıdır.[7] İhtiyari şekil şartları, bononun geçerliliği açısından zorunlu olmayan kayıtlar olup senet metninde yer alıp almaması da tarafın isteğine bağlıdır.[8]

3. ŞEKİL ŞARTI OLARAK DÜZENLEYENİN İMZASI

3.1. Genel Olarak

İmza; kişinin kimliğini gösteren, irade beyanında bulunan kişiyi teşhis eden ve onu diğer kişilerden ayıran bir işarettir.[9] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 15/1 maddesine göre imzanın kural olarak

---

5 TTK m. 777/3: *"Açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yer, ödeme yeri ve aynı zamanda düzenleyenin yerleşim yeri sayılır."* ; TTK m.777/4: *"Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır."*

6 Talih Uyar: "İcra Hukukunda Bono'nun (Emre Muharrer Senet'in) Geçerlilik Koşulları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Y. 20, S. 74, s. 314.

7 Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 148-149.

8 Gülşah Yılmaz: "Yargıtay Kararları Işığında Bononun Tal'lili", Ankara Barosu Dergisi, 2020, Y. 78, S. 4, s 11.

9 Fikret Eren: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 289.

el yazısı ile atılması gerekmektedir. İmzanın el yazılı olması, bir metne imza koymak suretiyle metinde yazılanların kendi iradesini yansıtmakta olduğunu tasdik edecek olan kişinin imzayı bizzat atması gerektiğini ifade etmektedir.

3.2. İmzanın İşlevi

Senet üzerinde düzenleyene ait şeklen geçerli bir imzanın bulunması, diğer zorunlu unsurların da geçerli olması kaydıyla, o senedin bono olarak kabulü için yeterli görülmektedir. Bu kapsamda imzanın düzenleyene veya yetkili temsilcisine ait olmaması, senedin bono olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı gibi imzaların istiklali (bağımsızlığı) ilkesi gereği senette imzası bulunan diğer müracaat borçlularını da sorumluluktan kurtarmayacaktır. Böyle bir durumda düzenleten, senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir def'i olan sahte imza def'ini ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir.[10]

Doktrinde, yazılı şeklin sonuçlandırma, kimliği tespit, gerçeklik, uyarı, devamlılık ve ispat olmak üzere altı işlevinin bulunduğu ve ilk dört işlevin el yazılı imzaya özgü işlevler olduğu ifade edilmektedir.[11]

Sonuçlandırma işlevi; el ile atılmış olan imzanın, üzerinde yer aldığı metnin tamamını kapsadığını, bu beyanların imza sahibinin iradesiyle oluşturulduğunu ve hukuken bağlayıcı olduğunun imza sahibi tarafından kabul edildiğini, metinde sonradan yapılacak değişiklik veya eklemelerin ise ayrıca yazılı bir beyanla rıza göstermedikçe imza sahibini bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir.

Kimliği tespit etme işlevi; el imza imzanın atılmış olduğu senedi düzenleyenin kim olduğunun tespit ve teşhisini ifade etmektedir.

---

10 Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca: *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar,* 5. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 180; Zeynep Kandemir: *Kambiyo Senetlerinde İşlemlerin Ayakta Tutulması İlkesinin Görünüm Biçimleri ve Bu Senetlerde Bulunabilecek Zorunlu ve İhtiyari Unsurlar,* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 74.

11 Zarife Şenocak: "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 2, s. 125.

Gerçeklik işlevi; el yazısı ile imzalanmış olan belgenin, imza sahibinin elinin ürünü olduğunu, metnin kendisinden sadır olduğunu ifade etmektedir.

Uyarı işlevi; imzanın el ile atılmasının imza sahibinin ani ve düşüncesiz kararlar almasını engellediğini, onu bir kez daha düşünmeye sevk etmek suretiyle imza atarak hukuki geçerlilik ve sonuçlarını kabul edeceği işlemin anlam ve sonuçlarını bir kez daha gözden geçirmeye teşvik ettiğini ifade etmektedir.

3.3. Bonoda Düzenleyenin İmzası

Düzenleyenin imzası, TTK 776/1-g maddesinde bononun zorunlu unsurları arasında sayılmıştır. Böylece bir senedin bono niteliğini haiz olabilmesi için düzenleyenin imzasını ihtiva etmesi gerekmektedir. Bir bonoda, düzenleyenin geçerli imzasının bulunmaması durumunda bono batıl sayılacak olup söz konusu senet bono olarak nitelendirilemeyecektir.[12] Bununla birlikte keşidecinin imzasının bulunması yeterli olup ayrıca keşidecinin adı ve soyadının ya da adresinin yazılmış olması şart değildir.[13]

Açık (beyaz) bono, tedavüle çıkarılırken asgari olarak düzenleyenin imzasını ihtiva eden, bunun dışındaki zorunlu unsurlardan biri ya da tamamı eksik olan bonodur.[14] Böylece düzenleyen, senet üzerine sadece imza atmak suretiyle de bir bono keşide edebilecek olup diğer zorunlu unsurların sonradan tamamlanacağı kararlaştırılabilir. Düzenleyenin imzası, bu yönüyle diğer zorunlu unsurlardan ayrılmaktadır. Nitekim sadece düzenleyenin imzasını ihtiva eden bir senet açık bono olarak nitelendirilebilirken, düzenleyenin imzasının bulunmadığı ancak diğer tüm zorunlu unsurların tamam olduğu bir senet açık bono olarak dahi kabul edilmemektedir. Bu nedenle imza, sadece zorunlu unsur olmayıp bononun varlığı için kurucu unsur niteliğindedir.[15]

---

12 Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 146.

13 Kendigelen/ Kırca, s. 181; Gönen, Eriş: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 728; Uyar, s. 302.

14 Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 156.

15 Kendigelen/ Kırca, s. 178; Karamanlıoğlu, s. 94.

İmza, el ile atılan imza ve güvenli elektronik imza olmak üzere iki türlüdür. TBK 15/1 maddesine göre güvenli elektronik imza, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı için metnin elektronik veya el yazılı imza ile imzalanmış olması arasında, kural olarak, bir fark bulunmamaktadır. Ancak bir poliçenin tanzim edilmesinde Kanun, imzanın mutlaka el ile atılmış olmasını aramakta olduğu için düzenleyen tarafından elektronik imza kullanılmak suretiyle bir bono düzenlenemeyecektir. Nitekim TTK 756/1 maddesinde poliçe üzerindeki beyanların el ile imzalanması gerektiği belirtildikten sonra 756/2 maddesinde el ile atılan imza yerine mekanik herhangi bir araç veya işaret veya resmi şahadetnamenin kullanılamayacağı belirtilmiştir. Poliçeye ilişkin TTK 756. maddesi, TTK 778/1-i maddesi gereğince bonolarda da uygulanacak olup bonoların tanzim edilmesi için de düzenleyenin mutlaka el ile imza atmış olması gerekecektir. Hakeza güvenlik elektronik imza ile bono tanzim edilemeyeceği, TTK 1526/1 maddesinde de açıkça düzenlenmiştir.[16]

Bononun tanzim edilebilmesi için imzanın el ile atılması şart koşulmuşsa da senet metninin el yazısıyla yazılması zorunlu değildir.[17] Böylece imza dışındaki zorunlu unsurların el yazısıyla yazılması şart olmayıp matbu senet metinlerinin imzalanması suretiyle de bono tanzim edilmesi mümkündür. Senet metninin tamamen el yazısıyla yazılmış olması durumunda, metin ile imzanın aynı kalemle yazılmış olması da zorunluluk teşkil etmemektedir.[18] Hakeza imzanın kurşun kalemle dahi atılması mümkündür.[19]

Senetteki imzanın el ile atılmasını öngören TTK 756/1 hükmünün nasıl yorumlanması gerektiği, el ile imza atma kudretinden yoksun olup da diğer uzuvlarıyla imza atabilecek durumda olan

16 TTK m. 1526/1: *"Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz."*

17 Fırat Öztan: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 89; Karamanlıoğlu, s. 96.

18 Eriş, s. 728; Öztan, s. 212.

19 Ali Bozer/Celal Göle: *Kıymetli Evrak Hukuku,* 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2021, s. 89

kişilerin bono tanzim edip edemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu hususta bazı yazarlar, Kanun lafzının dar yorumlanması gerektiğini, fiziki sakatlık veya okuma yazma bilmemesi nedeniyle imza atamayan kimselerin imza yerine geçecek el işareti, parmak izi veya mühür kullanabileceğine dair TBK 16/1 hükmünün, yine TBK 16/2 maddesi gereğince kambiyo senetlerinde uygulanamayacağını, hükmün kapsamına sadece el ile atılan imzalar dâhil olup el dışında başka bir uzuvla atılacak imza ile bono tanzim edilemeyeceğini belirtirken; bazı yazarlar, TBK 16/1 hükmündeki imza atmama hallerinin hangi nedenlere dayandığının açıkça belirtilmediğini, bu nedenle imzanın mutlaka el ile atılmasının gerekmediğini, böylece el ile imza atamayan kişilerin diğer uzuvlarıyla da imza atıp bono tanzim edebileceklerini belirtmektedir.[20] Bizim de katıldığımız görüşe göre önemli olan, imza sahibinin iradesini beyan etmesi ve imza atmak suretiyle senet metnindeki düzenlemenin kendisi açısından hukuki sonuç doğurmasına muvafakat ettiğini ortaya koyabilmesi olduğu için imzanın mutlaka el ile atılması zorunluluğu gözetilmemeli; iradesini beyan etme kudretine sahip olan kişilerin fiziki engelleri dolayısıyla el ile imza atamayacak olsalar da diğer uzuvları ile (ağız, ayak parmakları vs.) atacakları imza ile bono tanzim edebileceklerini kabul etmek gerekmektedir.

İmzanın şekline ilişkin Kanun'da bir düzenleme bulunmamakta birlikte sadece düzenleyenin imzasının bulunmasının yeterli olduğu, bunun yanı sıra düzenleyenin adı ve soyadının da yazılmasının şart olmadığı ifade edilmektedir.[21] Düzenleyenin sadece adını ve soyadını yazmış olmasının imza olarak addedilebilmesi için ad ve soyadın imza atma iradesiyle yazılmış olması, düzenleyenin bu şekilde imza atmayı alışkanlık haline getirmiş olması gerektiği Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında ifade edilmektedir.[22]

---

20 Sema Taşpınar Ayvaz: "Türk Borçlar Kanunu Ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, S. 1, s. 333, dn. 35; Karamanlıoğlu, s. 98, Eren, s. 294.

21 Reha Poroy/Ünal Tekinalp: *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları,* 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 285.

22 Yargıtay 12. HD, E. 2014/32833, K. 2015/4052, T. 26.02.2015; Yargıtay 12. HD, E. 2011/3979, K. 2011/20647, T. 25.10.2011; Yargıtay 12. HD, E. 2001/509, K. 2001/1336, T. 29.01.2001.

İmzanın metnin neresine atılması gerektiği hususunda Kanun'da bir açıklık bulunmamakla birlikte, imzanın metin içerisindeki irade beyanına kesinlik ve bağlayıcılık sağlayacağı, metinde ifade edilen hususların kabul edildiğini göstereceği için bütün metni kapsayacak şekilde senedin ön yüzüne metnin sonuna atılması gerektiği ifade edilmektedir.[23] Sonuçlandırma işlevi gereğince imzanın metnin sonuna atılması ve imza atıldıktan sonra metinde yapılacak değişiklikler yahut eklemelerin imza sahibi tarafından yeniden imzalanmak suretiyle kabul edilmiş olması gerekmektedir.

3.4. Birden Fazla Kişinin Birlikte Bono Düzenlemesi

Bir bononun birden fazla kişi tarafından düzenlenmesi mümkündür. Bu durumda bononun her bir düzenleyen tarafından ayrı ayrı imzalanması gerekmektedir. Birden fazla kişi tarafından keşide edilen bonoya ilişkin düzenleyenler arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi doğmaktadır.[24]

Bir bono birden fazla kişi tarafından düzenlendikten sonra düzenleyenlere ait imzalardan birkaçının çizilmiş olması, bononun geçerliliğini etkilemeyecektir.[25] Bu nedenle imzası çizilmemiş olan düzenleyenler arasındaki müteselsil sorumluluk ilişkisi devam edecektir. Hakeza senet üzerinde düzenleyenlerden en az birinin geçerli imzası bulunmak kaydıyla, diğer düzenleyenlere ait imzaların çizilmiş olması senedin bono olma niteliğini etkilemeyecektir. Zira önemli olan senet üzerinde, düzenleyene ait en az bir tane geçerli imzanın bulunmasıdır.[26] Bu kapsamda düzenleyenlere ait imzaların tamamı çizilmiş ise, geçerli bir imzanın varlığından söz edilemeyeceği için, zorunlu unsurlardaki eksiklik söz konusu olacak ve senet, bono olma niteliğini yitirecektir.

TTK 701/3 maddesine göre, poliçede muhatabın ve düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere senedin ön yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılmaktadır. Söz konusu düzenleme, TTK 778/3 gere-

---

23 Hasan Pulaşlı: *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları,* 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 125; Bozer/ Göle, s. 89; Kendigelen/ Kırca, s. 179; Eren, s. 297.

24 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 147.

25 Karamanlıoğlu, s.101.

26 Kendigelen/ Kırca, s. 179.

ğince bonoda da uygulanacaktır. Hal böyleyken senedin ön yüzüne, hangi sıfat ve iradeyle atıldığına dair şerh düşülmeksizin imza atılması durumunda bu imzaların hukuki nitelendirmesinin yapılması gerekecektir. Nitekim herhangi bir açıklama yapılmaksızın atılan imzanın aval şerhi olarak kabul edilmesi durumunda avalist, hamile karşı, lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olduğu için hamile yapmış olduğu ödeme sonrasında bu ödemenin tamamını TTK 702/3 gereği ilgili sorumlulardan talep edebilecektir. Buna karşılık herhangi bir açıklama içermeyen imzanın düzenleyen sıfatıyla atıldığı kabul edildiğinde, ilgili imza sahibi yapmış olduğu ödemeyi müteselsil sorumluluk hükümlerine göre (TBK m.61, 62) iç ilişkide rücu edecektir. Bu konuda doktrinde, senedin ön yüzünde birden fazla imza bulunup da imza sahiplerinin sıfatına ilişkin bir tereddüt bulunması durumunda, tüm imza sahiplerinin düzenleyen sıfatıyla sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[27]

Bir senedin bono niteliğine kavuşabilmesi için, düzenleyen sıfatıyla imza atmış borçlulardan en az birisinin el ile atılmış ve geçerli bir imzasının bulunması yeterlidir. Bu nedenle düzenleyenlerin tamamının imzalarının geçerli olması zorunlu olmayıp en az bir tane geçerli imzanın varlığı halinde geçerli bir bonodan bahsedilebilecektir.[28] Ancak düzenleyenlerin tamamının imzaları geçersiz ise, ilgili senet bono olarak nitelendirilemeyecektir.[29]

3.5. Görme Engellilerin İmzası

TBK 15/3 hükmünde görme engelliler, imza atma hususunda imza atamayan kişilerden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Buna göre görme engelli kişiler, bir senede imza atarken şahit bulundurulmasını talep ederlerse şahit huzurunda; bunu talep etmemeleri durumunda doğrudan imza atabileceklerdir. Söz konusu düzenlemenin getiriliş amacının, teknolojinin ilerlemesiyle birlikte görme engellilerin bakış açılarının gelişmesi, görme engel-

27 Mahmut Coşkun: *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku,* 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 177; Karamanlıoğlu, s. 102.

28 Coşkun, s. 405.

29 Poroy/ Tekinalp, s. 154; Karamanlıoğlu, s. 103; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 147.

lileri korumaya yönelik önceki düzenlemelerin onların toplumsal hayata katılmalarına engel olduğu, yanlarında tanık bulundurup bulundurmamaya, attıkları imzanın ne anlama gelip gelmediğine ve o imzanın gereklerini yerine getirmeye görme özürlü bireylerin kendilerinin karar vermeye yetkili ve hakları oldukları 5378 sayılı Kanun'un tasarı metni gerekçesinde ifade edilmiştir.[30]

Böylece görme engelli kişiler, imza atmak suretiyle bono tanzim ederken dilerlerse bu işlemi tanık huzurunda yapabilecekleri gibi dilerlerse de doğrudan imza atmak suretiyle de gerçekleştirebilirler. Ancak bu konuda doktrinde, her ne kadar atılacak imzanın hukuki sonuçlarını tayin ve takdir etme hususunda görme engellilerin doğal bir hakkı bulunsa da, mevcut durumları gereği menfaatlerinin korunması ve ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların hukuk güvenliğini tehlikeye düşürmesi olasılığı nedeniyle kambiyo senedi tanzim ederlerken en azından bir tanığın işlem sırasında hazır bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.[31] Gerçekten de görme engellilerin fiziki durumları gereği, imza atacakları metne ilişkin olarak aldatılma ihtimallerinin bulunması yahut kendi iradeleriyle bonoyu tanzim ettikten sonra senet üzerinde yazılı bedeli kabul etmemiş olup başka bir değer üzerinden bono tanzim etmiş olduklarını ileri sürebilme ihtimalleri karşısında, ticari hayatta kambiyo senetlerine duyulan güvenin ve tedavül kabiliyetinin korunması adına görme engelliler tarafından tanzim edilecek bononun tanık huzurunda yahut noter onayı ile keşide edilmesi gereğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

3.6. Temsilci Aracılığıyla Bono Düzenlenmesi

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere, o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denilir.[32] Bir bononun temsilci aracılığıyla düzenlenmesi mümkündür.[33] Temsil, doğrudan olabileceği gibi dolaylı olması da mümkündür. Doğrudan temsilde temsilci, üçüncü kişi

30 https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss969m.htm (02.06.2023)

31 Karamanlıoğlu, s. 106.

32 Eren, s. 444.

33 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 147.

ile yapmakta olduğu hukuki işlemi temsil olunan adına yürütmekte olduğunu bildirmekte ve TBK 40/1 maddesi gereği yapılan hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, doğrudan temsil olunanın hukuk alanında sonuç doğurmaktadır. Buna karşılık dolaylı temsilde temsilci, temsil olunan adına hareket etmekte olduğunu bildirmemekte olup hukuki işlemleri kendi adına ve temsil olunan hesabına yapmaktadır. Temsil yetkisinin varlığına rağmen temsil durumu belirtilmeksizin senedin imzalanması durumunda (dolaylı temsil), hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, temsilcinin hukuk alanında doğmakta ve sorumluluk temsilciye ait olmaktadır.[34]

Gerçek kişiler bakımından yapılacak olan incelemede, fiil ehliyetini haiz gerçek kişiler kendi iradeleriyle ve herhangi bir makamdan izin almaksızın bizzat bono tanzim edebilirken; velayet altındaki çocuğun velisi, küçüğü temsilen; vesayet altındaki küçük ve kısıtlılar açısından ise vasi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 462/1-b.5 hükmü gereğince vesayet makamının izniyle; kendisine yasal danışman atanmış sınırlı ehliyetliler ise TMK 429/1-b.8 gereğince yasal danışmanın görüşünü almak suretiyle bono düzenleyebileceklerdir.

Tüzel kişiler açısından yetkili organ, temsil etmekte olduğu tüzel kişilik adına bono tanzim edebilecektir. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkta ise ortaklar, aksine bir karar almamışlarsa, TBK 625/1 gereği yönetici sıfatını taşıyacak olup ortaklığı temsilen ve diğer ortakları da borç altına sokacak şekilde bono düzenleyebilirler.[35]

Ticari temsilci, TBK 548/1 maddesi gereği ticari işletme sahibi adına bono düzenleyebilirken; ticari vekil, TBK 551/2 gereğince açıkça yetkili kılınmadıkça ticari işletme sahibini temsilen bono düzenleyemeyecektir.

Bir temsil ilişkisinde temsilci, temsil ilişkisini belirtmeksizin temsil olunanın adını yazması ve bonoyu bizzat kendisinin imzalaması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda imza temsilciye,

34 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 147.

35 Bozer/ Göle, s. 212; Karamanlıoğlu, s. 108.

düzenleyen adı ve soyadı ise temsil olunana ait olmaktadır. Bu ihtimalde senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişilerden imza araştırması yapması beklenemeyeceği için bonodan kaynaklı sorumluluğun, temsil olunan tarafından icazet verilmedikçe, temsilciye ait olduğu kabul edilmektedir.[36]

Yetkisiz temsil; bir kimsenin, kendisine yetki verilmemiş olunmasına rağmen başka bir kişi adına hukuki işlem yapmış olmasıdır. Bu türden bir işlemi gerçekleştiren kişi ise yetkisiz temsilcidir. Yetkisiz temsil; temsil olunanın temsilciye hiçbir yetki vermemesi veya temsilcinin hukuki işlemi yaparken kendisine verilen yetki sınırını aşması ya da temsil yetkisi sona ermesine rağmen temsil olunan adına hukuki işlemler yapılmış olması durumlarında ortaya çıkar.[37]

TBK 46/1 maddesine göre bir kimse, yetkisi olmadığı halde temsilci sıfatıyla hukuki işlemlerde bulunursa bu işlem, ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlayacaktır. Böylece temsil olunan tarafından onama verilinceye kadar sözleşme, askıda hükümsüz olacaktır.[38] TBK 47/1 maddesine göre ise temsil olunan, yetkisiz temsil ilişkisinden kaynaklanan hukuki işleme muvafakat vermediği takdirde hukuki işlem geçersiz olacak ve yetkisiz temsilci de başkası adına hareket etmekte olduğundan sözleşmenin tarafı haline gelmeyeceği için işlemin geçersiz olması nedeniyle sözleşmenin diğer tarafının uğradığı zararları yetkisiz temsilci karşılayacaktır.[39] TBK 46/1 ve 47/1 maddelerindeki düzenleme, bonoların yetkisiz temsilci aracılığıyla tanzim edilmesi durumunda uygulanmayacaktır. Nitekim poliçede yetkisiz temsilin sonuçlarını düzenleyen TTK 678. maddesi, TTK 778/2-e gereğince bonolarda da uygulanacaktır.

TTK 678. maddesine göre, temsilci olmaması rağmen temsilci sıfatıyla poliçeye imza koyan kişi, o poliçeden bizzat sorumlu olacaktır. Aynı maddede, yetkisini aşan temsilci açısından da durumun aynı olduğu belirtilmek suretiyle temsil olunan tarafından

36 Karamanlıoğlu, s. 110.

37 Eren, s. 473.

38 Eren, s. 474.

39 Eren, s. 478.

verilen yetkiyi aşacak şekilde işlem tesis eden temsilcinin, bu işlemden sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede yetkisiz temsilci tarafından keşide edilen bonoya temsil olunan tarafından onay verilmemesi, bonoyu geçersiz kılmayacak ve hukuki görünüşe güven ve imzaların bağımsızlığı ilkeleri gereği bono üzerinde imzaları bulunan diğer kişilerin sorumluluğu aynen devam edecektir.[40]

Böylece yetkisiz temsile ilişkin TBK ve TTK'da farklı rejimler öngörülmüştür. Nitekim TBK 47/1 maddesine göre yetkisiz temsilci, temsil olunanın onay vermemesi durumunda işlemin geçersiz olması nedeniyle karşı tarafın uğradığı menfi zararı tazmin etmek durumunda iken; TTK 678. maddesine göre yetkisiz temsilci, imza atmış olduğu senetten bizzat sorumlu olup yapmış olduğu ödeme sonrasında temsil olunanın sahip olabileceği hakları elde edecektir. Ancak TBK 46. maddede öngörülen temsil olunanın onaması (icazeti), TTK 678. madde kapsamında da uygulama alanı bulacağı, böylece temsil olunanın onayı ile başta yetkisiz temsilci tarafından keşide edilen bononun temsil olunanı bağlayacağı kabul edilmektedir.[41]

TTK 678. maddesine göre, yetki sınırını aşan temsilcinin de tanzim ettiği bonodan bizzat sorumlu olmaktadır. Ancak böyle bir durumda yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre temsilci, temsil olunan tarafından tanınan yetki sınırı aşacak şekilde işlem yapmışsa, bu işlemin tamamından şahsen sorumlu tutulmalıdır. Temsilci, hamile yapmış olduğu ödeme sonrasında, kendisine tanınan yetki sınırına kadar olan kısmı temsil olunandan isteyebilecektir; ancak ilk aşamada hamile karşı, bonoda yazılı bedelin tamamından sorumlu tutulmalıdır. İkinci görüşe göre temsilci, temsil olunan tarafından kendisine tanınan yetki sınırına kadar olan kısma ilişkin şahsen sorumluluğu bulunmamaktadır. Böylece temsilci, hamile karşı, bono bedelinden temsil sınırını aşan kısmına ilişkin sorumlu tutulacak olup yetki sınırına kadar olan kısım için temsil olunanın sorumluluğu doğacaktır. Üçüncü görüş ise sorumluluğun bölünmesinin bono bedelinin ödenmesini isteyen hamil açısından zor bir

40 Karamanlıoğlu, s. 111.

41 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 148.

durum ortaya çıkaracağı, hamile fazladan yükümlülük getireceği gerekçesiyle yetki sınırını aşan temsilcinin borcun tamamından sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durumda temsil olunan ise, temsilciye tanımış olduğu yetkide belirttiği sınır kadar temsilciyle birlikte müteselsil sorumlu tutulmalıdır.[42]

Her ne kadar temsilci, temsil olunan tarafından kendisine tanınan yetki sınırını aşacak şekilde işlem tesis etmiş olsa da sonuçta temsil olunan tarafından tanınmış bir yetki sınırı mevcut olduğundan, temsilci tarafından yapılan işlemden dolayı temsil olunanın sorumlu tutulmaması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle biz de yetki sınırına kadar olan kısım için temsil olunanın, yetki sınırını aşan kısım için temsilcinin sorumlu tutulması gerektiğini belirten ikinci görüşe katılmaktayız.

4. BONODA DÜZENLEYENİN İMZASININ BULUNMAMASININ SONUÇLARI

Senet metninde, düzenleyenin el ile atılmış bir imzasının bulunmaması, o senedin bono olma niteliğini ortadan kaldıracaktır. Bu bakımdan, düzenleyen sıfatını taşıyan kişiye izafe edilebilecek asgari bir imzanın bono üzerinde yer alması gerekmektedir.[43] Düzenleyenin imzası, zorunlu unsurlardan olup eksikliği, senedin batıl olmasına yol açacaktır.[44] Ancak düzenleyenin imzasını içermemekle birlikte düzenleyen tarafından tanzim edilmiş olan bir bononun, düzenleyen aleyhine yazılı delil başlangıcı olarak kabul edileceği ileri sürülmektedir.[45]

Bonoda düzenleyenin imzasının bulunmaması, senedi bakıldığında anlaşılabilecek bir husustur. Bu nedenle düzenleyenin imzasının bulunmaması, senet metnin anlaşılabilen bir def'i olup bu def'iyi herkes herkese karşı ileri sürülebilecektir.[46] Böyle bir du-

42 Serdar Acar: "Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, 2006, C. I, S. 2, s. 32-33.

43 Kendigelen/ Kırca, s. 179.

44 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 146; Pulaşlı, s. 229.

45 Uyar, s.303.

46 Poroy/ Tekinalp, s. 97; İbrahim Arslan: "Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 16, S. 1, s. 16.

rumda senet, bono olma vasfını da yitirecektir. Zira düzenleyenin imzası, bono için zorunlu unsur olmasının yanında kurucu unsur niteliği de arz etmektedir.[47]

Bir bono, el ile atılan imza dışında mühür, işaret, parmak izi vb. unsurlarla düzenlenemeyeceği için, düzenleyenin imzasının bulunmamasının yanı sıra bir imza mevcut olup da bu imza el ile atılmamışsa, bu durum da senet metninden anlaşılan bir def'i olup senedin bono niteliğinde olmadığı herkese karşı ileri sürülebilecektir.

Birden fazla düzenleyenin bulunduğu bir bonoda, bir ya da birkaç imzanın üstünün çizilmesi veya el ile atılmamış olması gibi nedenlerle geçersiz olması durumunda, tek bir geçerli imzanın bulunması halinde senet bono niteliğini koruyacak ve imzaların bağımsızlığı ilkesi gereği senette imzası bulunan kişiler, bu hususu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Görme engelli bir kişinin keşide ettiği bononun içeriğini bilmemesi durumunda, bu husus senet metninden anlaşılamayacağı için senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir def'inin söz konusu olacağı ve görme engelli kişi bakamından bono bağlayıcı olmamakla birlikte hukuki görünüş ve işlem güvenliği ilkeleri gereğince bononun geçerli olmaya devam edeceği ve bonoda imzası bulunan diğer kişilerin sorumluluktan kurtulmayacağı ifade edilmektedir.[48]

Yetkisiz temsilcinin düzenlemiş olduğu bonoda, temsilciye hiçbir yetki verilmemişse, yetkisiz temsilci bonodan bizzat sorumlu olacak; temsilci yetki sınırını aşarak işlem yapmışsa yetki sınırına kadar olan kısım için temsil olunan, yetki sınırını aşan kısım için temsilcinin sorumluluğuna gidilecektir. Her iki durum da senet metninden anlaşılamayacak olup senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir def'i söz konusu olacaktır.

İmzanın sahte olması ise senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir def'i olup adına düzenleyen sıfatıyla sahte imza atılan kişi bonodan sorumlu olmayacak ve bu durumu herkese karşı ileri sürebilecektir.[49]

---

47 Karamanlıoğlu, s. 112.

48 Karamanlıoğu, s. 112.

49 Karamlıoğlu, s. 113.

5. SONUÇ

Geçerli bir bononun varlığından söz edilebilmesi için, senet metninde TTK 776. maddesinde belirtilen zorunlu unsurların var olması gerekmektedir. Zorunlu unsurlar, mutlak zorunlu ve alternatif zorunlu olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Mutlak zorunlu unsurların eksikliği, başka unsurlarla tamamlanabilir olmadığı için senedin bono olma niteliğini sona erdirecektir. Alternatif zorunlu unsurlar ise senet metninde var olması gereken, ancak senette yer almamaları durumunda alternatif kayıtların mevcudiyeti halinde bononun geçersizliğine yol açmayan unsurlardır.

Düzenleyenin imzası, TTK 776/1-g maddesine göre bononun zorunlu unsurları arasında sayılmış olmakla birlikte aynı zamanda kurucu unsur olma niteliği taşımaktadır. Nitekim bir senet, TTK 776. maddede öngörülen bütün zorunlu unsurları ihtiva etmiş olsa da düzenleyen tarafından atılmış geçerli bir imzanın bulunmaması halinde bir bono olarak addedilemeyecektir. Bu nedenle düzenleyenin imzası, zorunlu unsurlar içerisinde varlığı en önemli unsur olarak göze çarpmaktadır. Kaldı ki bir bono, sadece düzenleyenin imzasını ihtiva etmekle açık (beyaz) bono olarak tedavüle çıkabilecek olup bonoda bulunması gereken diğer zorunlu unsurların daha sonradan doldurulabileceği hususunda anlaşmaya varılabilecektir. Böylece senet metninde düzenleyenin imzasının bulunması kaydıyla, tedavüle çıkarılırken diğer zorunlu unsurların senet metninde yer almaması, senedin bono olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır.

Bononun tanziminde imzanın el ile atılması zorunlu olup güvenli elektronik imza, mühür, kaşe, parmak izi vb. sair suretle bono tanzim edilmesi mümkün değildir. “El ile atılacak olan imzadan” kastın, fiziki anlamla el ile imza atamamakla birlikte diğer uzuvlarıyla imza atabilecek olan kişileri de kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim burada önemli olan, düzenleyenin imzasını mutlaka el ile atması değil; senet metnindeki beyanların kendi hukuk alanında sonuç doğuracağını kabul ettiğini gösterecek iradeyi ortaya koyabilmesidir. Ayrıca düzenleyen, senet metninde yer alan beyanların kendisini bağlayacağını kabul edeceği için imzayı, senet metnini kapsar şekilde ön yüze ve senedin alt kısmına atmış olmalıdır.

Birden fazla kişinin birlikte bono tanzim edebilmesi de mümkün olup böyle bir durumda düzenleyenler arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi doğacaktır. Birden fazla kişi birlikte bono düzenledikten sonra, bir ya da birkaç düzenleyenin imzası geçersiz olursa, düzenleyenlerden en az birinin geçerli imzasının bulunması kaydıyla, senet bono olma niteliğini muhafaza edecektir. Düzenleyenlerin tamamının imzası geçersiz ise o senet artık bono olarak addedilemeyecektir.

Senet metninde düzenleyenin imzasının bulunmaması yahut imzanın el dışında bir araçla atılmış olması, senet metnine bakıldığında kolayca anlaşılabilecek bir durum olup senetten anlaşılabilen bu def'iyi herkes herkese karşı ileri sürebilecektir. Buna karşılık senetteki imza, yetkisiz temsil veya sahte imza gibi senet metninden anlaşılamayacak nedenlerle geçersiz ise imzaların istiklali (bağımsızlığı) ilkesi gereği senet bono olma niteliğini koruyacak olup senette imzası bulunan diğer kişiler, bu geçersizliği ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Bozer, Ali/ Göle, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2021.
- Coşkun, Mahmut: Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Eriş, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Kendigelen, Abuzer/ Kırca, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 24. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 21. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. FÜSUN: Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

- Acar, Serdar: Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi 2006, C. I, S. 2, s. 27-42.
- Arslan, İbrahim: Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 16, S. 1, s. 11-28.
- Karamanlıoğlu, Argun: Kambiyo Senetlerinde Düzenleyenin İmzası ve Bulunmamasının Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 1, S.2, s. 89-116.
- Narbay, Şafak/ Al Kılıç, Şengül: Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444 Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sıfatının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 1, s. 193-223.
- Şenocak, Zarife: Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2001, C. 50, S. 2, s. 97-135.
- Taşpınar Ayvaz, Sema: Türk Borçlar Kanunu Ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 61, S. 1, s. 321-350.
- Uyar, Talih: İcra Hukukunda Bono'nun (Emre Muharrer Senet'in) Geçerlilik Koşulları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2008, Y. 20, S. 74, s. 290-325.
- Yılmaz, Gülşah: Yargıtay Kararları Işığında Bononun Tal'lili, Ankara Barosu Dergisi 2020, Y. 78, S.4, s. 2-36.
- Kandemir, Zeynep: Kambiyo Senetlerinde İşlemlerin Ayakta Tutulması İlkesinin Görünüm Biçimleri ve Bu Senetlerde Bulunabilecek Zorunlu ve İhtiyari Unsurlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

ECZACININ İLACIN YOL AÇTIĞI ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

Av. Yağmur ÜNSAL KARAŞEN [1]

Av. Yaren KURU [2]

Özet

Eczacıların görevlerin ifasını gerçekleştirirken sahip olmaları gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. İş bu yükümlülükleri kapsamında da insan sağlığını tehlikeye sokmayacak şekilde hareket etmeleri gerekecektir.

Eczacıların görevlerin ifası sırasında sahip olması gereken özen yükümlülüğü ve sorumluluklarının insan sağlığını tehlikeye sokacak sonuçlara sebebiyet verecek şekilde ihmal edilmesi halinde de meydana gelen zararların nasıl, ne şekilde ve hangi hukuki dayanaklar çerçevesinde tazmin edileceği meselesi, tahlil edilmesi gereken önemli bir vaziyeti teşkil etmektedir. Bu hukuki meselelerin çözümünde ise öncelikle eczacı ile hasta arasındaki ilişkinin hangi hukuki ilişkiye dayandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira eczacı ile hasta arasındaki ilişkiden meydana gelen zararın tazminini değerlendirdiğimizde ilişkinin sözleşmesel bir ilişkiye dayanabilmesi söz konusu olabileceği gibi haksız fiil sorumluluğundan da bahsetmemiz mümkün olabilecektir. İş bu çalışma eczacıların ilacın yol açtığı zararlardan sorumluluğunun anlatılmasına dair çabamızın bir ürünüdür.

Anahtar Kelimeler

Eczacı, Sorumluluk, Sözleşme, Kusur, Aydınlatma.

1 Avukat/İstanbul Barosu üyesidir.

2 Avukat/İstanbul Barosu üyesidir.

1.Giriş

Toplum sağlığının korunması adına görev ifa edenler arasında eczacıların önemli bir görevin üstlenicisi olduğu hepimizin malumudur. İş bu görev kapsamında insanlara verilen hizmetin ise bir kamu hizmeti olduğunu kabul etmemiz gerektiği de kaçınılmaz olacaktır. Kamu hizmeti olarak nitelendirdiğimiz hizmetlerin ifasında, iş bu hizmetleri verenlerin üzerine düşen önemli sorumlulukları ve bu bağlamda da bir özen yükümlülüğü olduğu nazara alındığında eczacılarımız için de aynı şekilde önemli sorumluluklar ve bir özen yükümlülüğü bulunduğunu hatta bu özen yükümlülüğünün "yüksek özen" boyutunda olduğunu söylemekte fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki eczacılık mesleğini icra edenlerin görevlerinin ifasında uyması gereken, mesleki görev ve sorumluluklarının sınırlarını belirleyen bir takım yasal düzenlemelere de ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim eczacılık mesleğine ilişkin olarak Türk Hukukunda, 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik ve Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır.

Eczacılarımızın görevlerin ifası sırasında sahip oldukları sorumluluklarının ve özen yükümlülüğünün bir an için ihmal edilmesi insan sağlığını tehlikeye sokacak sağlık problemlerinin doğmasına sebebiyet verebilecektir. Bu sağlık sorunlarının yarattığı zararlar bakımından ise şayet zararların tazmini yoluna gidilmek isteniyorsa artık burada bazı hukuki tartışmalar gündeme gelebilecektir.

Eczacılarımızın görevlerinin ifasında hastaların zarar görmesine sebebiyet verecek eylemlerinin hukuki çerçevede tek tek üzerinde durulması her ne kadar sayfalarca bir çalıştırmayı gerektirecek ise de bunun küçük bir çabası olarak değerlendirilecek iş bu çalışmamızın birinci bölümünde eczacının kanuni düzenlemeler muvacehesinde sorumluluğuna, ikinci bölümünde eczacının sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğuna, üçüncü bölümünde ise eczacının haksız fiil sorumluluğuna kısaca değinilecek ve bu sorumluluktan hareketle de zararların tazmininin ne şekilde ve nasıl gerçekleştirileceği ve son olarak dördüncü bölümde ise eczacının aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğü hususları üzerinde kısaca durulacaktır.

2.Eczacının Sorumluluğu

Eczacılık mesleğini, hastaya konulan tanı çerçevesinde ilaçları sunan, hazırlayan ve ilaçların kullanımına ilişkin olarak ayrıntılı bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğüne haiz bir şekilde faaliyetlerini yürüten sağlık hizmeti şeklinde tanımlamak mümkündür.[3] [4]

Hastalıklara ilişkin tanının konulmasının akabinde doktor tarafından hastalığın önlenmesinde veyahut tedavisinde kullanılacak "reçeteli" ilaçların, reçeteli olmayıp "reçetesiz" olan ilaçların veyahut eczacının inisiyatif almak suretiyle kendisinin hazırlayarak hastaya sunduğu ilaçların hastaya satışı bakımından eczacılarımızın "yüksek özen yükümlülüğü" kapsamında önemli sorumlulukları bulunmaktadır.[5] Nitekim eczacıların sorumluluğuna yönelik olarak da Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesinde [6] açıkça yüksek özen yükümlülüğüne işaret edilecek şekilde "azami dikkat ve ihtimamın" gösterilmesi gerekliliğinden de bahsedilmiştir. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki eczacılık mesleği, aşırı dikkat ve özen gösterilmek suretiyle ifa edilmesi gereken bir meslek grubudur.

Eczacıların aşırı dikkat ve özen göstermek suretiyle görevlerini ifa ederken kullandıkları ilaçlar dolayısıyla zarar gören hastaların kendisine bu ilacı sunan eczacıdan zararın tazminini talep etmek

---

3 Ayrıntılı "eczacılık" tanımı için; Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun Md. 1 (Resmî Gazete, 18/12/1953– 6197);Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik Md. 4/ç bendi. (Resmî Gazete, 12/04/2014– 28970)

4 Eczacılık tanımı için; Doğar, M. (2021). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29 (4). s. 3258-3259; Mehmet, D. (2010). İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (89). s.119

5 Bursa BAM 8.H.D., 21.09.2018 T., 2018/355 E., 2018/981 K. sayılı kararında eczacılık mesleğinde "yüksek özen ilkesinin" esas olduğu ifade edilmiş olup bu ilkenin esas olmasının da mesleğin insan sağlığı ile doğrudan bağlantılı olmasından kaynaklandığı belirtilmiştir. (Erişim:Lexpera, Erişim Tarihi:03.04.2023)

6 Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün 3. Maddesinde; *"Eczacı, reçeteyi yazan hekim, reçetede adı yazılı hasta veya reçeteyi getiren kişi kim olursa olsun; cinsiyet, dil ırk, milliyet, felsefi inanç, din ve mezhep, ahlaki düşünce, karakter ve kişilik, toplumsal seviye, mevki ve siyasi düşünce ayırımı yapmaksızın ilacını hazırlama ve reçete sahibine verme hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür"* belirtilmiştir. (Resmî Gazete, 9.7.1968, 6/10314)

bakımından da hak sahibi oldukları aşikardır. [7]Burada ise eczacı-hasta arasındaki ilişkisinin nasıl bir hukuki ilişkiye dayandığını tespit etmek zaruridir. Zira eczacının hastaya sunduğu ilacın kullanımı bakımından ortaya çıkabilecek tüm sonuçlar için aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğinden bahsettiğimizde[8] burada bir vekilin sorumluluğunda olduğu gibi bir vekalet ilişkisinden bahsetmemiz gerekecek[9] ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerekecektir. Yine eczacının kendisinin hazırlayarak hastaya sunduğu ilaç bakımından meydana gelecek zararlarda eczacının kendi mahsulü olan bir ilacı hastaya sunmuş olması nedeniyle burada bir eser sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsetmemiz gerekecek dolayısıyla eser sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulamamız gerekecektir. Son olarak genel itibariyle eczacının ilacı hastaya sunarak satışını gerçekleştirdiği ilişkide, temelde satım sözleşmesine dair bir ilişkinin kurulduğundan da bahsetmemiz gerekecek bu sefer de satış sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulamamız gerekecektir.[10] Ayrıca eczacının sorumluluğunun sadece sözleşmesel bir sorumluluktan ibaret olmadığını ayrıca haksız fiil sorumluluğu niteliğinde de olabilmesinin mümkün olduğunu belirtmeliyiz.[11]

3. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Eczacının hastaya ilaç satışı yapması durumunda ilacın kullanımı dolayısıyla meydana gelen zararların eczacı bakımından sorumluluğun tahlil edilmesinden önce eczacı ile hasta arasındaki

---

7 Demir, M. (2010). Eczacılık Mesleğinin Hasta Hakları ve Rekabet Hukuku Açılarından Değerlendirilmesi. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 26, s. 101-102; Doğan, C. (2016). Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2). s.56

8 Aydınlatma Yükümlülüğü bakımından bknz.; Özel, Ç. & Büyüktanır, B. G. Ö. (2008). Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 66 (2). s.327-344.

9 Yenipınar, F.B. (2017), *Tıbbi Sorumluluk.* On İki Levha Yayıncılık, s.12-13; Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin anayasa ve uluslararası hukuk kuralları ile güvence altına alınmış olması ve hekimin vekalet sözleşmesi muvacehesinde hastaya sağlık hizmeti vermiş olması nedeniyle en hafif kusurundan dahi sorumluluğun doğacağı ifade edilmiştir. Aynı yorumlamanın eczacı-hasta arasındaki ilişkide de söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

10 Alp, C. (2014). Ayakta tedavilerde özel sağlık kuruluşunun eczacının ve ilaç üreticisinin sorumluluğu (Yayın No: 358757) [Yüksek Lisans, Kadir Has Üniversitesi]. s.69

11 Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O.(2016).s.223

ilişkinin hangi sözleşmesel ilişkiler kapsamında değerlendireceğini belirlemek önem arz etmektedir. Bu bölümde kısaca bu ilişkilere değinilecek ve sözleşmeden doğan sorumluluğun mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için de hangi koşul ve şartların bulunması gerektiği üzerinde durulacaktır.

3.1.Genel Olarak

Eczacı hekimin yazdığı reçetedeki ilaç ne ise bunu hastaya ya da yakınına vermeli aksi yönde de herhangi bir tavsiyede bulunmamalıdır.[12] Yine eczacı, hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında gerekli olan araçları güvenli bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında ayrıntılı bilgi aktarımının yapılmasını sağlar. [13] Eczacının bu yükümlülüklerinin sadece reçeteli ilaçlar bakımından değil reçetesiz ilaçlar bakımından da aynı şekilde mevcut olduğunu belirtmeliyiz.[14] Bu bağlamda eczacı ile hasta arasında ilaç satışına ilişkin kurulan ilişkiden sadece satış sözleşmesi değil aynı zamanda bir vekil gibi ilacın kullanımına ilişkin gerekli bilgi aktarımı ve kullanım talimatlarını da anlatan eczacının hasta ile vekalet sözleşmesi ilişkisi içerisine de girdiği aşikardır. Bu nedenle hasta ile eczacı arasındaki ilişkinin hem vekalet hem de satış sözleşmesini barındıran karma nitelikli bir sözleşme olduğu da sabittir.[15] [16] Ancak burada bazı durumları birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Şöyle ki; eczacının reçeteli bir ilaç satışı gerçekleştirmesi halinde temelde bir satış sözleşmesi olduğunu, reçetesiz ilaç satışında ise yine bir satış sözleşmesinin mevcut olduğunu ancak eczacının bir ilaç önerisinin akabinde ilacı satın alan hasta ile eczacı arasında vekalet sözleşmesi ve satış sözleşmesi unsurlarını içeren atipik

12 Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün 5. Maddesi.

13 Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik Md. 7/a bendi.

14 Eczacının, esasında ilacın kullanımı ve dolayısıyla tüketim aşaması ile ilgili olarak hastaları uyarma yükümlülüğünün bulunmadığı ancak reçetesiz ilaçlar bakımından böyle bir yükümlülüğünün bulunduğuna dair; Mehmet, D. (2010). İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.121

15 Alp, C. (2014).s.70

16 Eczacı ile hasta arasında esasında bir satış sözleşmesinin mevcut olduğu ancak duruma göre vekâlet sözleşmesinin ya da eser sözleşmesinin varlığından da söz edilebileceğine dair; Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O. (2016). Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu. Ankara Barosu Dergisi, s.222

bir sözleşmenin olduğu, çok sık görülmese de eczacının ilacı kendi mahsulü olacak şekilde hazırlayarak hastaya sunması halinde de bir eser sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedileceğini ifade etmek gerekmektedir.[17]

3.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları ve Sonuçları

Eczacı ile hasta arasındaki ilişkinin; reçeteli, reçetesiz veyahut eczacının kendi mahsulü olan bir ilacı hazırlamak suretiyle ilaç satışı gerçekleştirmesi hallerine göre farklılık gösterecek şekilde sözleşmesel ilişkinin satış, vekalet ya da eser sözleşmesi olarak adlandırılacağını yukarıda ayrıntısı ile izah ettik. İşte burada sözleşmesel ilişkiden kaynaklı sorumluluğun mevcudiyetinden bahsedebilmek için de birtakım şartların var olması gerekecektir.

3.2.1.Sözleşmeye Aykırı Davranış

Eczacının hastaya ilaç satışı gerçekleştirmesi halinde bu ilacın kullanımı dolayısıyla meydana gelecek zararlardan eczacının sorumlu tutulabilmesi için ve bu sorumluluğun da sözleşmesel bir ilişkiden bahisle doğduğunu kabul edebilmemiz için ilk olarak sözleşmeye aykırı bir davranışın varlığından söz etmemiz gerekmektedir.[18] [19]

3.2.2. Kusurun Varlığı

Eczacılık mesleğinin yüksek özen gerektiren bir meslek grubu olduğunu yukarıdaki açıklamalarımızda ayrıntısı ile izah etmiştik. Bu sebeple eczacının kasti olarak ya da ihmali dolayısıyla yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde meydana gelecek zararların doğumunda da açıkça kusurlu olduğunu kabul etmek gerekecektir.[20] Buradaki kusurun ifade edildiği şekilde kasti olarak meydana gelmesi mümkün olabileceği gibi ihmali bir davranış dolayısıyla da meydana gelmesi mümkündür.

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün 5. maddesi kapsamında belirtildiği üzere eczacı hastaya hekimin yazdığı reçetedeki ilaç ne

17 Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O., s.222-223; Alp, C.s.68-69

18 Eczacının sözleşmeye aykırı davranışının bir satım sözleşmesindeki satıcının sözleşmeye aykırı davranışına kıyasla daha fazla çeşitlilik gösterebileceğine dair;Alp, C.s.71

19 Sözleşmeye aykırı ifanın eksik ifa ya da fazla şeklinde de sübut bulacağına dair; Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O.. (2016).s.227

20 Alp, C., s.71

ise bunu hastaya ya da yakınına vermeli aksi yönde herhangi bir tavsiyede bulunmamalıdır. Aksi yönde bir ilaç tavsiyesi ile hastaya ilaç satışı yapılacak ise de eczacı, gerekli aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmiş olmalıdır.

Bu bağlamda ifade edilmelidir ki; eczacılık mesleğine ilişkin olarak Türk Hukukunda mevcut olan, 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik ve Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü şeklindeki düzenlemelere aykırılık teşkil edecek herhangi bir kusur veyahut ihmal dolayısıyla sübut bulmuş davranışlar dolayısıyla hastada meydana gelecek zararlardan eczacının sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Zira eczacılık mesleğini ifa edenler yüksek bir özen sorumluluğu altında bulunmaktadırlar.

3.2.3. Zarar

Eczacının hastaya satışını gerçekleştirdiği ilaç dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilmesi için malum olunduğu üzere bir zararın mevcut olmasının gerekliliğinden bahsedilecektir.[21]

3.2.4. İlliyet Bağı

Eczacının hastaya satışını gerçekleştirdiği ilaç dolayısıyla meydana gelecek zarardan bahisle sorumluluğuna gidilebilmesi için elbette sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranış ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının mevcut olması şartını da aramamız gerekmektedir.[22]

Eczacının sözleşmeye aykırı davranışı dolayısıyla hastada bir zarar meydana gelmemiş ise burada uygun illiyet bağının mevcut olmadığı kabul edilecek ve dolayısıyla da eczacının sorumluluğuna gidilemeyecektir.[23]

---

21 Tedavi sürecine dair eksik bilgi verme ya da ilaç kullanımına dair eksik veya hatalı aydınlatma nedeniyle hastanın zarara uğraması halinde eczacının hastanın uğradığı zararı giderme yükümlülüğünün bulunduğuna dair; Özel, Ç. & Büyüktanır, B. G. Ö. (2008). Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 66 (2). s.333; Mehmet, D. s.121

22 Alp, C.,s.76

23 Bursa BAM 8.H.D., 21.09.2018 T., 2018/355 E., 2018/981 K. sayılı kararında; *"**Bu durumda erken doğum nedeniyle değil, ancak eczacı kalfasının yanlış ilaç vermesi nedeniyle,** davacı annenin ve babanın yaşadığı sıkıntı, üzüntü ve stres ve bu yanlış ilaç nedeniyle gebeliğin durumuna ilişkin davacıların; Uludağ Ünüversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi, Bursa Jimer Hastanesi ve İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi*

3.3. Yardımcı Kişilerin Fiilinden Kaynaklanan Sorumluluk

Eczacılar, görevlerini ifa ederken yanlarında işlerin ifasında yardımcı olacak kişiler çalıştırabilmektedirler. Hatta bu kişiler toplumca da bilindiği üzere "eczane kalfası, eczane teknikeri" şeklinde isimlendirdiğimiz unvanlara sahiptirler. [24]

Eczacıların görevlerinin ifasında yanlarında personel çalıştırabileceği, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğinin 37. maddesinde de açıkça hüküm altına alınmıştır. [25]

Eczacıların yanlarında çalıştırdıkları personellerin yasaya aykırılık teşkil edecek şekilde, ilaçları eksik veyahut hatalı vermesi, reçete ile satılması zorunlu olan ilaçları reçetesiz bir şekilde satması gibi insan sağlığını tehlikeye sokacak zararların doğmasına sebep bir kısım eylemlerde bulunması da olasıdır.[26]

Eczacının yardımcı kişi sıfatıyla yanında çalıştırdığı kişilerin eylemleri dolayısıyla hastanın zarara uğramasına sebebiyet vermesi halinde de TBK Madde 116/1'de; [27]"yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" başlığıyla düzenlenmiş hüküm kapsamında değerlendirme yapılması gerekecek ve bu minvalde de eczacının yanında çalıştırdığı personelin verdiği zararları da gidermekle yükümlü ola-

---

*Genetik Polikliniği için yapmış oldukları sağlık harcamaları ve yol ve konaklama masraflarının ilgili kurumlardan istenilerek hesap bilirkişisi tarafından hesaplanarak maddi tazminatın belirlenmesi, manevi tazminat yönünden ise; yukarıda açıklanan olayın özellikleri yanında, "yüksek özen" sorumluluğu olan sağlık mesleği yapan eczacı K2 ile çalışanı K3 yönünden uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Diğer davalı F3 İlaç Firması yönünden ise; ilacın her ne kadar ismi ve kutusu birbirine benzemekte ise de, diploma sahibi yüksek özen borcu olan eczanede satılması ve yanlış ilaç verilmesinde ilaç firmasının kusuru ve eylemle, uygun illiyet bağı olmaması nedeniyle sorumluluğunun olmadığı yönündeki mahkeme kararı doğrudur."*belirtilmiş olup karara bakıldığında da görüleceği üzere zararın neyden kaynaklandığı, zarar ile sözleşmeye aykırı davranış arasında bir illiyet bağının var olup olmadığının araştırmasına gidildiği sabittir. (Erişim:Lexpera, E.T.:03.04.2023)

24 Eczacı teknikeri, eczane destek personeli, eczacı teknisyeni, eczacı kalfası gibi ünvanlar adı altında çalıştırılanların eczacılık faaliyetlerinin yürütülmesine katkı sağlayan ancak yasal olarak eczane açmaya yetkisi bulunmayan kişiler olarak tanımlandığı; Doğar, M., s.3264

25 Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğinin 37. Maddesi; *"Eczanelerde çalışan personel, eczane mesul müdürünün sorumluluğu altında çalışır."* hükmünü havidir.

26 Doğar, M., s.3260

27 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 116/1 (Resmî Gazete, 04/02/2011– 27836)

cağı kabul edilecektir. [28]

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi ve devamı bentlerinde yer verilen sorumsuzluk anlaşmalarının eczacılık mesleğini icra edenler bakımından uygulama alanı bulmasının kabul edilmesi mümkün değildir.[29] Bunun mümkün olmamasının eczacılık mesleğinin uzmanlık gerektiren bir iş olmasından dolayı olduğunu belirtenler bulunmakta olup kanaatimizce de bu sebep dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasının mümkün olamayacağını düşünmekteyiz.[30]

3.4. Ayıptan Kaynaklanan Sorumluluk

Eczacının hastaya sunduğu ve satışını yaptığı ilaç, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3/1/h'de [31] belirtilen "mal" olarak kabul edildiğinde mal olarak kabul edilen ilacın kullanımı dolayısıyla meydana gelen zararların tazmininde de bu sefer 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında değerlendirme yapmak gerekecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamındaki sorumluluğun salt tüketici satışları bakımından değil, tüm tüketici işlemleri bakımından uygulanması mümkündür. [32]

Hastanın, eczaneden satın aldığı ilaç dolayısıyla gördüğü zararlarını "ayıplı mal" bakımından 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında düzenlenmiş hükümler doğrultusunda tazmin edebilmesi için öncelikle "ayıp teşkil eden bir eksik-

---

28 Doğar, M., s.3261; Gültekin, F. (2018). Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (35).s.377; Reisoğlu, S. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.361-366

29 Alp, C.,s.76; Sorumsuzluk anlaşmasının hekimler yönünden de kabul edilmeyeceğine dair; Yenipınar, F.B., s.15-16

30 Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun TBK m. 116 f. 2 hükmü ile tamamen kaldırılmasına imkân tanımışsa da, sorumluluk, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen ve uzmanlık gerektiren hizmet, meslek veya sanatın icrasından kaynaklandığı takdirde iş bu sorumsuzluk anlaşmasının yapılmayacağına dair; Yağcı, M. (2018).Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116). On İki Levha Yayıncılık.s.170; Ayrıca eczacı ve onun yardımcı kişisi arasında akdedilen sorumsuzluk anlaşmasının kesin olarak hükümsüz olacağına dair; Doğar, M., s.3282

31 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Madde 3/1/h (Resmî Gazete, 28/11/2013– 28835)

32 Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O., s.225

lik" söz konusu olmalı ve ayıp "önemli, gizli bir ayıp" olmalıdır. Ayrıca ilaçtaki bu ayıbın da en geç "ilacın hastaya teslimi sırasında" yani "hasarın geçişi anında" var olması gerekmektedir. İş bu koşulların mevcudiyeti halinde hastanın eczacıdan satın aldığı ilaç dolayısıyla meydana gelen zararı "ayıplı mal" dolayısıyla meydana gelmiş olduğundan bu zararın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun muvacehesinde temin etmesi mümkün olabilecektir.[33]

Hastanın belirtilen şartlar dahlinde 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamındaki "ayıplı mal" olarak nitelendirilecek ilaç kullanımı dolayısıyla gördüğü zararın tazmininde sahip olduğu haklar bulunmaktadır. Bu haklar TKHK Madde 11'de sayılmış dört tane seçimlik haktan ibarettir.[34] [35] Bu bağlamda hasta, eczacının satışını gerçekleştirdiği ilaç dolayısı ile zarara uğradığında TKHK kapsamında talepte bulunacak ise; satılanı geri vermeye hazır olduğunu belirterek sözleşmeden dönebilir, satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteyebilir, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz bir şekilde onarılmasını isteyebilir veyahut mümkünse, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteyebilir.

Hasta ayrıca TKHK Madde 11'de bahsi edilen seçimlik haklar dışında TKHK Madde 11/6 doğrultusunda iş bu seçimlik haklardan biri ile birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.[36]

4. Haksız Fiil Sorumluluğu

Eczacı ile hasta arasında ilaç satışına ilişkin kurulan ilişkide ilacın kullanımından bahisle meydana gelen zararın tazmini değerlendirilirken eczacı bakımından sözleşmeden doğan sorumluluk dışında ayrıca bir haksız fiil sorumluluğunun da nazara alınması

33 Alp, C.,s.77-82; Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O., s.225-231

34 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Madde 11'de seçimlik haklar; *"a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, b) Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, ç) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme"* şeklinde ifade edilmiştir.

35 Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O., s.233-237

36 Alp, C.,s.82; Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O., s.236

gerekmektedir. İkinci bölümde sözleşmeden doğan sorumluluğun şartlarına ve sonuçlarına değinmiştik. Bu bölümde ise haksız fiil sorumluluğunun kapsamı anlatılacak ve eczacı ile hasta arasındaki ilişkiye nasıl uygulanabilir olacağı üzerinde kısaca durulacaktır.

4.1. Genel Olarak

Eczacı ile hasta arasındaki hukuki ilişki şayet sözleşmeye dayanmıyor ise, eczacının hukuka aykırı eyleminin haksız fiil niteliğinde olduğu kabul edilecek ve bu bağlamda da TBK'nın haksız fiil sorumluluğu bakımından hükümlerini değerlendirmek gerekecektir. Ancak burada hem TBK Madde 49'da kusura dayalı olarak yer verilen haksız fiil sorumluluğunun hem de TBK Madde 66'da kusursuz sorumluluk başlığı altında yer verilen adam çalıştıranın sorumluluğunun tahlil edilmesinde fayda bulunmaktadır.

4.2. Eczacının Kusura Dayalı Sorumluluğu

Eczacı ile hasta arasındaki hukuki ilişki şayet sözleşmeye dayanmıyor ise eczacının bizzat kendisinin kusurlu, hukuka aykırı eylemi neticesinde hasta bakımından bir zarar ortaya çıkmışsa burada TBK Madde 49[37] kapsamında hareket etmek gerekmektedir. Eczacının haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilecek hukuka aykırı eylemlerine örnek olarak; eczacının reçetede belirtilen dışında hastaya yanlış bir ilaç satması, satışı yasaklanmış ilaçları hastaya satması, eczanede bulunması gereken ilaçların bulunmaması şeklinde belirtebiliriz.[38]

Eczacı, hukuka aykırılık teşkil eden "kusurlu davranışı" nedeniyle hastanın zarar görmesine sebebiyet vermişse bu zararı tümüyle gidermek zorundadır.[39] [40] Ancak eczacının iş bu zararı giderme yükümlülüğünün doğabilmesi için de kusurun ve zararın varlığı ile iş bu kusur ile zarar arasında da illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir. Aksi halde eczacının TBK Madde 49 hükmü çerçe-

---

37 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Md. 49; *"(1)Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (2)Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."* hükmünü havidir.

38 Büyüktanır, B. G. Ö. & Karaosmanoğlu, D.O., s.223 (Dipnot)

39 Alp, C.,s.82

40 Aynı sorumluluğun hekimler için de geçerli olduğuna dair; Yenipınar, F.B., s.18-22

vesinde hastanın zararını gidermek bakımından sorumluluğunun bulunduğundan bahsedilemeyecektir.

4.3. Eczacının Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu (Kusursuz Sorumluluğu)

Eczacıların görevlerini ifa ederken yanlarında işçi istihdam edebileceğini ve bu durumun Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğinin 37. maddesi kapsamında da açıkça düzenlenmiş olduğunu ifade etmiştik. [41]

Eczacıların yanlarında çalıştırdıkları çalışanlarının hukuka aykırı eylemlerinin hastada bir zarara sebebiyet verdiği nazara alındığında TBK Madde 66 [42] kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Burada eczacının kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın kusursuz olarak sorumlu olduğu bir sorumluluk türünden bahsetmekteyiz. [43]

---

41 Bkz. İkinci Bölüm. 2.3.Başlığı

42 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Md. 66; *"(1) Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. (3) Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. (4) Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir."* hükmünü havidir.

43 Eczacının yanında çalıştırdığı kişinin hukuka aykırı eylemi dolayısıyla "adam çalıştıran" sıfatıyla sorumluluğunun doğacağına dair emsal Yargıtay 13. H.D., 17.05.2018 T., 2015/29611 E. ve 2018/5976 K.; "*Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar Mahkemece, ceza yargılaması neticesinde davacının beraatine, kalfa ...ın cezalandırılmasına karar verildiği, böylece davacının kusurunun bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de; adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin dava tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 818 sayılı B.K'nun 55.maddesi (6098 sayılı TBK'nun 66. maddesi) uyarınca davacı eczacı, çalıştırdığı kalfanın eylemlerinden sorumlu olduğu gibi davalı Kurum ile imzalanan sözleşmenin tarafı olduğundan sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak işlemler de davacı hakkında uygulanacaktır. Mahkemece, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin hükümler gözetilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*" Aynı şekilde Yargıtay 13. H.D., 29.01.2013 T., 2012/25363 E. ve 2013/1811 K.; "*istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin B.K'nun 55. maddesi hükümlerine göre davacı eczacının çalıştırdığı kalfa ... eylemlerinden sorumlu olacağının kabulünün gerektiği de gözönüne alınarak B.K'nun 53. maddesi gözetilerek ... yönünden devam eden ceza davasının sonucu beklenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*" (Erişim:- Lexpera, E.T.:04.04.2023)

Eczacının, çalışanının hukuka aykırı eyleminden kusursuz olarak sorumlu tutulmasının başlıca nedeni; adam çalıştıran sıfatına haiz eczacının, çalıştırdığı kişinin gerekli eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığını işe alımdan önce araştırması ve buna göre hareket etmesi gerekliliğidir.[44] Bu bağlamda ifade etmeliyiz ki eczacının sahip olması gereken objektif bir özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Şayet gerekli dikkati ve itinayı göstermezse de meydana gelen zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulacaktır.[45]

Eczacının TBK Madde 66 kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi için çalışanı ile arasında bir istihdam ilişkisi söz konusu olmalı, zarar işin görülmesi sırasında ve bu işle ilgili olarak meydana gelmiş olmalı ve elbette uygun bir illiyet bağı da bulunmalıdır.[46]

Eczacı çalışanının hukuka aykırı eylemi dolayısıyla hastaya verdiği zarar bakımından, TBK Madde 66'da da yer verildiği üzere zararın doğmasına engel olacak şekilde gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde sorumlu olmayacaktır. Yine eczacı çalışılan ortamın zararın doğmasına mâni olacak elverişlilikte olduğunu ispat ederse meydana gelen zarar bakımından sorumluluğu doğmayacaktır.[47]

5. Eczacının Aydınlatma/Bilgilendirme Yükümlülüğü

Eczacılık mesleğinin yüksen özen yükümlülüğünü ihtiva eden bir meslek olduğunu yukarıdaki anlatımlarımızda izah etmiştik. Bu kapsamda tartışılması gereken önemli bir mesele de eczacıların ilaç satışını gerçekleştirdiği hastaya, satışı yapılan ilaç bakımından aydınlatma ve bilgilendirme yapmak yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. [48]

Eczacıların aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında değerlendirme yaparken de eczacının hastaya bir tanı koyarak

---

44 Doğar, M., s.3272-3273

45 Reisoğlu, S., s.181

46 Reisoğlu, S., s.182-186; Doğar, M., s.3270-3276

47 Mehmet, D., s.124

48 Eczacının, hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında gerekli olan araçları güvenli bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olması gerektiği ve bunlar hakkında ayrıntılı bilgi aktarımının yapılmasını sağlaması gerektiğine dair anlatım yaptığımız; Bknz. İkinci Bölüm, s.3

uygulanacak tedaviyi belirleyecek mahiyette adeta bir hekim gibi hareket etmesinden bahsedilmemektedir. [49] Burada eczacının bir hekim gibi değil yani hekimin yerine geçmeden ancak satışı yapılan ilaç konusunda sahip olduğu mesleki bilgi birikimi ve tecrübelerine dayanmak suretiyle hastaya gerekli aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesinden bahsedilmektedir. Örnek vermek gerekirse; hekimin hastaya tedavi kapsamında yazmış olduğu reçetedeki ilacın normal kullanım dozundan farklı olacak şekilde belirlenmiş olduğunu ve bu dozda kullanımının da hastaya açıkça zarar verebilecek ihtimalini mesleki bilgi ve birikimi ile değerlendiren/değerlendirmesi gereken eczacının ilacın hekimin belirlediği dozda kullanılması halinde meydana gelecek tüm sonuçlardan hastayı aydınlatması ve bilgilendirmesi gerekmektedir.

Eczacının aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün hastaya sunduğu tüm ilaçlar bakımından da söz konusu olduğunu ayrıca ifade etmek gerekmektedir. Yani burada kast edilen şey reçeteli, reçetesiz veyahut eczacının kendisinin mahsulü olacak şekilde hazırlanarak hastaya sunulan tüm ilaçlar bakımından eczacının aydınlatma ve bilgilendirmeye yönelik bir ödev ve sorumluluğunun mevcut olduğudur. Ancak özellikle ifade edilmelidir ki reçetesiz ilaçlar bakımından yapılacak aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün daha fazla bir önem arz ettiği de bir başka gerçekliktir. [50] [51] Bu önemin bir hekimin değil de doğrudan eczacının mesleki bilgisi çerçevesinde hastaya bir ilaç sunulmasından kaynaklandığı da açıktır. Zira hekimin uygulanacak tedaviyi belirlerken yaptığı tahlillere, tıbbi testlere eczacının ulaşarak bir kanaate varması mümkün olmayacağı gibi eczacının bunlara erişmesinin mümkün olması halinde dahi uygulanacak tedaviyi ve bu kapsamda kullanılacak ilaçları bir hekim gibi belirleyebilmesi kendisinden beklenemeyecek olduğundan böyle bir halde eczacının reçetesiz bir şekilde hastaya önerdiği ilacın kullanımının yaratacağı tüm sonuçlardan hastayı bilgilendirmesi ve aydınlatması gerekmektedir.

---

49 Özel, Ç. & Büyüktanır, B. G. Ö. (2008).,s.339

50 Aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğünün reçeteli ilaçlar bakımından daha dar bir kapsamı ihtiva ettiği, reçetesiz ilaçlar bakımından ise bu yükümlülüğün daha geniş olduğuna dair; Doğar, M., s.3287

51 Özel, Ç. & Büyüktanır, B. G. Ö. (2008).,s.340

Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünden farklı olarak eczacının aydınlatma yükümlülüğünde, hastanın aydınlatıldığına ilişkin rıza alınmasından da bahsedemeyiz. Zira eczacının hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir girişimi bulunmamaktadır. Eczacının böylesi bir girişimde bulunması zaten mesleki görev tanımı ve kapsamı dahilinde de değildir. [52]

Bu anlatımlarımız çerçevesinde özetlemek gerekirse, eczacının hastaya satışını gerçekleştirdiği ilaç bakımından iş bu ilaçlar ile ilgili olarak gerekli aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerektiğini bunun mesleğinin ifasının esaslı bir parçasını teşkil ettiğini ve bunun layıkıyla yerine getirilmemiş olduğunun ortaya konulması halinde de ilaç kullanımından doğacak zararlardan eczacının sorumluluğuna gidilebilecek olduğunu ifade edebiliriz.

6.Sonuç

Hekimlerin toplum sağlığının korunması bakımından ne denli önemli bir görev üstlendikleri hepimizin malumudur. Hekimlerin toplum sağlığının korunması adına üstlendikleri görevin esasında önemli bir ayağını da eczacılar oluşturmaktadır. Böylesi önemli bir görevin icra edilmesinde de gereken özen yükümlülüğünün gösterilmesi zaruri olup bunun gösterilmemesi nedeniyle de -kasti veya ihmali davranışlar dolayısıyla- zararların doğması da çok muhtemeldir. Kaldı ki eczacılar iş yoğunluğu dolayısıyla sadece işin ifasına yardım sağlayabilmesi adına yanlarında başkaca kişiler de çalıştırmaktadırlar. Eczacıların kendilerinin sebep olmadığı ancak yanlarında çalıştırdıkları kişilerin sebep olduğu zararlardan dahi sorumluluğunun bulunacağı aşikardır.

Eczacıların ve eczacıların yanlarında çalıştırdıkları kişilerin görevlerinin ifası sırasında hastaya sundukları ilaçlardan kaynaklı bir zarar doğması halinde öncelikle hasta ile kurulan ilişkinin sözleşmesel bir ilişki mi olduğu veyahut bir haksız fiilin işlenmesi halinin mi söz konusu olduğunun tespiti zararın tazminine uygulanacak hukuk normlarının belirlenmesinde önem arz etmektedir.

52 Alp, C.,s.68

Çalışmamıza öncelikle sözleşmesel ilişkiden doğan zararların anlatımı ile başlanmış bu kapsamda yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumluluk ve ayıptan kaynaklanan zararlardan sorumluluk halleri ayrı ayrı izah edilmeye çalışılmıştır. Yine çalışmamızın devamında haksız fiil sorumluluğu kapsamında kusura dayalı ve kusursuz sorumluluk halleri ayrı bir şekilde izah edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki yüksek özen yükümlülüğüne haiz olan eczacıların hastaya sunduğu ilaçların sebebiyet verdiği zararlardan dolayı aleyhlerinde yürütülecek hukuki işlemlerde sorumluluk hallerinden hangisine dayanılacağı, hangi kapsamda ilgili mevzuat gereğince hak ve alacak talebinde bulunulacağı hususları önem arz etmekte olup iş bu çalışmamızın da bu hususları aydınlatmak üzere hazırlanmış olduğunu belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- ALP Cihan, (2014). Ayakta tedavilerde özel sağlık kuruluşunun eczacının ve ilaç üreticisinin sorumluluğu (Yayın No: 358757) [Yüksek Lisans, Kadir Has Üniversitesi]. Yükseköğretim Kurulu.
- BÜYÜKTANIR ÖZCAN Burcu G. & KARAOSMANOĞLU Dilâ OKYAR, (2016). Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu. Ankara Barosu Dergisi,(4).
- DEMİR Mehmet, (2010). Eczacılık Mesleğinin Hasta Hakları ve Rekabet Hukuku Açılarından Değerlendirilmesi. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 26, s. 99-101.
- DEMİR Mehmet, (2010). İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (89). 96-128.
- DOĞAN Cahid, (2016). Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2). 49-81.
- DOĞAR Mehmet, (2021). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29 (4). 3257-3298.
- EREN Fikret, (2010). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara.
- GÜLTEKİN Fatih, (2018). Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (35). 375-403.

- ÖZEL Çağlar & BÜYÜKTANIR, ÖZCAN Burcu, (2008). Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 66 (2). 327-344.
- REİSOĞLU Safa. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- SOYLU Mert, (2021). İlaç hukukunda tazminat sorumluluğu (Yayın No: 701859) [Yüksek Lisans, Akdeniz Üniversitesi]. Yükseköğretim Kurulu.
- YAĞCI Mine, (2018).Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116). On İki Levha Yayıncılık.
- YENİPINAR, BERBEROĞLU Filiz, (2017), Tıbbi Sorumluluk. On İki Levha Yayıncılık.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ'NİN VERDİĞİ İHTİYATİ TEDBİR KARARININ HMK MADDE 396 KAPSAMINDA İRDELENMESİ

Av. Fatih KÖKSALAN[1]

Özet

Geçici hukuki koruma tedbirleri, hukuki korumanın etkinliğini azaltacak ya da ortadan kaldıracak, gecikmesinde tehlike bulunan bir durumun önlenmesi ya da durdurulması söz konusu olduğunda gündeme gelen tedbirlerdir. İhtiyati tedbir ve benzer işlevi gören diğer kurumlar geçici hukuki korumanın türlerindendir. Makalemizde geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati tedbir ve HMK'da öngörülen 'Durum ve Koşulların Değişmesi Sebebiyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması' başlıklı kanun maddesi incelenmiştir. İhtiyati tedbir kararını bölge adliye mahkemesinin vermesi halinde HMK m. 396'da öngörülen talebin nereye ve ne şekilde yapılacağı incelenmiş, uygulamada bu durumun mağduriyet ve karmaşaya yol açıp açmayacağı incelenmiştir. Bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararı bakımından HMK'nın uygulama alanına yönelik esas problem ve tartışma, yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ederken yapılan ihtiyati tedbir konulu istinaf başvurusuna bölge adliye mahkemesince tedbir kararı koyulması halinde gündeme gelmektedir. Bizim de esas üzerinde duracağımız husus ve tartışma bu durumun incelenmesi yönünde olacaktır.

Anahtar Kelimeler

İhtiyati tedbir, Bölge Adliye Mahkemeleri, HMK.

1 İstanbul Barosu Avukatı

1. Geçici Hukuki Koruma Türlerinden İhtiyati Tedbir

1.1. İhtiyati Tedbir'in Tanımı ve Şartları

İhtiyati tedbir, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan geçici hukuki koruma tedbirlerinden birisidir, HMK 389-399 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş geçici nitelikte geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır şeklinde tarif edilmiştir.[2]Kesin korumanın yeterli olmadığı, bunun yanı sıra geçici bir hukuki korumaya da ihtiyaç duyulması halinde ihtiyati tedbir kurumuna başvurulacaktır.[3] İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için temelde iki şartın olduğu söylenebilir: ihtiyati tedbire konu bir hakkın olması ve mevcut bir ihtiyati tedbir sebebi olması.[4]

HMK madde 389'da ihtiyati tedbir şu şekilde ifade edilmektedir:

"Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."

İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için mahkemeye bu yönde yöneltilmiş bir talep olması gerekmektedir[5]. Hukuki yararı olması şartıyla iki taraf da ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. [6]Mahkemenin, talep üzerine ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde bu kararın niteliğinin bir ara karar olduğu doktrinde genel kabul edilen görüş-

2 Y. 1 HD, 10.01.2012 – 436/7

3 Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, "*Medeni Usul Hukuku*", 14. Baskı, Ankara 2013. s. 386

4 Pekcatınez/Atalay/Özekes s. 387

5 Bilge Umar, "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*", Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 1092

6 İbrahim Ercan, "*Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir*", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1992, s.23

tür.[7] Hakimin bir dosyada dava süresince yargılamanın yürütülmesi amacıyla verdiği kararların tümü ara karar olarak nitelendirilir.

1.2. İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyati tedbir kararına farklı şekillerde karşı koymaimkanı vardır. Bunlar tedbiri tamamen kaldırmaya yönelik de olabilir, tedbiri değişikliğe uğratmak suretiyle de olabilir.

"HMK Madde 394

(1) Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz.

(2) İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir. (Ek cümle:22/7/2020-7251/42 md.) Esas hakkında dava açıldıktan sonra, itiraz hakkında, bu davaya bakan mahkemece karar verilir.

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

(4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.

(5) İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara

7 Abdurrahim Karslı, "*Medeni Muhakeme Hukuku*", 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 417

bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz."

İhtiyati tedbir kararının ivedilikle verilmesi gereken hallerde hakim karşı tarafı dinlemeden de ihtiyati tedbir kararı verebilecektir. Yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verilmiş taraf daha sonra bu karara itiraz edebilir. Eğer ihtiyati tedbir kararı iki taraf da dinlenerek verildiyse, aleyhine ihtiyati tedbir kararlı verilen taraf bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurabilecektir. Burada istinafın verdiği kararlar kesindir.[8]

İhtiyati tedbir talebine karşı istinaf yoluna başvurulduğu takdirde mahkemenin verdiği kararın kesin olduğunu belirttik. O halde mevcut bir dava süresince durum ve koşullarda değişiklik meydana gelmesi halinde söz konusu ihtiyati tedbir kararının gözden geçirilmesi için HMK 396'da düzenlenmiş olan "Durum ve Koşulların Değişmesi Nedeniyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması" başlıklı kanun maddesini incelememiz gerekecektir.

1.3. Durum ve Koşulların Değişmesi Nedeniyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması (HMK 396)

İhtiyati tedbir kararı verildikten sonra, mevcut koşullarda bir değişiklik meydana geldiği takdirde, mahkemeden tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilebilir. Bu durum HMK madde 396'da düzenlenmiştir.

"HMK 396

(1) Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir.

(2) İtiraza ilişkin 394 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası, kıyas yoluyla uygulanır."

İhtiyati tedbir kararı verilirken mevcut olan şartların zamanla değiştiği ya da ihtiyati tedbir şartlarının tamamen ortadan kalktığı ileri sürülerek tedbire itiraz edilmektedir. Bu durumda mahkeme

8 Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 393,394

tedbiri tamamen kaldırabileceği gibi tedbirin değiştirerek, uyarlanarak uygulanmasına da karar verebilir. Bu itiraz yoluna yalnız davanın tarafları değil menfaati ihlal edilmiş olan üçüncü kişiler de başvurabilir.[9]Bu talep ve başvuru dilekçe ile yapılır. İtiraz eden taraf itiraz sebeplerini açıkça göstermeli, tüm delilleri dilekçesine eklemelidir.[10] HMK 396'da itiraza ilişkin taleplerin HMK 394'ün üçüncü ve dördüncü fıkrasına kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir.

"HMK 394

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

(4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir."

Bu bakımdan söz konusu ihtiyati tedbir kararına karşı durum ve koşulların değişmesi nedeniyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması talebi yargılamanın yürütüldüğü mahkemeye bir dilekçeyle sunulacaktır.

Burada tartışmalı olan husus ihtiyati tedbir kararını,bölge adliye mahkemesinin koyması halinde söz konusu talebin hangi mahkemeye karşı ne şekilde yapılacağı ve bunun hukuka uygunluğudur. Doktrinde, bu talebin bölge adliye mahkemesine yapılacağını ve bölge adliye mahkemesinin verdiği bu kararların kesin olduğu-

9 Pekcatınez/Atalay/Özekes s. 395

10 HMK 394 (4): "İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir."

nu söyleyen görüşler[11] olsa dahi kanunen bu konuda bir açıklık bulunmaması ve bu talebin muhatabının bölge adliye mahkemesi olması hali tartışmalı bir husustur. Nitekim ilk derece mahkemesinin kabul etmediği bir ihtiyati tedbir talebini kanun yolundayken Bölge Adliye Mahkemesi koymuştur. Bu durumda söz konusu talebin nereye ne şekilde yapılacağıyla ilgili bir açıklık yoktur. Bu uygulamada karmaşa ve mağduriyete yol açabilmektedir.

Her ne kadar temelde bir talebin kararı veren mahkemeye yapılabileceği şeklinde bir düşünce anlayışı benimsense dahi ihtiyati tedbir gibi ivedilikle verilmesi gereken ve yargılama sürecinde geçici koruma sağlayan bu müessesenin yaklaşık ispatla kararının verildiği göz önüne alındığında, zaman içerisinde ihtiyati tedbir kararı verilmesine neden olan durum ve koşulların değişmesi sonucu kararın değiştirilmesi veya kaldırılmasına yönelik olarak yapılacak talebin, dava süreci içerisinde yargılamanın baş muhatabı olan ve görülmekte olan bir davanın aşamalarına bizzat hakim olan ilk derece mahkemesine sunulup sunulamayacağı, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar da göz önüne alınarak tartışılmalıdır.

2. Bölge Adliye Mahkemesinde Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Koyulması

İstinaf incelemesi Türk hukuk uygulamasında 20.07.2016 tarihinde yerini almıştır. İstinaf sözcük anlamı itibariyle bir işe yeniden başlamak, işi yeniden ele almak anlamlarına gelmektedir.[12] İstinafın hukuk dünyasında ki anlamı ise ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı başvurulan kanun yolu olarak ifade edilecektir.

İstinaf mahkemeleri hem hüküm hem de denetim mekanizmalarını içerecek şekilde faaliyet göstermektedir. Yargıtay'dan farklı olarak tahkikat yaparak ve hukuka aykırı gördüğü hususları düzleterek yeni bir karar verebilecektir. Ayrıca İstinaf kanun yolunda Yargıtay'dan farklı olarak sadece hukuki inceleme değil maddi inceleme de yapılmaktadır.

---

11 Baki Kuru / Burak Aydın,"*Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*", 4. Bası, Ankara 2020 s. 472

12 Hakan Pekcanıtez, "İstinaf Mahkemeleri", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Makaleler C. II, İstanbul 2016, s. 224

2.1. Geçici Hukuki Koruma Türleri Hakkında Bölge Adliye Mahkemesi Tarafından Karar Verilmesi

Bölge adliye mahkemeleri bazı uyuşmazlıklar bakımından ilk derece mahkemesi gibi görev yapar. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi gibi davrandığı hallerde dava açılmadan önce veyahut dava sırasında ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. Bu durumda HMK 389. madde uygulama alanı bulacaktır.

İhtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşılık istinafa gidilmesi durumunda bölge adliye mahkemesi iki şekilde karar verebilir: İlki tedbir kararına karşı istinaf başvurusunun reddi kararıdır. Bu durumda bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kesin olup temyiz edilemez. (HMK m.361/1) İkinci olarak bölge adliye mahkemesi istinaf başvurunu kabul edebilir. Bu durumda da bölge adliye mahkemesi duruma göre dosyayı kararı veren mahkemeye ya da başka bir ilk derece mahkemesine gönderebileceği gibi ihtiyati tedbir kararını bizzat kendisi de verebilir. İhtiyati tedbirin amacının gerçekleşmesi ve tedbir talebinin acele verilmesi gerekliliği göz önüne alındığında bölge adliye mahkemesi delilleri kendisi değerlendirerek ihtiyati tedbir hakkında bizzat kendisi karar verebilir. Burada önemli husus bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için yaklaşık ispat faaliyetini yerine getirmiş olmasıdır. Bu yerine getirildiği takdirde bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine yollamadan ihtiyati tedbir kararı verebilecektir.

HMK m.390'a göre ihtiyati tedbir dava açılmadan esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebilecektir. Mahkeme zorunluluk halinde ihtiyati tedbir talep eden tarafları dinlemeden de karar verebilir.

İstinaf başvurusu devam ederken veya istinaf yargılaması sırasında taraflar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.Kanunda belirtilen şartların mevcut olması durumunda istinaf yargılaması esnasında bölge adliye mahkemesi de ihtiyati tedbir kararı verebilir. Bölge adliye mahkemesi ihtiyati tedbir talep edenin hakkının derhal korunması gerektiği kanaatinde olursa ihtiyati tedbir kararını

karşı tarafı dinlemeden de verebilir. Nitekim geçici koruma tedbirleri nitelikleri gereği acele bir şekilde verilmesi ve hayata geçirilmesi gereken kararlardandır.

İhtiyati tedbirin karşı tarafı dinlemeden verilmesi halinde dinlenilmeyen tarafça bölge adliye mahkemesine karşı itiraz gerçekleştirilebilir.[13] İtiraz üzerine verilecek karara karşı temyiz yoluna başvurunun mümkün olup olmadığıyla ilgili bir açıklık olmasa dahi baskın görüş olarak bölge adliye mahkemesi, kendisinin verdiği ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazı kesin olarak karara bağlayacağı yönündedir.

İhtiyati tedbir talebinin reddi ve ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine gidilecek merciinin yasada belirtilen 'kanun yolu' kavramından hangisi olduğu doktrinde tartışmalara yol açsa da doktrindeki bu tartışmaya Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 21 Şubat 2014 tarihli ve 2013/1 E. 2014/1 K. sayılı kararı[14] ile son noktayı koymuştur. Bu karara göre "ilk derece mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi veya bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğunu" belirtmiştir.

İlk derece mahkemesinin kararından sonra istinaf başvurusundan önce ihtiyati tedbirin hangi mahkemeden talep edilebileceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüş;[15] ihtiyati tedbir kararı veren ilk derece mahkemesinden talep edilmelidir. Çünkü istinaf başvuru yapılmadığı müddetçe bölge adliye mahkemesi görevli ve yetkili hale gelmeyecektir. Bir diğer görüşe göre ise ilk derece mahkemesi karar verdikten sonra dosyadan el çekmiş olacağı için artık ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin karar verme aşaması ile istinaf başvurusu arasındaki süre boyunca ihtiyati tedbir talep edilecekse bu talep bölge adliye mahkemesine yöneltilmelidir[16] şek-

13 Umar, s.1138

14 9 17/04/2014 tarih, 28975 sayılı Resmî Gazete

15 Özekes, Pekcanıtez; Usul, s.2470

16 Cengiz Serhat Konuralp, "*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler*" (İhtiyati Tedbirler), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,C. 71, S. 2, 2013, s.238,

linde ifade edilmiştir. Bölge adliye mahkemesi, kanun yolu denetiminde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz koşullarının olup olmadığı üzerinden bir inceleme yapacaktır.

İhtiyati tedbir talebinin reddi durumunda istinaf kanun yoluna başvurulduğu takdirde Bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulursa istinaf başvurusunun esastan reddine; eğer ilk derece mahkemesinin kararını hatalı bulursa ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vererek işin niteliğine uygun ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verecektir. Bu durum geçici hukuki korumanın niteliği gereği hızlı biçimde karar verilmesi gereken bir olgu olmasından ve bölge adliye mahkemesinin aynı zamanda bir hüküm mahkemesi olmasından kaynaklanmaktadır.[17]Görüldüğü üzere ihtiyati tedbir kararı yeri geldiğinde bölge adliye mahkemesi tarafından da verilebilmektedir. Bu durum bölge adliye mahkemesinin hüküm kurma kabiliyetiyle ilişkilendirilebilir.

2.2. Bölge Adliye Mahkemesinin Koymuş Olduğu İhtiyati Tedbir Kararına Karşı HMK m. 396'nın Uygulama Alanı

HMK 396 durum ve koşulların değişmesi halinde talep üzerine ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesi veya kaldırılmasını konu almaktadır. Yukarıda HMK 396'nın tanımı, usulü ve uygulanma alanı anlatılmıştır. Bu bakımdan üzerinde durulması gereken husus, HMK m. 396 kaynaklı talebin bölge adliye mahkemesinin koymuş olduğu ihtiyati tedbir kararına karşı konumu ve uygulama şeklinin netleştirilmesidir. Bu konuda kanunda bir açıklık olmamakla birlikte yukarıda belirttiğimiz üzere bazı görüşlere göre ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme bölge adliye mahkemesi olduğu için HMK m.395 (Teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması) ve HMK m.396 da belirtilmiş taleplerin bölge adliye mahkemesine bir dilekçeyle verilmesi yönünde olduğudur. Bu durum talebin kararı veren mahkemeye yapılması görüşünü temel alarak ilk akla gelen sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durum uygulamada mağduriyetlere yol açabilmektedir.

17 Tülin Kurtoğlu, "Özel *Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*", 1. B., Ankara 2017, s. 204-205

Bölge adliye mahkemesi yapısı ve işlevi gereği hüküm kurma kabiliyetine sahiptir. Bu bakımdan ihtiyati tedbir kararı verebilmektedir. Geçici hukuki koruma tedbirleri konuları gereği ivedilikle karar verilmesi gereken hallerden olduğu için böyle bir kararın bekletilmeden bölge adliye mahkemelerinde verilmesi hukuka elbette uygundur. İhtiyati tedbir bakımından istinaf edilmiş bir kararа bölge adliye mahkemesinde tedbir kararı koyulması halinde; yargılama hala ilk derece mahkemesinde devam etmekte iken mevcut koşulların değişmesi durumunda HMK m. 396 kapsamında ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesi ve kaldırılması talebinin bölge adliye mahkemesine yapılması kanaatimizce hukuken sağlıklı olmayacaktır. Nitekim kanunda da bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte talebin kararı veren mahkemeye yöneltilebileceği görüşü esas alınmıştır.

3. TARTIŞMA VE SONUÇ

Bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararı bakımından HMK m. 396'nın uygulama alanına yönelik esas problem ve tartışma yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ederken, yapılan ihtiyati tedbir konulu istinaf başvurusuna bölge adliye mahkemesince tedbir kararı koyulması halinde gündeme gelmektedir. Bu durum karşısında HMK m. 396'daki talebin tedbir kararını veren bölge adliye mahkemesine mi yoksa davanın görüldüğü ilk derece mahkemesine mi yapılacağı tartışma konusudur. Kanaatimizce bu durum bakımından 'talep kararı veren mahkemeye yapılır' görüşü hukuken sağlıklı olmayacaktır. Çünkü HMK m. 396 belirli bir matematiksel kuraldan ziyade her bir yargılamanın içerisinde ayrı ayrı incelenmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan söz konusu talebin de yargılamaya ilk elden hâkim olan ilk derece mahkemesine yapılabilmesinin mümkün olduğu gerektiği kanaatindeyiz.

İhtiyati tedbir kararının verilebilmesi için temelde iki şartın olduğu söylemiştik. Bunlar: ihtiyati tedbire konu bir hakkın olması ve mevcut bir ihtiyati tedbir sebebi olması. Bu bakımdan bölge adliye mahkemesinin kanaat getirdiği ihtiyati tedbir kararının da temelinde mevcut bir ihtiyati tedbir sebebi yatmaktadır. Bu kararının gerekçesini oluşturan husus burada yatmaktadır. Bu durumun

zamanla değişmesi ve bunun karşısında değişikliğe gidilebilmesi HMK m. 396'da öngörülmüştür. Bu bakımdan da talebin, söz konusu değişikliğin ispatlanması temeline dayandığı söylenebilecek ve bu talep ve ispatın ilk derece mahkemesinde yapılmasının mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz.

Kanunda bu konuda bir açıklık olmaması bir yana, her ne kadar ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme bölge adliye mahkemesi olsa dahi işin esasının bir süreç boyunca incelendiği mahkeme ilk derece mahkemesidir. Nitekim ihtiyati tedbir kararı bir geçici hukuki koruma olupbölge adliye mahkemesi tedbir kararını verdikten sonra esas hakkındaki yargılama ilk derece mahkemesinde devam etmektedir. Bu süreçte dava sürecindeki tüm değişiklikler ve esas hakkındaki yargılamaya dair tüm durumlar ilk derece mahkemesinde görülmektedir.

HMK m. 396 dava süreci boyunca aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kişinin ihtiyati tedbire konu olan durumunda değişiklik olması takdirde mahkemeye bir dilekçeyle bunu sunarak tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını talep edebileceği bir kanun maddesidir. Bu durum her yargılamanın kendi içerisinde değerlendirilmesi gereken sübjektif bir olgudur. Mahkeme durumun koşullarına bakarak tedbir hakkında değişikliğe gidilmesi kanaatinde bulunabilir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararına karşı durum ve koşulların değişmesi sonucu ihtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması talebini doktrinde ki görüşlere göre bölge adliye mahkemesinden talep etmek gerekmektedir. Bu durumun temellendirmesinde ise ihtiyati tedbir kararını veren mahkemenin bölge adliye mahkemesi olmasından dolayı talebin de usulen buraya yapılması gerektiğidir. Bu durum uygulamada birtakım mağduriyetlere yol açabilecektir. Nitekim belirttiğimiz üzere ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme bölge adliye mahkemesi olduğundan bu kapsamda öne sürülen taleplerin de buraya sunulması usulen doğru görünse de sübjektif inceleme yapılması gereken hallerde talebin bölge adliye mahkemesine yapılmasının ne kadar doğru olduğu tartışmalıdır. Çünkü esas bakımından yetkili ve dava bakımından nihai kararı verecek olan mahkeme ilk derece mahkemesidir.

Örneğin; süre gelen bir davada talep edilen ihtiyati tedbir kararını mahkemenin reddettiğini, reddedilen tarafın bu karara karşı istinafa gittiğini ve bölge adliye mahkemesinin ret kararını kaldırarak ihtiyati tedbir kararını kendisinin verdiğini düşünelim. Bu durumun bölge adliye mahkemelerinin hüküm kurma kabiliyetinde olması ve geçici hukuki koruma kararların ivedilikle verilmesi gereken hallerden olması bakımından hukuka uygun ve doğru olduğu söylenecektir. Ancak esas bakımından dava ilk derece mahkemesinde devam ederken ihtiyati tedbir kararında değişikliğe gidilmesi yönündeki taleplerin bölge adliye mahkemesine sunulmasının ve incelenmesinin ne kadar doğru olduğu tartışmalıdır. Nitekim esas bakımından, tarafların durumlarındaki değişikliğin bire bir gözlemlendiği yer ilk derece mahkemesidir. Dava sürecindeki herhangi bir değişiklik ilk derece mahkemesinde gündeme alınacaktır. HMK m. 396'da belirtilmiş olan durum ve koşulların değişmesi nedeniyle tedbir kararının değiştirilmesi veya kaldırılması başlıklı olan kanun maddesinde hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan tarafa karşı sunulmuş bir imkân söz konusudur. Buna göre hakkında tedbir kararı verilmiş olan kişi zamanla durumunda değişiklik meydana geldiğini ispat edebilirse mahkemeden tedbir kararının değiştirilmesini veya kaldırılmasını talep edebiliyor. Bu talep yukarıda belirttiğimiz üzere her olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Bu talebin de davanın esasının görüldüğü ilk derece mahkemesine yapılması, güncel olarak ilk derece mahkemesinin davaya daha hâkim olması nedeniyle yerinde olduğu söylenebilecektir.

Her ne kadar geçici hukuki koruma tedbirleri yapıları gereği ivedilikle verilmesi ve hayata geçirilmesi gereken hallerden olsa dahi aynı şekilde hakkında hukuka uygun olmayacak biçimde aleyhine tedbir kararı verilmiş taraf veya hakkında tedbir kararı verilmiş tarafın durum ve koşulların değişmesiyle tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi gereken bir hal olması durumunda da bu kararın ivedilikle verilmesi gerekmektedir. Nitekim ihtiyati tedbir muhtemel bir hakkı dava süresince koruma misyonu taşısa da hukuka uygunluğu olmayan bir ihtiyati tedbir kararı da aleyhine verilmiş taraf bakımından olumsuzluklara yol açabilecektir. Bu bakımdan da söz konusu kararların ihtiyati tedbir kararında olduğu

gibi ivedilikle verilmesi gerekecektir. Tüm bu nedenler nedeniyle istinaf incelemesi sonucu bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararına karşı HMK m. 396'da öngörülmüş olan talebin ilk derece mahkemesinden istenebilmesinin mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013
- Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara2011
- İbrahim Ercan, "Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya1992
- Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012
- Baki Kuru / Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2020
- Hakan Pekcanıtez, "İstinaf Mahkemeleri", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Makaleler, C. II, İstanbul 2016
- Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları
- Cengiz Serhat Konuralp, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013
- Tülin Kurtoğlu, Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, 1. Baskı, Ankara 2017

ISRARLI TAKİP SUÇUNUN DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN KADEMELİ GELİŞİM

Hivam ÖZKAYA[1]

Özet

Kadına yönelik şiddet tüm dünyada ele alınan ve toplumu derinden etkileyen genel bir sorundur. Birçok devlet, ısrarlı takip fiillerinin devamının daha ağır suç tipinin habercisi olduğundan mütevellit olaya erken müdahale edebilmek adına " ısrarlı takip (stalking)" kavramını suç olarak tanımlamaktadır. Bizim mevzuatımızda ise kavram yakın bir tarihte suç olarak sayılmıştır. Öncesinde ise kavrama sadece atıf yapılmakla yetinilmekteydi.Fakat artan kadına şiddet olayları neticesinde yapılan atıflar yetersiz kalmış bu sebeple ısrarlı takip kavramı, caydırıcılığı arttırılarak 5237 sayılı Türk Ceza kanuna eklenmiştir. Bu yazıda ısrarlı takibin Türk Ceza kanununa ayrı bir madde olarak eklenmesi ihtiyacının nasıl hasıl olduğu ve bu sürecin nasıl gerçekleştiği kronolojik bir sırayla açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Israrlı takip suçu, Israrlı takip, kadına yönelik şiddet, 6284 sayılı yasa

1-Giriş

"Israrlı Takip" hâli hazırda birçok ülkede suç tipi olarak düzenlenmektedir. Bizim mevzuatımıza ise 27.05.2022 tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 123/A maddesiyle eklenmiştir. Düzenleme süreç içerisinde ihtiyaca göre kademeli olarak gerçekleşmiş olup çoğunlukla uluslararası anlaşmalar da atıf yapılmıştır. Mevzuatımızda ki Düzenlemelerde Buna binaen anlaşmalara paralel olarak kademeli bir biçimde gerçekleşmiştir.

1 Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi.

2-Israrlı Takip Suçuna İlişkin Düzenleme İhtiyacının Gelişimi

Israrlı takip şeklinde gerçekleşen fiiller sonucunda mağdur çoğunlukla şiddete maruz kalmaktadır. Buradaki şiddet ifadesinden kastedilen sadece fiziksel şiddet değil aynı zamanda cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışın anlaşılması gerekir. Özellikle aile içinde gerçekleşen anlaşmazlıklar veya aşkına karşılık bulamama gibi Durumlarda meydana gelmektedir. Failler tipik olarak öncelikle mağdurlarına romantik bir şekilde yaklaşırlar onlara, çiçek veya çeşitli hediyeler göndererek ilgili ve kibar bir profil çizmeye çalışırlar. Bu tür davranışlar mağdur tarafından hoş karşılanmadığı veya mağdur tarafından failin istediği geri dönüt verilmediği takdirde bu defa fail korkutma ve gözdağı verme yoluna başvurur. Mağdurla karşılaşmaya çalışma, mağduru takip etme, sosyal medya gibi mecralardan sürekli olarak farklı (sahte) hesaplarla ulaşmaya çalışma, gibi rahatsız edici davranışlarla adeta gölge gibi mağduru takip ederek varlıklarını hissettirmeye çalışırlar. Bu gibi davranışlarla da amaçlarına ulaşamadıkları takdirde bu defa mağdurun önünü kesme, olur olmadık yerlerde mağdurun karşısına çıkma, gibi taciz edici davranışlarda bulunurlar. Bu gibi davranışlar da istediği ilişkiyi yaşayamayan fail artık şiddete başvurur çünkü bu gibi vakıalarda failler genellikle mağduru takıntı haline getirirler. Faillerin bu takıntıları da gittikçe tehlikeli bir hal alır. Mağdur üzerinde istenilen hakimiyeti kuramayan fail hem kendini hem de mağduru öldürmeye dahi yeltenir[2]

Bu tip vakıalar çok tipik olup hemen hemen her olayda, her ülkede benzer şekilde meydana gelmektedir. Türkiye ölçeğinde ısrarlı takip teşkil eden fiiller değerlendirildiğinde ve bu konuda özellikle medyada çıkan haberlerde dikkate alındığında, genelde kadın-erkek arasındaki anlaşmazlıklarda ve boşanma durumlarında da bu tip fiillere sıklıkla rastlanılmaktadır. Zira boşanma, ayrılık veya sevgisine karşılık bulamama sonucunda, bu durumu kabullenemeyen kişinin mağduru sürekli bir biçimde rahatsız ettiği, fiziksel ve psikolojik şiddet fiillerinin yanı sıra mağdurların sürekli

2 DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", Ankara Barosu Dergisi 2014

olarak değişik şekillerde takip edildiği, çeşitli iletişim vasıtalarıyla rahatsız edildiği ve bu şekilde amacına ulaşamayan faillerin, çoğunlukla cinayetle sonuçlanan ağır şiddet fiillerini işledikleri görülmektedir[3]. Bizim mevzuatımızda duruma ancak cinayet, yaralama gibi ciddi sonuçlar meydana geldiğinde müdahale edilmekteydi. Nitekim mevzuatta duruma erken müdahaleyi gerektiren herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Bu eksiklik doktrinde tartışılsa da asıl nitelikli değişiklik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9.9.2009 tarihli "Opuz v. Turkey" kararı ile sağlanmıştır.

3-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz v. Türkiye Kararı

İlgi davada; davacı Nahide Opuz annesinin öldürülmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Nahide Opuz kocası Hüseyi Opuz ve babası tarafından birçok kere saldırıya uğramış ve bu saldırıların birinde Nahide Opuz'un annes., Hüseyin Opuz tarafından öldürülmüştür. Hüseyin Opuz serbest kaldıktan sonr., Nahide Opuz'u tehdit etmeye devam etmiş, ısrarlı takip suçunun maddi unsurlarını oluşturmuştur. "Opuz" davasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi[4]; "*Yargı makamlarının genel olarak kadına yönelik şiddet konusunda gereken hassasiyeti göstermeyip, kayıtsız kalması ve sanıkların şiddet eylemlerinin cezai yaptırıma tabi tutulmaması gerçeği karşısında, kadınların şiddetten korunması noktasında, cinsiyet ayrımcılığına dayalı bir hak ihlali bulunduğunu*"[5]tespit etmiştir. Ardından bu durumun, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin, 2'nci 3'üncü ve 14'üncü maddelerine aykırı olduğu mahkemece karara bağlanmıştır. Bu karardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere Türkiye, önce 11 Mayıs 2011 tarihinde "İstanbul Sözleşmesi" olarak tanıtılan "Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşme-

3 UYUMAZ Alper / AKDAĞ İdris, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 2, s:45-91, Ankara 2015.

4 DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", Ankara Barosu Dergisi 2014.

5 CASE OF OPUZ v. TURKEY (Application no. 33401/02) Para 200, 201 202. http:// hudoc.echr.coe.int/sites/eng/ pages/search.aspx?i=001-92945, (06.03.2023).

si'ni[6] imzalamıştır. Sözleşmenin ardından ise 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun[7]'nu çıkartmıştır.

4-Türk Mevzuatında Konunun Düzenlenmesi

6284 sayılı Kanun 20 Mart 2012 tarih ve 28239 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir. Kavrama doğrudan doğruya ilk atıf, "*tek taraflı ısrarlı takip*" deyimiyle 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" un 1 inci maddesi ile yapılmış, ardından bu Kanunun uygulanmasına ilişkin "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a İlişkin Uygulama Yönetmeliği" nin 3'üncü maddesinin (ş) bendinde kavram tanımlanmıştır.[8] Yönetmeliğe göre; Tek Taraflı Israrlı Takip: "*Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı*", ifade eder. Yönetmelik ile getirilen tanımdan hareketle, kavramın içeriğine ilişkin olarak şu hususları açık bir şekilde belirtmek mümkündür. Israrlı takibe konu eylemler, icra-i veya ihmali davranışlar ile işlenebileceği gibi, yazılı ve sözlü olarak veya her türlü iletişim aracı kullanılarak işlenebilir. Takibe konu eylemlerin, mağdurda şiddete uğrama veya güvenliği, konusunda bir korku, kaygı veya endişe yaratması gerekmektedir. Bunun haricinde, takip eylemi nedeniyle koruma veya uzaklaştırma tedbirinin uygulanabilmesi için, eylemin mağdurda yaratacağı düşünülen korku veya endişe ciddi de-

---

6 20.03.2021 tarih ve 31429 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 19/03/2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile sözleşme feshedilmesine karar verilmiştir, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf; Cumhurbaşkanlığının bu fes kararının iptali hakkında açılan davalardan olan, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 28.04.2022 tarihli Esas No: 2021/1493 Karar No: 2022/2489 sayılı kararıyla üçe karşılık iki karşı oy ile oyçokluğuyla reddedilmiştir, bkz: https://legal.com.tr/blog/genel/danistayin-istanbul-sozlesmesi-karariyla-hukuk-devletinden-daha-da-mi-uzaklastik/, (06.03.2023).

7 20.3.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır

8 18.1.2013 tarihli ve 28532 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

recede olmalıdır.[9] Her ne kadar 6284 sayılı kanunla atıf yapılmış olsa da caydırıcılık ve durumun ehemmiyetine binaen ceza kanunda yapılacak bir düzenlemeye ihtiyaç vardı. Bunun yapılmaması ve mağdura karşı işlenen eylemlerin, mahkemelerce birbirinden farklı taciz veya sarkıntılık eylemleri olarak ele alınması halinde, faillere verilen cezalar caydırıcılıktan uzak olacak, bu da kadınları ısrarlı takip fiiline karşı korumasız bırakacaktı.

7406 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 27.05.2022 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 8. Maddesine göre "Israrlı Takip" suç kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeden önce TCK md. 123'deki Huzur ve sükunu bozma suçuna ilişkin Kanun maddesi uygulanmaktaydı. TCK md. 123- (1); "*Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*" Denilmiştir. Maddenin içeriği ve kapsamı ısrarlı takip suçuna paralellik göstermektedir fakat kadına yönelik şiddetin fazla olduğu dönemde hem kanunilik ilkesi gereği hem de farkındalık ve caydırıcılık açısında daha kapsamlı ve ilgili amaca yönelik ayrı bir düzenleme ihtiyacı mevcuttu. Bu kapsamda düzenlenen TCK m.123/A uyarınca;

> (1) Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.
>
> (2) Suçun;
>
> a) Çocuğa ya da ayrılık karan verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi,

9 DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", Ankara Barosu Dergisi 2014/2. ; KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlha., " Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler., Adalet yayınev., Ankara 202., S.318, 319

b) Mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması,

c) Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi, hâlinde faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu takip olgusu, mağdurun fiziki olarak izlenmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi haberleşme ve iletişim araçları, bilişim sistemleri veya üçüncü kişileri kullanarak mağdurla temas kurulmaya çalışılması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Fiziki takibin mutlaka mağdurun peşinden gitmek şeklinde gerçekleşmesi şart değildir. Bunun yanı sıra, failin farklı zaman ve mekânlarda mağdurun karşısına çıkması, onun bulunduğu ortamlarda yanına yaklaşması ve böylece kendisini sürekli olarak mağdura görünür kılmaya çalışması halinde de takip olgusu gerçekleşecektir. Bu kapsamda iş yeri, okul, çarşı, pazar ve benzeri yerlerde sıklıkla mağdurun karşısına çıkılması veya takip edildiğinin hissettirilmesi ya da konutunun önünde, sokağının girişinde beklenmesi gibi fiillerin ölçüsüz biçimde tekrarlanması, fiziki takip olarak kabul edilebilecektir[10]. Israr kavramı ise, kanuni tanımdaki hareketleri art arda yapmak şeklinde olabileceği gibi ilk hareketten sonra bir süre ara verip aynı hareketlere devam edilmesi şeklinde de olabilir. Israrın gerçekleşmesi için aynı hareketin tekrarlanması da şart değildir. Kanuni tanımda yer alan herhangi bir seçimlik hareket yapıldıktan sonra diğer bir seçimlik hareketin yapılması halinde de ısrar şartının gerçekleştiği kabul edilir.

5- Sonuç

TCK'daki "Israrlı Takip Suçu"nun düzenlemesinin temel amacı, özellikle kadına yönelik şiddet içeren fiiller henüz işlenmeden failin cezalandırılarak mağdurun korunmasıdır. Kanun koyucu ısrarlı takip fiillerinin devamının daha ağır ve farklı suç tiplerinin habercisi olduğu gerçeği üzerinden mukayeseli hukukla paralel bir şekilde bir düzenleme yaparak eylemi gerçekleştiren faillerin

10 APAYDIN Cengiz, "Israrlı Takip Suçu ", Hukuki haber.net, (15.06.2022).

tehlikelilik halleri gözetilerek kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçuna oranla cezaları artırarak yeni suçların işlenmesine engel olma amacı gütmektedir.[11] Kanundaki seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması ve bu hareketin mağdurda korku, endişeye yaratması halinde TCK 123/A maddesi gereğince cezalandırılacak. Böylece mağdura karşı daha ağır ve geri dönülemez bir zarar verilmesinin önüne geçilmiş olunacaktır.

KAYNAKÇA

- APAYDIN Cengiz, "Israrlı Takip Suçu ", Hukuki haber.net, (15.06.2022).
- DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2014/2
- EKER KARAKAŞ Hilal, "Israrlı Takip Suçu", Hukuki haber. Net, (28.06.2022).
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2022.
- UYUMAZ Alper / AKDAĞ İdris, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 2, s: 45-91, Ankara 2015.

11 EKER KARAKAŞ Hilal, "Israrlı Takip Suçu", Hukuki haber. Net, (28.06.2022).

İMAR VEYA PARSELASYON PLANLARINA KARŞI KESİNLEŞME TARİHİNDEN İTİBAREN HER HALDE BEŞ YIL İÇİNDE DAVA AÇILABİLECEĞİNE İLİŞKİN KURALIN DAVA AÇMA SÜRELERİNE ETKİLERİ VE UYGULANMASI AÇISINDAN 01.07.2025 TARİHİNİN ÖNEMİ

Av. Onur ŞAHİNKAYA[1]

Özet

Kamu düzenine önemli etkileri bulunan imar ve parselasyon planlarına karşı açılacak davalar için hak düşüm süresi getirilmiş olması, barınma ve mahkemeye erişim hakları bakımından ciddi bir yenilik teşkil etmekte ve hak kayıplarına kapı aralamaktadır. Konu oldukça güncel olup hukuk uygulaması bir geçiş sürecini idrak etmektedir. Ortaya çıkan hukuki sorunun merkezinde, bahsi geçen işlemlerin çok yönlü hukuki yapıları, kesinleştirme usulleri ve bu olgular karşısında dava açma süreleri açısından kabul edilegelmiş hukuk uygulamasının değiştirilmesi bulunmaktadır. Yakın zamanda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın gündemine gelen konu hakkında, temel hakları ve kent yaşamının ortaya çıkardığı zorunlulukları dikkate alan kararlar verilmemiştir. Yüksek Mahkemelerin tercihleri ile ortaya çıkan tabloda 01.07.2025 tarihinin, geçmiş yıllarda yapılmış ve fakat ilgililer tarafından haberdar olunmamış işlemler açısından bir dönüm noktası olacağı anlaşılmaktadır. Hukukçuların ve ilgililerin konuya ciddiyetle eğilerek henüz zaman varken sorunu gündeme getirmeleri ve çözüm yolları geliştirmelerinde yaşamsal önemde toplumsal yarar bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İmar planı, arsa düzenlemesi, hak düşürücü süre, barınma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, ilan usulü.

1 İstanbul Barosu üyesidir.

1. *Giriş*

İmar planları, mülkiyet, barınma, yaşam, eşitlik ve çevre gibi haklarla doğrudan bağı olan genel düzenleyici işlemlerdir. Arsa düzenlemeleri (parselasyon) ise imar planlarının arsa boyutunda uygulanma işlemlerindendir. Diğer bir ifadeyle imar planı, parselasyon işleminin sebep unsurunu teşkil etmektedir.[2] Mülkiyet, yaşam, eşitlik hakları göz önüne alındığında, imar planlarını ve arsa düzenlemelerini konu edinen itiraz ve davalar, adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınacaktır.[3] Dolayısıyla itiraz ve davaların tabi olduğu usul ve ayrıca davaların yürütüm biçimi, salt kanun yolu incelemelerinin konusu olmayacak, adil yargılanma ve etkili başvuru hakları bakımından Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemeleri önünde bireysel başvuru konusu da olabileceklerdir.

14.02.2020 tarih ve 7221 sayılı Kanun 6. maddesi ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin sonuna eklenen paragrafın birinci cümlesi "Kesinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir" ifadesini taşımaktadır. 7221 sayılı Kanun 38. maddesine göre 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren bu hükümle, dava açma hakkı bakımından hak düşüm süresi ihdas edilmiştir. 2020 yılından bu yana, yasal düzenlemenin hukuka uygunluğu ve geçerlilik tarihi açısından mahkeme kararlarına da yansımış tartışmalar yürümektedir.

---

2 "Kanunda öngörülen parselasyon işleminin amacı; imar planı, plan raporu ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre, imar adasının biçim ve boyutu, yapı düzeni, inşaat yaklaşma sınırı ve bahçe mesafeleri, yapı yüksekliği ve derinliği, yerleşme yoğunluğu, taban alanı ve kat alanı katsayısı, arazinin kullanılma şekli, mülk sınırları, mevcut yapıların durumu göz önüne alınmak suretiyle üzerinde yapı yapmaya elverişli imar parseli oluşturmaktır. Düzenleme sınırı içerisinde bulunan yol, yeşil alan gibi kamusal alanların bedelsiz olarak kamuya kazandırılması için imar parsellerinde oluşacak değer artışı karşılığında düzenleme ortaklık payı alınması mümkün olmakla birlikte, asıl amaç imar planına uygun yapı yapmaya elverişli imar parselleri oluşturmaktır." Danıştay 6. Dairesi, 20.02.2020 tarih, 2016/4295E. ve 2020/2270K.

3 "Mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkının kullanımı, bir kamu otoritesi ile kişi arasındaki uyuşmazlık konusu olsa da ve bu uyuşmazlık kamu hukuku kurallarına göre çözümlenmiş olsa da md 6/1 kapsamı içindedir." Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2008, s.30.

Bu çalışmanın amacı yasanın hukuki durumunu ele almanın yanı sıra, neticede Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) verdiği iki güncel kararı konu edinerek uygulamanın alacağı muhtemel istikameti göstermek; bu istikamette 01.07.2025 tarihin taşıdığı özel önemi vurgulamak ve ortaya çıkan hukuki koşulların baki kalması şartıyla oluşması muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmesi için alınması gereken tedbirlere işaret etmektir. Öncelikle yapısal sebeplerini de ortaya koyarak gerek yasa gerekse de içtihat yolu ile kabul edilen, konumuzla ilgili çeşitli dava açma sürelerini özetlemeye çalışacağız.

2. İmar Planlarının İkili Yapısı ve Bu Yapının Dava Açma Sürelerine Etkisi

Ortak bir kanuni tanıma sahip olmayan imar planları öz olarak, yaşamsal, çevresel ve toplumsal açılardan yerleşme ve yapılaşmaya ilişkin kuralları belirleyen, çizili ve yazılı unsurlar içeren atipik düzenleyici idari işlem olarak tanımlanabilir.[4] İmar planlarını düzenleyen mevzuat temelde 3194 sayılı İmar Kanunu ile Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği'ne (Yönetmelik) dayanır. İmar Kanunu "Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planı" şeklinde iki tip imar planı öngörmüştür (m.8). Kanun'un 5. maddesi bu planları şu şekilde tarif etmiştir:

Bu planlardan nazım imar planı, "varsa bölge planlarının mekâna ilişkin genel ilkelerine ve varsa çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanış biçimlerini, yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerini, nüfus yoğunlukları ve eşiklerini, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, plan hükümleri ve raporuyla beraber bütün olan plandır." (İmar Kanunu.m.5/2); yine uygulama imar planı "tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli

4 Serdar Yılmaz, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2022, s.82.

imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır." şeklinde tanımlanmıştır (İmar Kanunu.m.5/3).

Yönetmeliğin dördüncü maddesinde, nazım imar planlarının 1/5000 ile 1/25000 arası ölçekte, uygulama imar planlarının ise 1/1000 ölçekte, onaylı halihazır haritalar üzerinde yapılacağı ifade edilmiştir. Parselasyon işlemi ise İmar Kanunu'nun 15 ve devamı maddelerinde, kesinleşmiş imar planına göre ihdas edilecek uygulama işlemi olarak düzenlenmiştir. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 4/1/l maddesi parselasyon planını "İmar Kanununun 18 inci maddesi hükümlerine ve uygulama imar planına uygun olarak imar parsellerinin oluşturulduğu, parselasyon planı açıklama raporu, parselasyon paftaları ile tescile esas belgeleri içeren uygulama dosyası ile bir bütün olan plandır." şeklinde açıklanmıştır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan İmar Kanunu'nun 18. maddesi, parselasyon planlarının hazırlanmasına ayrılmıştır. İmar ve gecekondu mevzuatına aykırı yapıların durumunu düzenleyen 2981 sayılı kanunun yanı sıra 5216, 5302, 6306, 4562 yasalar ile 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde de parselasyon işlemine ilişkin özel hükümler yer almaktadır.

Diğer yandan imar planları, birel işlem özelliği de göstermekte, doğrudan kişilere ve özel uygulamalara yönelebilmektedirler. Bu açıdan İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 46/1/a bendinde düzenleyici işlemlere ilişkin davalar yönünden temyiz yolunun açık olduğu belirtildikten sonra tereddüt yaşanmasına mahal vermemek açısından İYUK.m.46/1/f bendinde "İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar" ayrıca sayılmak durumunda kalınmıştır.[5] Ayrıca imar planlarının uygulanması mahiyetinde olan arsa düzenlemelerine (parselasyon işlemlerine) karşı açılan davaların da temyize tabi olması, Kanun Tasarısında yer almamaktayken Adalet Komisyonu'nca kabul edilen metinde yer almış ve bu şekilde kanunlaşmıştır.[6] Arsa düzenleme işleminin insan ve toplum

5 Serdar Yılmaz, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, s.357 vd.

6 TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Teklif Sıra Sayısı 592, s.206 vd.; 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 20. maddesi, 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazete.

yaşamında tuttuğu yer ve kamu düzenini yakından ilgilendirmesi karşısında temyiz yolunun açık tutulduğu anlaşılmaktadır.

Yasa koyucunun imar planı ve parselasyon davaları için kanun yolu tercihinden de anlaşılacağı üzere, imar planları ve parselasyon işlemleri, pek çok temel hakkı ve kişilerin ekonomik istikbalini ciddi biçimde etkilemektedir. Bu nevi işlemlerin rant yaratma potansiyellerinin yanı sıra, toplumun dar ve orta gelirli kesimlerinin ekonomik varlıklarını değersizleştirme ve hatta giderek belli alanlarda barınma olanaklarını daraltmak açısından oynadıkları merkezi rol, konuya tekrar ve tekrar eğilmeyi zorunlu kılmaktadır.

Ortaya çıkışı esasen toprak rantının ortaya çıkışı ile koşullanmış olan imar hukukunun kapsamına giren plan ve arsa düzenlemeleri, en temelde mülkiyet hakkına müdahale etmektedirler.[7] Konut ve arsa giderek toprak rantından daha fazlasını ifade etmektedir. Konut ve arsanın giderek finansallaşan bir araç haline gelmesi, toplam kredi hacmi ve geniş anlamda parasal genişleme üzerindeki doğrudan etkisini artırmaktadır. Özellikle konut değerinin belirlenmesi, ülkedeki kredi hareketlerini, dolayısıyla tüm piyasa ilişkilerini etkileyen önemli bir faktör halini almıştır.[8]

İmar planları ve arsa düzenlemelerinin etkisi, işlemin ihdası ile ortaya çıkıp hemen tükenen cinsten değildir. Bu nevi işlemler etkisini, zaman içerisinde değişen açılardan, tekrar ve tekrar gösterir. Eskime, hayat boyu orta çıkan barınma ve ekonomik ihtiyaçlar, ekonomik dönüşümler, çevresel faktörler, deprem gibi bilinen ancak tarihlenemeyen doğa olayları, imar planlarının ve arsa düzenlemelerinin ihdas edildikten sonra da ilgililerin sürekli gündemine gelmesine neden olur. İmar planlarının ve parselasyon işlemlerinin yukarıda özetlenen yönleri yanı sıra zaman içerisinde, söz gelimi plan notu adı altında değişime uğramaları da sıklıkla karşılaşılan durumlardır. İmar planların bu dinamik yapısı, "esneklik ilkesi" olarak da anılmaktadır.

---

7 İbrahim Kapaklıkaya, İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2022, s.77.

8 Özgür Orhangazi, Türkiye Ekonomisinin Yapısı, İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara, 2020, s.148, 149.

Bu işlemler birel işlem özelliği de gösterse de çok geniş kesimleri ilgilendirdiğinden bireysel olarak tebliğ edilmezler, ilan (askı) yöntemiyle ilgililer açısından kesinleştirilirler. (3194 sayılı İmar Kanunu.m.8/1/b) Dolayısıyla bu işlemelere karşı dava açma sürelerinin tâbi olduğu özel usuller, hak düşüm süresi sorununu daha da önemli kılmaktadır. İmar planlarının dinamik etkisi yanı sıra ikili yapısının bu işlemlerin ilan biçiminde kesinleştirilmesi ile çelişik vaziyeti, kesinleşmiş işlemlere karşı dava süresinin, imar durum belgesi verilmesi gibi uygulama işlemleri ile yeniden canlanacağının kabulü ile aşılmış bulunmaktaydı. İmar Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin sonuna eklenen beş yıllık hak düşüm süresinden sonra hukuk uygulamasını ciddi değişiklikler beklemektedir.

3. *İmar Planları ve Parselasyon Düzenlemelerine Karşı Dava Açma Süreleri*

Yukarıda söz edildiği üzere, imar planlarının duyurulması ve kesinleştirilmesine ilişkin askı ve itiraz usulü İmar Kanunu.m.8/1/b maddesinde düzenlenmiştir.

> "Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir."

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 7/1. maddesi özel kanunlarda hüküm olmayan hallerde dava açma süresini, idare mahkemelerinde açılacak davalar için, 60 gün olarak belirlemiştir. İmar Kanunu'nda özel bir dava açma süresi düzenlenmemiştir. İYUK.m.7/4 ise ilanı gereken düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin "ilan tarihini izleyen günden itibaren başla[yacağını]" düzenlemiştir. Buna göre itiraz edilmeden kesinleşen imar planlarına karşı, hukuka aykırılık iddiası var ise, bir aylık askı süresinin son gününü[9] izleyen günden itibaren başlayacak olan 60 gün içerisinde ilgililer tarafından dava açılması gerekmektedir. İdari yargıda dava açma süreleri, kamu düzeninden olup

9 Suat Şimşek, İlhami Hazar, İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022, s.322.

mahkemelerce re'sen nazara alınacaktır. İtiraz, dava açmak için tüketilmesi gereken bir başvuru yolu değildir. İtiraz yoluna gidilmeden de belediye meclisinin onay işleminden sonra ve en geç askı süresinin son günün izleyen günden itibaren 60 gün içerisinde dava açılabilecektir.[10]

İmar planlarına bir aylık askı süresi içerisinde itiraz edilmesi halinde, idarenin cevap verip vermemesine göre dava açma süresi belirlenecektir. İtiraz edilmişse idare, bir aylık askı süresinin son gününü izleyen günden itibaren başlayacak olan 30 gün içerisinde cevap vermelidir (İYUK.m.11/2). Bu süre zarfında cevap verilmemiş ise zımnî ret gerçekleşeceğinden 30 günlük cevap süresinin son gününü takip eden günden itibaren hesaplanacak 60 gün içerisinde dava açılabilir. 30 günlük cevap süresi içerisinde ret cevabı verilmesi halinde, ret cevabının tebliğini izleyen günden itibaren hesaplanacak 60 gün içerisinde dava açılabilecektir.

İmar Planlarına karşı dava açma süreleri açısından özellik gösteren ve çalışmamız açısından da önem taşıyan bir diğer husus da imar planına karşı uygulama işlemi ile birlikte dava açılabilmesidir. Bu konu, yeni düzenleme ile birlikte bir alt başlıkta bütünlüklü olarak ayrıca ele alınacaktır.

1/1000'lik imar planının uygulanmasını ifade eden birel işlem olan parselasyon işlemleri için dava açma süresi tebliğ ile başlayacaktır. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun bu konuda verdiği içtihadı birleştirme kararının Mahkemece ilan edilen özeti şu şekildedir: "Parselasyon planlarına karşı açılan davalarda dava açma süresinin Anayasa'nın 114 üncü maddesine göre yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı hakkında."[11] İlan edilen parselasyon düzenlemesine karşı itiraz zorunluluğu olmadığı gibi, itiraz edilmesi halinde, yukarıda özetlenen, imar planına itirazdaki usul ve süreler takip edilerek dava açılması gerekecektir. İmar Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan, parselasyon planlarının bir aylık ilan süresinden sonra kesinleştirileceğine ilişkin kural, dava açma

10 Elif Emel Çelik, Çağrı Şengöz, İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi, Danıştay Dergisi, Yıl 2020, Sayı 152, s.49.

11 Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 12.02.1970 tarih, 1969/2E. ve 1970/1K. sayılı kararı, 05.07.1970 tarih ve 13589 sayılı Resmî Gazete.

süresini belirlemez. Bu kural, parselasyon düzenlemesinin tapuya işlenmesi açısından tüketilmesi gereken süreyi belirlemektedir.[12] Dördüncü bölümde ele alınan AYM kararındaki ifadeler ise, 19. maddedeki usul ile dava açma süresinin başlayacağı şeklinde yorumlanabilecektir. Uygulama işleminin dava süresini ilan usulüne göre belirleyen bu yaklaşım, ilgili başlık altında tartışılacaktır.

4. İmar ve Parselasyon Planlarına Karşı Kesinleşme Tarihinden İtibaren Her Halde Beş Yıl İçinde Dava Açılabileceğine Yönelik Yeni Kuralın İmar Planlarına Uygulama İşlemi ile Birlikte Dava Açılabilme İmkanına Etkisi ve Hukuka Uygunluk Sorunu

İmar planlarına karşı dava açılmasının bir diğer yöntemi ise, imar planın uygulama işlemi ile birlikte dava edilmesidir. İmar planına karşı askı süresinde itiraz edilmemiş ve süresinde dava açılmamış olsa da bu planın uygulanması anlamına gelen işlemlerle birlikte sebep unsurunu teşkil eden plan dava edilebilir. Bu husus İYUK.m.7/4'te şu şekilde ifade edilmiştir:

> "İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz."

Bu kuralın getiriliş amacı açısından, başta fark edilmeyen hukuka aykırılıkların uygulama işlemi ile birlikte görünür olması, değişen koşullar altında düzenleyici işlemin yaşam koşulları ve diğer hukuk kuralları ile çelişik vaziyete düşmesi gibi gerekçeler sıralanabilir. Çalışma konumuz açısından bu gibi gerekçeler geçerlidir; ayrıca imar planlarının uygulama işlemleri ile birlikte dava edile-

12 Erdal Köktürk, Erol Köktürk, İmar Planları, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2022, s.1013. Dördüncü bölümde ele alınacak olan AYM kararına işlenmiş muhalefet şerhinde atıf yapılan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 09.06.2021 tarih, 2021/154E., 2021/1202K. sayılı güncel içtihadı ve yine dördüncü bölümde ele alınacak olan doğrudan beş yıllık hak düşüm süresini gündemine alan Danıştay kararı, yukarıda özeti verilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 12.02.1970 tarih, 1969/2E. ve 1970/1K. sayılı içtihadı birleştirme kararı ile aynı yöndedir.

bilmesi, pratik ve somut başka bir ihtiyaca da karşılık gelmektedir. Askı usulü uygulamada, imar plan düzenlemesini ilgilendiren kişilerin işlemden haberdar olmasını genel olarak sağlamamaktadır. Bu olgu, özellikle şehirlerin büyüklüğü ve ilgili kişinin çokluğu karşısında ilan usulünün yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. İmar planlarının her bir ilgiliyi tespit ederek tek tek adreslerine fiziken tebliğ edilemeyeceği de düşünüldüğünde, uygulama işlemi sayesinde ilk kez imar plan düzenlemesinden haberdar olan kişinin, her iki işleme birden dava açma hakkının tanınması işin doğası gereğidir.

Olgu kendisini, mevzuatı ve idari işlemleri takip olanakları yüksek, bu konuları iş edinmiş sivil toplum ve kamu kuruluşları veya belediye meclis üyeleri gibi kişilere nazaran daha çok konuya yabancı gerçek kişilerin yaşam, mülkiyet ve barınma hakları mevzu bahis olduğunda gösterir. Somutlayacak olursak, söz gelimi 50 yıl önceki imar planına göre konutlarını inşa eden kişilerin, bundan 40 yıl sonra yapılan ve ilgili parselde yeniden inşayı olanaksızlaştırarak burada barınmayı imkânsız kılan bir takım hukuka aykırılıklar taşıdığını varsaydığımız yeni plan düzenlemesinin ilanından (sıklıkla karşılaşıldığı üzere) haberdar olmamaları doğaldır. Bu örnek olaya, aradan geçen 50 yılda daha önce gündemde olmayan deprem gerçeğinin yaklaştığı ve gündeme girdiğini varsayımını da ekleyelim. İlgili kişiler ortaya çıkan yeni durum karşısında, konutlarını yeniden inşa etmek üzere idareye müracaat ettiklerinde alacakları imar durum belgesi sayesinde 10 yıl önce yapılmış yeni imar planından ve bu planın öngördüğü yeni yapılaşma şartlarından ilk defa haberdar olacaklardır. İşte bu noktada uygulama işlemini ifade eden imar durum belgesi ile birlikte bu işlemin sebebini mahiyetindeki 10 yıl önce yapılmış ve askıya çıkarak kesinleşmiş imar planının birlikte dava edilebilmesi, maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilme, barınma ve mülkiyet haklarının ortadan kalkmaması açısından hayati önem arz etmektedir. İYUK.m.7/4 hükmü fiiliyatta bu ihtiyacı karşılamaktaydı.

14.02.2020 tarih ve 7221 sayılı kanun 6. maddesi ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin sonuna eklenen paragrafın birinci cümlesini tekrar hatırlayacak

olursak, getirilen ifade şu şekildedir: "Kesinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir." Böylelikle, imar planın kesinleşmesinden itibaren her halde beş yıl geçmekle dava açma süresinin dolması neticesinde, uygulama işlemi ile birlikte dava açma imkânı etkili biçimde sınırlanmış olmaktadır.

İmar planlarının uygulama işlemlerine, yukarıda verilen örnekte bahsi geçen imar durum belgesi düzenlenmesi yanı sıra, ruhsat alınması, parselasyon işlemi, inşaatın tatil edilmesi, kamulaştırma veya yıkım kararı alınması işlemleri örnek verilebilir.[13] İdarenin takdirine göre her zaman re'sen yürürlüğe konarak cebren icra edilebilecek olan bu etkili işlemlerin dayanağını teşkil eden düzenlemenin dava edilebilirliğinin sınırlandırılması, esasen beş yıllık hak düşüm süresi dolduktan sonra doğrudan bu işlemlerin de iptal edilebilme ihtimalini en azından sebep ve (imar planlarının yapısı gözetildiğinde büyük oranda da) amaç unsuru açısından ortadan kaldıracaktır. Geriye şekli unsurlar açısından yapılacak etkisiz bir inceleme alanı kalacaktır. Böylelikle mahkemeye erişim (Anayasa.m.36) ile etkili başvuru haklarının (Anayasa.m.40) kullanımını aşırı derecede güçleştirerek Anayasa'ya aykırı bir hal ortaya çıkacaktır. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 125. maddesi de etkisiz kalabilecektir. Mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahale temel haklardan olduğundan, bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde çizilen sınıra uygun olması gerekmektedir.[14]

---

13 Çelik, Şengöz, İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi, s.60; Köktürk, Köktürk, İmar Planları, s.1006.

14 AYM, Devlet Su İşleri'nin kamu yararı açsıdan arazi toplulaştırması yapması veya yaptırmasını düzenleyen ve ilanen tebliğe sonuç bağlayan 6200 Sayılı Kanunu'nun Ek 9/7 maddesinde yer alan "şahsen tebliğ edilmiş sayılır" ifadesinin iptalini görüşürken inceleme kapsamını şu şekilde belirlemiştir: "Dava konusu kural, arazi toplulaştırması ve tarla içi geliştirme hizmetleri kapsamında yapılacak duyuruların ilan edilmesini şahsen tebliğ edilmiş saymaktadır. Söz konusu işlemlerin sonuçlandırılıp tescil edilebilmesi için bir an önce ilgililere tebliğ edilmesi gerekmektedir. Kuralın yer aldığı fıkranın son cümlesine göre arazi toplulaştırması sonuçlarına karşı tescil tarihinden itibaren on yıl içinde dava açılabilmektedir. Dolayısıyla idari sayılabilecek söz konusu işlemlerin kesinleştirilmesi için getirilen ilan yoluyla tebligat usulünün dava açma süresiyle de bağlantılı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla bireylerin arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerinden otuz gün süreyle ilan yoluyla haberdar edilmelerini öngören kural hak arama hürriyeti yönünden bir sınırlama teşkil etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasanın ilgili

> "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel niteliklerinden olan "hukuk devleti" ilkesi, vatandaşlarına hukuk güvenliğini sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız, ölçüsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin yasama geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında, Anayasanın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği; Anayasanın 125. maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karsı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir… İdari işlemin yetki, sekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olarak yapılacak bir yargısal denetim, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyecektir."[15]

Bu noktada, imar durum belgesi düzenlenmesi, ruhsat alınması, parselasyon işlemi, inşaatın tatil edilmesi, kamulaştırma veya yıkım kararı alınması gibi işlemlerin dayanağını teşkil edebilen imar planlarının ilan usulü ile kesinleştiği tekrar vurgulamak isteriz. Beş yıllık hak düşüm süresini getiren 7221 sayılı kanun 6. maddesi ile ilan yerlerinin muhtarlıklarda panoya asılması kuralı getirilmişse de bu usulün etkin uygulansa dahi gerekli bilgilenmeyi sağlayamayacağı açıktır.[16]

7221 sayılı kanun Komisyon gerekçesinde düzenlemeye ilişkin "İmar planlarının ve imar uygulamalarının sürüncemede kalmaması, mülkiyet haklarının kısıtlanmaması ve idari işlemlerin istikrarının sağlanması amacıyla kesinleşmiş planlara ve parselasyon

---

maddesinde belirtilen sebeplere uygun ve ölçülü olması gerekir… Arazi toplulaştırması ve tarla içi geliştirme hizmetleriyle mülkten yoksun bırakma sonucuna yol açılmadığı ve ilanen tebligat sonrası yapılacak tescilden itibaren on yıl içinde dava açılabileceği dikkate alındığında söz konusu işlemlerin bir an önce sonuçlandırılarak kesinleştirilmesi için ihtiyaç duyulan ilanen tebliğ usulünün dava açmayı aşırı derecede zorlaştırmadığı da açıktır.", AYM'nin 16.07.2020 tarih, 2018/104E., 2020/39K. sayılı kararı, Paragraf.44, 47. Bu karardan etkilenecek alanlar nüfusun az olduğu köylük ve kırsal bölgelerdir, diğer yandan dava açma süresi incelediğimiz kuraldakinin iki katıdır.

15 Danıştay 12. Dairesi'nin 26.12.2019 tarih, 2020/21E. ve 2022/4103K. sayılı kararına işlenmiş müşterek muhalefet şerhi.

16 Dördüncü bölümde verilen AYM kararına işlenmiş son muhalefet şerhinde, günümüz teknolojik imkanları da nazara alınarak ilan usulünün uygulamada gösterdiği yetersizliğine bağlı olarak beş yıllık hak düşüm süresi uygun görülmemektedir.

planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren herhalde beş yıl içinde dava açılabilmesi."[17] sebepleri gösterilmişse de tam tersine ölçüsüz ve hakkın özüne dokunur biçimde "mülkiyet haklarının kısıtlanma[sı]" tehlikesini doğurduğu kanaatindeyiz. Diğer yandan "imar uygulamalarının sürüncemede kalmaması" gerekçesi de hem gerçek duruma uygun değildir hem de hukuk düzeni açısından başkaca tehlikelere yol açmaktadır zira dava açılabilmesi doğrudan iptal sonucunu doğurmadığı gibi yürütmeyi durdurma işlemi için dahi açık hukuka aykırılık tespiti yapılaması şarttır (İYUK.m.27/2). Açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, bu haline rağmen, sürüncemede kalmama gerekçesiyle dava edilebilmesine sınır getirilmek suretiyle yürürlükte tutulması, temel hakların korunması ve hukuk düzeni açısından yerinde değildir.

5. *İmar ve Parselasyon Planlarına Karşı Kesinleşme Tarihinden İtibaren Her Halde Beş Yıl İçinde Dava Açılabileceğine Yönelik Yeni Kuralın Güncel Uygulamada ve Yakın Gelecekteki Etkileri*

İmar Kanunu'nun 8. maddesine eklenen "Kesinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir" ifadesi 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra somut uyuşmazlıklarda etki göstermeye başlamış; konu Danıştay'ın gündemine girmiştir.

17 Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu'nun Milletvekilinin Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2512) hakkında 16/01/2020 karar tarih ve 161 sıra sayılı Komisyon Raporu, Madde Gerekçeleri, s.9. Teklif metninde ilgili madde hakkında özel bir gerekçeye yer verilmemiştir. Komisyonca da aynen kabul edilen fakat Meclis görüşmelerinde metinden çıkarılan teklif metnin 5. maddesinde, imar planlarının ve parselasyon işlemlerinin ivedi yargılama usulüne tabi tutulması da öngörülmüştü. Beş yıllık hak düşüm süresi ile birlikte değerlendirildiğinde, teklif aşamasında esas eğilimin mümkün olduğu kadar dava yolunun kapatılması, açılabilen davaların ise detaylı incelemeye nazaran hızlıca neticelenmesi ve idari işlemin olabildiğince dava sürecinden etkilenmemesi, yürürlükte tutulması olduğu görülmektedir. İvedi yargılama usulünün, (İYUK.m.20/A) dava süresini 30 güne düşürmesi, İYUK.m.11'in uygulanmaması, yürütmeyi durdurma kararına itiraz edilememesi, Danıştay incelemesinin hukuki konulara hasredilmesi gibi kısıtlayıcı etkileri vardır.

> Danıştaya 6. Dairesi'nin 07.02.2022 tarih, 2021/8192E., 2022/1087K. sayılı kararına konu olayda yerel mahkeme "… kesinleşen imar planları veya parselasyon uygulamalarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılması gerektiği, anılan Kanun değişikliği ile daha önce kesinleşmiş planlar için geçici madde ile istisna öngörülmediği için bu dava henüz açılmadan yürürlüğe giren söz konusu Kanun hükmünün esas alınması gerektiği, uyuşmazlık konusu imar planının 2005 yılı sonunda kesinleştiği… 2577 sayılı Kanun'un 7'nci maddesini son fıkrasında yer alan hükmün uygulanmasının da mümkün olmadığından, mezkûr düzenleme gereğince, kesinleşen imar planlarına karşı her halde 5 yıl içerisinde dava açılması gerekirken bu süre geçirildikten sonra açılan bu davada süre aşımı nedeniyle davanın esasını inceleme imkanı bulunmadığı sonucuna varılarak reddine karar ver[miştir]."

Görüldüğü üzere yerel mahkeme, beş yıllık hak düşüm süresi getiren kuralın henüz dava açılmadan yürürlüğe girdiğinden bahisle kanun öncesi kesinleşmiş imar planları için de geçerli olduğu sonucuna varmıştır.

> İstinaf mahkemesi ise "… olayda, … dava konusu imar planlarının kesinleşmesinin üzerinden yukarıda anılan yasa hükmünde öngörülen 5 yıllık süreden daha uzun bir zamanın geçtiği dikkate alındığında, bakılan davanın süresinde açılmadığı, her ne kadar, davacı tarafından, imar durum belgesinin düzenlenmesi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmış ise de, planın kesinleştiği tarihten itibaren 3194 sayılı Kanunda öngörülen 5 yıllık sürenin geçirilmesinden sonra imar durum belgesinin istenilmiş olmasının ve bu istem üzerine belge düzenlenmiş olmasının yeniden dava açma süresi başlatmayacağı sonucuna ulaşılarak davanın süreaşımı nedeniyle reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik görülmemiştir." şeklinde karar vermiştir.

Buna göre istinaf mahkemesi, beş yıllık hak düşüm süresi getiren kuralın, uygulama işlemi imar planın kesinleşmesini takip

eden beş yıldan sonra yapılmışsa, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı dava açılabileceği yönündeki İYUK.m.7/4 hükmünün etkisini bertaraf ettiğini kabul etmiştir.

Karar temyiz edilerek Danıştay önüne gelmiştir. Danıştay konuyu, hukuk devleti ilkesinin (Anayasa.m.2) bir uzantısı olan hukuk kurallarının ayrık durumlar dışında geriye yürümezliği açısından değerlendirmiştir.

> Danıştay "... hak düşürücü nitelikte olan 5 yıllık sürenin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir hüküm yer almamaktadır... 7221 sayılı Kanunun 6. maddesi ile getirilen düzenlemenin, yasanın yayım tarihinden önce kesinleşmiş imar planı ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresini beş yıl olarak sınırlandırdığı biçiminde yorumlanması yasa hükmünün geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasa'da yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır." neticesine ulaşmıştır.

Aynı kararda parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin başlaması için şahsen tebliğ usulünün geçerliliğini koruduğu vurgulanmıştır.[18] Danıştay anılan kuralın geriye yürütülemeyeceğini değerlendirirken, yeni kuralın, geriye yürüme olanağı veren istisnalardan "kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi" gibi ayrıksı bir durumların kapsamına girmediğini de ifade etmiştir. Hukuk uygulamasının bu minvalde devam edecek olursa, beş yıllık hak düşüm süresi 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, 01.07.2025 tarihinden önce kesinleşmiş, dava edilmemiş tüm imar planları yönünden, uygulama işlemi tesis edilse dahi dava açılamayacaktır. Dolayısıyla geçmişten 01.07.2025 tarihine kadar yapılmış imar planlarının, ilgililerinin haberdar olduğu az bir kısmı dışında hemen hepsinin, hukuka aykırılık barındırsalar dahi iptal edilememeleri garanti altına alınmış olmaktadır. Bu durumun, zaman içinde etkisini gösterecek ciddi etkilerinin olacağını öngörüyoruz.

---

18 Bkz. 11. dip not.

Konu beş yıllık hak düşüm süresini düzenleyen kuralda yer alan "veya parselasyon planları" ifadesi yönünden itiraz yolu ile AYM önüne de gelmiştir.[19] AYM ilgili kararında konuyu parselasyon planları ile sınırlı incelemişse de kuralın bütününü ilgilendiren açılardan da değerlendirmeler yapmıştır. Diğer yandan AYM kararında, yerleşik Danıştay içtihadının aksine[20] kişilere tebliğ yerine parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin askıda geçecek bir aylık süre sonunda başlayacağı ve beş yıllık hak düşüm süresinin yeterli olduğu sonucuna ulaşmaya müsait ifadelere yer verilmiştir. (Paragraf 19, 27)

Her ne kadar çalışmamıza konu edindiğimiz kural, imar planları yönünden AYM önüne henüz gelmemişse de incelediğimiz kararın genel yapısı ve izlediği yorum biçimi, imar planları açısında da fikir vermektedir. Yerel mahkeme itiraz yoluna Anayasa'nın 13., 35., 36. ve 125 giderken, Anayasa Mahkemesi, temel hakların sınırlanmasının sınırı (m.13) ve mahkemeye erişim hakkı (m.36) yönünden inceleme yapmakla yetinmiş; bu incelemenin mülkiyet hakkı (m.35) ve idari işlemlerin yargı denetimine açık olmasını düzenleyen Anayasa'nın 125. maddesi yönünden de geçerli olduğunu ifade etmekle yetinmiştir.

AYM, kuralın tereddüde yer bırakmayacak kadar açık yazılmasından bahisle kanunilik ilkesini sağladığı (Paragraf.15), 13. maddesi gereği Anayasa'nın lafzına uygun olması gereken kuralın bu yönden aykırılık göstermediği (Paragraf.19), yasanın "İmar planlarının ve imar uygulamalarının sürüncemede kalmaması, mülkiyet haklarının kısıtlanmaması ve idari işlemlerin istikrarının sağlanması amacıyla kesinleşmiş planlara ve parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren herhalde beş yıl içinde dava açılabilmesi… amaçlanmaktadır." şeklindeki gerekçesi nazara alınarak meşru amaçla mahkemeye erişim hakkını kısıtladığı (Paragraf.24), kuralın "taşınmazların mülkiyetine ilişkin belirsizlikleri belirli bir

19 AYM'nin 30.06.2022 tarih, 2021/20E. ve 2022/84K. sayılı kararı, 06.09.2022 tarih ve 31945 sayılı Resmî Gazete.

20 Yukarıda detayı verilen ve parselasyon işlemlerinin dava süresinin başlangıcı açısından klasik içtihada bağlı kalan Danıştaya 6. Dairesi'nin 07.02.2022 tarih, 2021/8192E., 2022/1087K. kararı AYM kararından yaklaşık dört ay öncesine ait olup içtihadın bundan sonraki seyri, çalışmanın kaleme alındığı tarih itibari ile belirsizdir.

süre sonra sona erdirme amacı[na]" elverişli olduğu (Paragraf.26), "her bir kişiye tek tek şahsen tebligat yapılabilmesi bu çalışmaların sonuçlandırılabilmesini önemli ölçüde geciktirebilir. Bu nedenle dava açma süresinin parselasyon planlarının kesinleşme tarihinden itibaren başlamasının yukarıda değinilen sınırlandırma sebebi bakımından gerekli olduğu" (Paragraf.27), "Parselasyon planlarıyla mülkten yoksun bırakma sonucuna yol açılmadığı, … söz konusu işlemlerin bir an önce sonuçlandırılması için ihtiyaç duyulan dava açma süresinin başlamasına ilişkin belirlenen usulün dava açmayı aşırı derecede zorlaştırmadığı … beş yıllık dava açma süresinin kişilerin dava haklarını kullanabilmeleri açısından kısa ve yetersiz ol[madığı]" belirlenmiştir.

Kararı öncelikle parselasyon planları açısından ele alacak olursak yukarıda değinildiği üzere, karar metninde kullanılan ifadelerden[21] imar planının uygulanmasını teşkil eden[22] ve dolaysız subjektif etki yaratan bu birel işlemine karşı dava açma süresinin ilan usulüne bağlandığı sonucuna ulaşılır ise bu yeni bir durumdur ve ciddi sonuçları olacaktır. Bu yorumun Danıştay uygulaması halini alması durumunda, günümüze kadar ilan edilerek kesinleştirilmiş ve fakat ilgililerinin ilandan haberdar olmadığı bütün parselasyon planlarının dava edilebilme olanaklarının topluca ortadan kalkması neticesi doğacaktır. Dikkat edilecek olursa, bu yorum, tartıştığımız beş yıllık hak düşüm süresini dahi geniş kitleler açısından işlevsizleştirmektedir. Zira bu süre düzenleyici işlemlerin uygulama işlemleri ile birlikte dava edilebilmelerine esaslı bir müdahale de bulunurken zaten kendisi bir uygulama işlemi olan parselasyon işleminin askıyı takip eden 60 günden sonra, beş yıllık süre zarfında dava süresinin canlanmasının olanağı kalmamaktadır. Bizce, yerleşik Danıştay içtihadı, bu içtihada yol açan hukuki ve fiili koşullar

21 "Kuralda belirtilen parselasyon planları bir veya birden fazla mahalleyi, dolayısıyla yüzlerce/binlerce kişiyi ilgilendirebilecektir. Bu türden geniş alanları ve çok sayıda kişiyi ilgilendiren çalışmalar bakımından her bir kişiye tek tek şahsen tebligat yapılabilmesi bu çalışmaların sonuçlandırılabilmesini önemli ölçüde geciktirebilir. Bu nedenle dava açma süresinin parselasyon planlarının kesinleşme tarihinden itibaren başlamasının yukarıda değinilen sınırlandırma sebebi bakımından gerekli olduğu da söylenebilir." (Paragraf 19)

22 İlgili AYM kararındaki öz ifade ile "parselasyon planlarının işlevi, imar planı bulunan alanlarda parselasyon planı tescil edilmek suretiyle imar planlarına ve imar mevzuatına uygun ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılmasıdır."

ile söz konusu idari işlemin düzenleniş tarzı ve kanunun yapısı bir arada değerlendirildiğinde AYM'nin "dava açma süresinin parselasyon planlarının kesinleşme tarihinden itibaren başlaması" şeklindeki ifadelerinde geçen "kesinleşme" şartını, parselasyonun tapuya işlenmesi için ayrı, dava süresinin başlaması için ayrı ele almak gerekmektedir. İkinci bölümde irdelendiği üzere İmar Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan, parselasyon planlarının bir aylık ilan süresinden sonra kesinleştirileceğine ilişkin kuralı, parselasyon düzenlemesinin tapuya işlenmesi açısından tüketilmesi gereken süreyi belirlediği kabul edilmelidir. Dava açma süresinin başlangıcı açısından kesinleşme ise ancak işlemin ilgili kişiye yazılı olarak tebliğini ifade edecektir.

Kararda yer alan, parselasyon işleminin mülkten yoksun bırakma sonucu doğurmadığı kabulü ise ziyadesiyle teoriktir. Bu işlemler, ilk bakışta birleştirme, ayırma, düzenleme ortaklık payı (DOP) düşülmesi gibi sonuçlara yol açmaktaysa da bu nevi işlemlerin ihdasında ölçülü ve hakkaniyetli davranılıp davranılmadığı, cephelerin belirlenmesi, arazinin konumu gibi hususlar şeklen korunan mülkiyetten faydalanmayı olağanüstü güçleştirerek hakkın özüne dokunabilmektedir. Dahası beş yıllık hak düşüm süresini getiren 7221 sayılı kanunun 7. maddesi, parselasyon işlemi mahkeme kararı ile iptal edilse dahi, hak sahibinin kök parseldeki arsasının umumi ve kamu hizmetine ayrılan yerlere denk gelmesi halinde, başka alandan arsa verilmesine muvafakati yoksa, yine DOP kesintisi yapılarak arsasının bedelinin ödenerek mülkiyetini ortadan kaldırılmasını düzenlemiştir. Dolayısıyla parselasyon işlemi, mevcut yasal düzenleme göre, belli hallerde mahkeme kararından dahi etkilenmeyecek kadar mülkiyet hakkına etkiliyken mahkemeye erişim hakkının bu denli kısıtlanması doğru olmamıştır.

Kararda parselasyon işlemlerinin dava süresinin başlaması için ilan tarihinin yeterli görülmesinden yola çıkarak aynı usule tabi imar planları için Mahkemenin yaklaşımının belirginleştiğini belirtmiştik. Önceki bölümlerde kanunun gerekçesi üzerine tartışma yürüttüğümüz için AYM'nin bu konudaki yorumlarına değinirken tekrara düşmeden konunun bir başka veçhesine, AYM'nin tutumuna eğilmek istiyoruz. AYM'nin mevcut kuralı yorumlayış biçimi,

imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma sürelerinin gerçek hayatta gösterdiği özellikleri ıskalamaktadır. Özellikle, imar planlarının dinamik yapısı, zaman içerisinde değişiklik göstermesi, uygulama işleminin sebep işlemi ille birlikte dava edilebilmesinin esası ilgilendiren konuların davada incelenebilmesi açısından önemi, uygulama işlemi ile dava süresinin yeniden başlamasının bu olgularla olan zorunlu bağı ve bu rejimin mülkiyet hakkıyla yakın ilişkisi görülememiştir. Yine bu karara göre, parselasyon işlemlerine karşı dava açma süresinin askı süresinin sonundan başlatılacağının kabulü halinde, temel haklar açısından benzer ve daha vahim sonuçlara namzettir. Çoğunluğu teşkil eden üyelerin temel haklar açısından oluşacak vahim durumu görememesinden ziyade bir tercihten bahsetmek gerekmektedir. Zira, karara işlenmiş muhalefet şerhleri incelendiğinde, bu açılardan da müzakereler yapıldığı anlaşılmaktadır.

> Mahkeme Başkanı muhalefet şerhinde şu hususlara vurgu yapmıştır: "Bununla birlikte, anılan argümanın parselasyon planlarının idari kesinleşmesi açısından geçerli olduğu, fakat kişilerin yargı yoluna başvurabilmesi için planların muhataplarına şahsen tebliğ edilmesinden vazgeçilmesini gerektiren bir zorunluluğun bulunmadığı da söylenebilir. Başka bir ifadeyle parselasyon planlarının bir ay boyunca ilgili idarede asılması ve diğer mutat yollarla duyurulması, planların bir an önce uygulamaya geçirilmesi bakımından gerekli olabilir. Ancak, idari kesinleşme sürecinde veya kesinleşmeyi müteakip parselasyon planlarının ilgili şahıslara şahsen tebliğ edilmesini ve dava açma süresini bu tebligattan itibaren başlatmayı engelleyen bir zorunluluğun bulunduğu söylenemez. Öte yandan, hak düşürücü sürenin işlemin askı suretiyle ilanını ve diğer mutat yolları müteakip kesinleşmesinden itibaren başlatılması durumunda, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmemesi için (a) öngörülen sürenin kişilerin işlemden haberdar olabilmesini sağlayacak kadar makul olması ve (b) haklı mazeretlerin varlığı halinde hak düşürücü süreden sonra da dava açılabilmesine imkân sağlanması gerekir." (Başkan'ın Muhalefet Şerhi, Paragraf.10, 11.)

Şerhin devamında, benzer davalarda AYM'nin verdiği kararlar örnek verilerek çelişik durum ortaya konmuştur. Kararda yer alan diğer bir muhalefet şerhinde ise şu noktalara işaret edilmiştir:

> "… tebliğ işlemi olmaksızın dava sürelerinin öngörülmesi mahkeme hakkının ve buna bağlı şekilde diğer temel hakların (örn. mülkiyet, özel yaşama saygı, vb.) sınırlanması anlamına gelecek ve bu durum hak ihlaline neden olabilecektir.", "İncelenen kuralda 5 yıl gibi uzun bir sürenin öngörülmesi nedeniyle ilk bakışta dava açma hakkı yönünden fazlasıyla yeterli bir sürenin belirlenmiş olduğu akla gelebilir. Fakat bu düşüncenin hatalı noktası, dava süresini başlatan ve idari kesinleşme için temel alınan tebliğin olağan (gerçek) tebliğ yöntemi olmayıp farazi bir tebliğ yöntemi olduğunun gözden kaçırılmasıdır."[23]

6. *Sonuç*

Yakın geçmişe kadar, İmar Kanunu ve İYUK hükümleri bir arada değerlendirilmek suretiyle, eksiklikleri bulunsa da dava açma süreleri konusunda temel hakları gözeten bir rejim inşa edilmişti. İmar ve parselasyon planlarının hukuki yapısı, insanlara etkisi, etkilediği insanların büyük çoğunluğunun bu işlemlerden bihaber oluşu, hayatın doğal akışı ve özellikle şehir yaşamının getirdiği koşullar karşısında bu işlemlerin barındırdığı hukuka aykırılıkların giderimi için gereklilikler bu rejimin inşasında etkili parametreler-

23 Başkanvekili Hasan Tahsin Gökcan'ın bu muhalefet şerhinde soyut hukuk olayının uygulanacağı bugünün gerçek hayat koşulları tarif edilmiştir: "Günümüzde sosyal hareketlilik çok fazladır. Bir şehirde doğanların neredeyse önemli bir kısmı aynı şehirde yaşamamakta, hatta yurt dışında yaşayabilmektedir. Bu nedenle imar planlarında yapılan değişiklik sonucunda kişinin örneğin kendi arsasının başka bir yere taşındığı veya ortak parsel haline getirildiği bilgisini öğrenme imkanı kısıtlıdır. Askı ilanı başka şehirlerde yaşayan kimselerin imar planlarından haberdar olmasını sağlamak için yeterli olmamaktadır. Bireyler bu bilgiyi zaman içerisinde arsalarıyla ilgili olarak belediyede resmi işlemler yaptıklarında veya aralıklarla o şehre geldiklerinde yakın çevresinden duyduklarında öğrenebilmektedir. Bireyler çok daha uzun bir süre sonra imar değişikliği olduğunu öğrenebilmekte, fakat bu durumda dava süresi geçtiği için haklarını arama imkanı bulamamaktadır. Bu bakımdan incelenen kuralda idari kesinleşme ve öğrenme için ilanen tebliğ yönteminin doğrudan uygulandığı gözetildiğinde beş yıllık dava açma süresi, imar planıyla kişilerin mahkemeye erişim ve mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin dengelenmesi için yeterli bir süre olarak kabul edilemez. Dolayısıyla kuraldaki beş yıllık dava açma süresinin ölçüsüz olduğu gözetilerek iptal edilmesine karar verilmelidir." (Paragraf.7)

di. Yasa koyucu, idari işlemi kollayan bir yaklaşımla dava yolunu olabildiğince kapatma eğilimi taşıyan bir yasama faaliyeti yürütmüş neticede, teklifin ilk halinden bir miktar farklı olmakla birlikte, mahkemeye erişimi önemli ölçüde ortadan kaldıran bir hak düşüm kuralı getirilmiştir. Danıştay uygulamada kuralın etkisini geçmişe etkisi bakımından 01.07.2025 tarihine kadar sınırlamıştır. AYM ise önüne gelen itiraz başvurusunda, öz bir biçimde ifade etmeye çalışacak olursak, parselasyon planları hakkındaki içtihadı da geriye götürecek biçimde adeta "geçmişe bir çizgi çekmenin" yolunu açmıştır. Yasamanın ve yargının bu tutumu, özellikle kentsel alanlarda, etkisini zaman içerisinde yığılan ve artan biçimde gösterecek olan mülkiyet kaybı ve barınma alanlarının terki olaylarına yol açabilecektir. Parselasyon işlemlerinin gerçekte dava edilebilirliğinin sürüp sürmeyeceğini AYM kararındaki yorum karşısında yakın gelecekte Danıştay'ın alacağı tutum belirleyecektir. AYM kararı her ne kadar parselasyon işlemleri kapsamında verilmişse de aynı tutumun devamı halinde, imar planları ile ilgili yapılacak itiraz başvurularının da AYM nezdinde reddedileceği anlaşılmaktadır. Günümüze kadar yapılmış imar planlarının dava edilebilmesi için 01.07.2025 tarihine kadar, ilgililerin planları incelemesi, imar durum belgesi müracaatı yaparak gereklilik varsa dava haklarını kullanması yolu düşünülebilir. Yine itiraz yolu ile AYM önüne gelebilecek uyuşmazlıklarda Mahkemenin önceki yorumundan dönerek kuralın en azından imar planları ile ilgili kısmını iptali de bir çare olarak düşünülebilir. Özellikle 01.07.2025 tarihinden sonra doğacak uyuşmazlıklar için, içtihadın hak sahiplerinin haklı mazeretlerinin ve olgunun gösterdiği özelliklerin bir arada değerlendiren, böylelikle uygulama işlemelerinden itibaren dava süresinin başlatarak temel hakları gözeten bir yöne girmesi, sorunun boyutunu küçültebilir. Her halükârda, kitlesel hak kayıplarına yol açmaya aday yeni bir süreçten geçmekteyiz, bu yakıcı konu üzerine hukukçuların kafa yorması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2008.
- ÇELİK Elif Emel, ŞENGÖZ Çağrı, İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi, Danıştay Dergisi, Yıl 2020, Sayı 152.
- KAPAKLIKAYA İbrahim, İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2022.
- KÖKTÜRK Erdal, KÖKTÜRK Erol, İmar Planları, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2022.
- ORHANGAZİ Özgür, Türkiye Ekonomisinin Yapısı, İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara, 2020.
- ŞİMŞEK Suat, HAZAR İlhami, İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022.
- YILMAZ Serdar, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2022.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA EŞİTLİK İLKESİ, AYRIMCILIK YASAĞI VE İHLALLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Av. Handan SATILMIŞOĞLU[1]

Özet

Eşitlik ilkesi/ayrımcılık yasağı Anayasa Mahkemesi'nin hak ihlali iddiasına yönelik pek çok kararına konu teşkil etmektedir. Eşitlik ilkesinin ya da ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle yapılan başvuruların çoğunda kabul edilemez olduğu yönünde kararlar verilmektedir. Bu durum eşitlik ilkesinin soyut ve geniş yorumlanabilir olmasından kaynaklıdır. Anayasa Mahkemesi ihlal iddiasına yönelik kararlarında, AİHS m. 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağı ile ilgili AİHM kararlarını da dikkate alarak genel ölçüler belirlemiştir. Burada Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına bakışı ve ihlal değerlendirmeleri dikkate alınarak bu ilkeye çizilen çerçeve ve bu doğrultuda verilen kararlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Ayrımcılık Yasağı, Eşitlik İlkesi, AY m.10, AİHS m. 14

1. Giriş

Eşitlik ilkesi uluslararası hukuksal düzenlemelerde yer alan görünümü ile ayrımcılık yasağı, Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'e yapılan birçok başvurunun konusu olmaktadır. Ayrımcılık, Anayasamız'da kanun önünde eşitlik ilkesi kapsamında düzenlenmiştir. Bu ilke soyut ve geniş yorumlanabilen bir ilkedir. Bu sebeple de Anayasa Mahkemesi'ne eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ih-

1 İstanbul Barosu üyesidir.

lali iddiası ile yapılan bireysel başvuruların çoğunda başvurunun kabul edilemez olduğuna dair kararlar verilmektedir. Gerek Anayasamızda gerekse AİHS gibi uluslararası düzenlemelerde kesin olarak hangi hallerin eşitlik ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmemiş olup ırk, etnik köken, cinsiyet, dil, din, yaş vs gibi birtakım örnekler sayılmış ve benzeri hallerde denilerek bu örneklerin çoğaltılabileceği belirtilmiştir.

Ayrımcılık yasağı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi içerisinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlali durumları incelenirken anayasada belirtilen örnekler gibi AİHS düzenlemesi ile AİHM kararları da Anayasa Mahkemesi kararlarına ölçü olmaktadır.

Eşitlik ilkesi bazı hallerde, kişilere karşı uygun olmayan, farklı davranışlarda bulunulması ile sağlanabilir. Bu durumda pozitif ayrımcılık devreye girmektedir. O halde ihlal kararlarından önce, eşitlik ilkesinin ve ihlale ölçü olabilecek kriterlerin, ardından verilen kararlara yansımasının incelenmesi gerekmektedir.

2. Eşitlik İlkesi/Ayrımcılık Yasağı Hakkında Yasal Düzenlemeler Ve AYM Kararları İle İhlal Değerlendirmeleri

2.1. Kavram Olarak Eşitlik İlkesi/Ayrımcılık Yasağı Ve Yasal Düzenlemeler

Eşitlik; iki veya daha fazla şeyin aynı olması durumu, denklik, müsavat kavramları olarak tanımlanmaktadır. Eşitlik kavramı kanunlarla tanınan hak ve yükümlülüklerde herkesin eşit olması, bireylerin yurdun yönetimine katılması ve eğitim, kültür, ekonomi gibi her alanda kendini geliştirebilmesi için eşit olanaklara sahip olunması anlamına gelir.[2] Ayrımcılara karşı hareket noktası da eşitlik talebi sonucu olmaktadır. Eşitlik ve ayrımcılık yapılmamasının aynı ilkenin ters görünümünden ibaret olduğu savunulur.

2 Gazel, Ahmet Gazi; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'nda Eğitimde Ayrımcılık Yasağı ve Fırsat Eşitliği*, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, ss. 139-160, s.143

Ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesinin negatif yüzünü teşkil etmektedir. Tüm bireyler insan varlığı olarak eşittir ve herkes onur ve haklar bakımından herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın eşit haklardan eşit şekilde yararlanır. Bu yüzden insan haklarını temel alan yaklaşımlar özellikle ayrımcılık ve eşitsizlik sorununa odaklanır. [3]

Ayrımcılık yasağı genel olarak negatif bir yükümlülüğü çağrıştırmaktadır. Ancak ayrımcılığın önlenmesi için bu yeterli olmayıp bunun yanısıra ayrımcılık yapılması da engellenmelidir.

Kişiyi kişi yapan ve eşit olmayan muameleye yol açan her karakteristik özellik aşağılayıcı olarak nitelendirilemez. Çünkü belirli olan bu karakteristik özelliklerin aşağılayıcı simge olarak algılanıp algılanmaması, toplumsal bilince bağlıdır. Tarihsel olarak ayrımcılık ilk olarak dini inanışlardan dolayı ortaya çıkmış, daha sonra bunu cinsiyet ayrımcılığı izlemiş yakın zamanda ise engelli olma durumundan veya cinsel tercihten dolayı ayrımcılık eklenmiştir. Ardından ise yaşa bağlı ayrımcılık düzenlenmiştir. Buradaki ayrımcılık toplumda bireylerin farklılıklarının belirginleştirilmesi ile ilgili olup Hans Joas'ın kişinin kutsallığı için artan farkındalık olarak adlandırdığı durumdur.[4]

Eşitlik ilkesi Anayasamızın 10. maddesi ile düzenlenmiş olup "*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi d*üşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin" kanun önünde herkesin eşit olduğu vurgulanmıştır. [5]Bu ilke uluslararası hukukta yer bulan ayrımcılık yasağının anayasal temelidir. Ayrımcılık yasağı

---

3 Gazel, s.146

4 Thedemann, Paul; *İnsan Hakları, Eşit Muamele, Ayrımcılık Kavramlarının Açıklanması*, Hukuk Köprüsü, Cilt 3, Sayı 3, 2013, ss. 45-57, s.54

5 X. Kanun önünde eşitlik
Madde 10 – "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.
(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.
(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.
Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.
Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) [9] kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

ile ilgili AİHS'in 14. Maddesi ile "Sözleşme'de *tanınan hak ve* özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya *toplumsal k*öken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." şeklinde örnekleri verilerek düzenleme yapılmış, kesin bir sınırlama getirilmemiştir. Burada ayrımcılık yasağı gereği AİHS ile korunan hak ve özgürlüklerde m 14 ile sayılmış bir durum sebebiyle hiçbir ayrım yapılamaz.[6]

Bir başka uluslararası düzenleme ise ABA m.II-21'deki düzenlemedir. Burada Anayasa ve AİHS'nde yer alan tahdidi örneklere ek olarak genetik özellikler, bir ulusal azınlığın üyesi olma, mülkiyet, doğum, özür, yaş veya cinsel tercih de kavram olarak sayılmıştır.

Bir başka uluslararası düzenleme ise İnsan Hakları Ve Temel Özgurlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 12 Numaralı Protokol'dür. Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması başlıklı 1. madde ile *"Hukuken temin edilmis olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statu bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."* şeklinde düzenleme getirilmiştir. Ayrıca hiç kimsenin, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamayacağı belirtilmiştir.

Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası S*özleşmesi'nin 26. maddesi ile de* hiçbir ayrım *gözetmeksizin herkesin yasalar önünde eşit olacağı ve eşit derecede korunacağı düzenlenmiştir.* Burada da ayrımcılığa karşı eşit ve etkili koruma temin edilmektedir.[7]

Bazı uluslararası belgeler ile de ayrımcılık önlenmeye çalışılmıştır. Eşit ücret sözleşmesi, cinsiyet ayrımcılığı sözleşmesi, ırksal

6 Tezcan/Erdem/Sancaktar/Önok; İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021

7 https://tihv.org.tr/iskenceye-karsi-uluslararasi-belgeler/bm-siyasi-ve-medeni-haklar-uluslararasi-sozlesmesi/ *(İnternet Erişim Tarihi: 19.11.2021)*

ilişkiler sözleşmesi, engellilik ayrımcılığı sözleşmesi gibi sözleşmeler de mevcuttur.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, ihlallerde tek başına değerlendirilmeyip Sözleşme ve ek protokollerde yer alan diğer hükümlerle değerlendirmeye tabi tutulur. Burada dikkat edilecek husus eşitlik ilkesine aykırı bir halin varlığı ve ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında iddianın sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınmış bir hakka ilişkin olmasıdır.

2.2. Eşitlik İlkesi/Ayrımcılık Yasağı Görünümleri Ve İhlal Kararlarında Aranan Ölçü

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre *"e*şitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olup burada eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacının aynı durumda olan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım ve ayrımcılık yapılmasını önlemektir. Bu ilke ile aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişi ve topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."[8] *şeklinde kabul görmüştür.* Burada iç hukuk bakımından eşitlik ilkesi ile kastedilenin eylemli eşitlik değil hukuksal eşitlik olduğunu belirterek bir çerçeve çizmiştir.[9]

Anayasa Mahkemesi Bülent Polat başvurusunda belirtildiği şekilde bireysel başvurularda "Ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvurucunun kendisiyle benzer durumda başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamale arasında bir farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb bir ayrımcılık temeline dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir." demiştir.

---

8 AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17/03/2011

9 ÖZBUDAK Coşkun; *Bireysel Başvuru Kararlar*ında Ayrımcılık Yasağı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, 2014, s. 176

Yine Anayasa Mahkemesi bir başka kararı ile ayrımcılık yasağına bakışını özetlerken "AİHM içtihadında ise ayrımcılık yasağı, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlanmaktadır. Burada sözleşmenin 14. Maddesi'nin diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa koruma sağladığını, ancak her farklı muamelenin bu maddeye aykırı olmayacağını, eş değer ya da benzer bir konumdaki diğer bireylere imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanmasının gerekli olduğunu, bu kapsamda farklı bir muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedenin olmaması gerektiğini, kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmasının da zorunlu olduğunu belirten Mahkeme, taraf devletlerin, benzer durumlar arasındaki farklılıkların hangi hallerde farklı bir muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahip olduğunu, bununla birlikte önemli bir ayrımcılık temeli olan cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gerektiğini vurgulamaktadır."[10] Anayasa Mahkemesi bu şekilde kararları ile Anayasa'da sınırları çizilmeyen ve bazı örnekler ile ifade edilen eşitlik ilkesine kararları ile açıklama getirmiştir.

2.3. Pozitif Ayrımcılık

Bazı kişiler vardır ki bu kişilerin haklı çıkarlarını korumaya çalışmak, söz konusu kişilere tanınan bazı ayrıcalıklar ayrımcılık yasağına aykırı düşmez. Bu durum "Pozitif Ayrımcılık" şeklinde tanımlanıp bu kişilere yapılan ayrıcalık, bu kişileri toplumda imtiyazlı kılmak değil toplum içerisindeki haklarını ve durumlarını düzeltmektir. Bu kişilerin doğuştan taşıdıkları birtakım özellikler toplumda dışlanmışlık oluşturabilmektedir. Bu dışlanmışlığı azaltmak ve diğer insanlara göre farklı haklar tanıyarak eşitsizliği çözmeyi amaçlar. Pozitif ayrımcılık toplumda bilinçlenme nedeniyle daha çok benimsenir hale gelmiştir. Kız çocuklarının okumasında

10 *Ünal Tekeli/Türkiye, B. NO: 29865/96, 22/2/2009, Syf 49-53 Zarb Adami/Malta, B. No: 17209/02, 20/6/2006, syf 71*

artış olmuş engellilerin eğitimine önem verilmiştir. Yine İş Kanunu'nda yer alan güzel bir düzenleme ile işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü kılınmıştır.

Türkiye 12 Eylül 2010 referandumu ile Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür." şeklinde düzenleme getirilmiştir. Kadınlar artık günümüzde sosyal hayatta daha çok var olsalar da bu durum henüz yeterli seviyeye ulaşmamıştır.

3. AYM Kararları İle Eşitlik İlkesi/Ayrımcılık Yasağı İhlal İncelemesi

3.1. İbrahim Kaptan Başvurusu[11]

Başvurucu 20.03.2017 tarihinde FETÖ/PDY üyesi olduğu gerekçesiyle tutuklanmış Menemen T tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'na konulmuştur.

Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığı'nın 19.10.2016 tarihli "Tutuklular Hakkında Uygulanacak Eğitim Ve İyileştirme Faaliyetlerinin Uygulanması" başlıklı kararı ile FETÖ/PDY soruşturması kapsamında tutuklananlara eğitim ve iyileştirme faaliyeti verilmemesine karar verilmiştir.

Başvurucu karara itiraz etmiş infaz hakimliği itirazı reddetmiştir. İnfaz hakimliği kararına karşı Ağır Ceza Mahkemesi'ne itiraz edilmiş Ağır Ceza Mahkemesi de başvurucunun talebini, kararın usule ve mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

Başvurucu İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığı'nın 19/10/2016 tarihli kararıyla spor alanları, kütüphane, iş yurtları ve çok amaçlı salondan yararlandırılmadığını, bu tür eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine katılamadığını belirterek tutulma koşullarının işkence boyutuna ulaşıp fiziksel ve ruhsal sorunlarını artırdığını iddia ettiğini, bel ağrısı, kasık ağrısı, görme kaybı, kabızlık ve uyku sorunları

11 Başvuru No: 2017/30510 Karar Tarihi 18.07.2018

yaşadığını, kütüphane imkanından alıkonulmasının da araştırma yapmasına ve zihnini meşgul etmesine engel oluşturduğunu, anılan nedenlerle işkence ve kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespiti ile tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

08.06.2018 tarihinde ise FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklu bulunan kişilerin sayısı, hükümlü ve tutukluların kişisel özellikleri, Ceza İnfaz Kurumu'nun düzeni ile güvenliği dikkate alınarak yapılan değerlendirme neticesinde "Tutuklular Hakkında Uygulanacak Eğitim ve İyileştirme Faaliyetlerinin Uygulanmaması" başlıklı 19/10/2016 tarihli karar kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında başvurucunun iddialarını incelemeden cezaevleri ile ilgili birtakım hukuki düzenlemelere değinmiş ardından kötü muamele yasağını ve eşitlik ilkesini hukuki yönden ayrıntılı bir şekilde incelemiş aranan şartları dile getirmiştir. Daha sonra somut olayda ihlal var mı bu durumu değerlendirmiştir. Burada Anayasa Mahkemesi incelemesi ile; kötü muamele yasağı yönünden;

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü" kenar başlıklı 1. maddesinin "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar." Ve "İşkence yasağı" kenar başlıklı 3. Maddesinde "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz. " denildiğini,

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulayarak terörizmle ya da organize suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme'nin mağdurların davranışlarından bağımsız olarak işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemleri yasakladığını belirterek kötü muamele yasağının Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike halinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediğinin de içtihatlarda hatırlatıldığını,

- AİHM'in, hükümlü ve tutukluların Sözleşme'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahip olduğunu pek çok kararında yinelediğini, bununla birlikte ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi kurumda güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin olması durumunda sahip olunan hakların sınırlanabileceğine değindiğini,

- AİHM'in, Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını değerlendirirken başvurucular tarafından yapılan somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi gerektiğini belirtmiş olduğu bu kapsamda önlemlerin şiddeti, süresi, amacı ve ilgili üzerindeki etkilerinin birlikte değerlendirilmesinin gerektiğini,

- AİHM'e göre infazın yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların mahkumları özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerektiğini belirtmiştir.

Kötü muamele yasağına incelendikten sonra eşitlik ilkesi yönünden incelemeye geçilmiştir. Eşitlik ilkesi yönünden;

- Sözleşme'nin ''Ayrımcılık yasağı" kenar başlıklı 14. maddesine değinilmiş ve AİHM'in ayrımcılık yasağının Sözleşme'de güvence altına alınan bağımsız hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığı, her farklı muamelenin ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelmediği, buna göre eş değer ya da benzer bir konumdaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gerektiği,

- AİHM'e göre farklı muamelenin Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlaline neden olduğunun söylenebilmesi için nesnel ve makul bir nedenin olmaması gerektiği, nesnel ve makul nedenlerin bulunup bulunmadığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceği, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin kullanımına yönelik olan farklı muamelenin meşru bir amacının olmasının yanında kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağın

da bulunması gerektiği, aksi durumda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılacağı, diğer bir anlatımla AİHM'e göre temelde farklı olgusal durumların nesnel bir şekilde değerlendirilmesine dayanan, kamu yararı doğrultusunda toplumun menfaatlerinin korunması ile Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kuran farklı muameleler yasaklanmadığı,

- Ayrıca AİHM'in, taraf devletlerin benzer durumlar arasındaki küçük farklılıkların hangi durumlarda farklı muameleyi gerekli kıldığının belirlenmesinde bir dereceye kadar takdir hakkına sahip olduklarını ve hakkın kapsamının konuya, konunun geçmişine ve olayın koşullarına göre değişebileceğinin ifade edildiğini,

- Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. " şeklinde düzenlemenin yer aldığını,

- Anayasa Mahkemesi'nin, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir edeceğini belirtmiş ve başvurucunun şikayetlerini dile getiriş biçimi dikkate alındığında iddialarının özünün, tutuklu olarak bulunduğu Ceza İnfaz Kurumundaki eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakılmasının kötü muamele yasağını ihlal ettiğine ilişkin olması nedeniyle Anayasa'nın 1 7. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağı kapsamında inceleneceğini,

- Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamaları gerektiğini ve bu durumun devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif yükümlülüğünden kaynaklı olduğunu,

- Diğer taraftan Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve

Sözleşme'nin 3. maddesi ile herhangi bir sınırlamanın öngörülmediği; işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirterek, Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında belirtilen savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi istisnanın öngörülmediğini aynı şekilde Sözleşme'nin 15. maddesinin benzer bir düzenleme ile kötü muamele yasağına ilişkin herhangi bir istisna öngörmediğini, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." şeklindeki kuralın, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerli olduğunu,

- Ceza infaz kurumlarında kötü muamele olarak kabul edilecek hususların farklı şekillerde tezahür ettiği, ceza infaz kurumu idaresi ve görevlilerinin kasıtlı davranışlarından kaynaklanabileceği gibi yönetim hataları veya yetersiz kaynaklar sebebiyle de ortaya çıkabileceği, bu nedenle mahkumlar için bir ceza infaz kurumundaki yaşamın tüm yönleriyle değerlendirilmesi gerektiği, ceza infaz kurumlarındaki yaşamın, mahkumlara sunulan aktivitelerin genişliğinden mahkumlar ve ceza infaz görevlileri arasındaki ilişkilerin genel durumuna kadar geniş bir alanda değerlendirilmesi gerektiği, Anayasa'nın 17. maddesi, ceza infaz kurumunda tutulan bir hükümlü veya tutuklunun içinde bulunduğu şartların insan onuruna yakışır bir şekilde olmasını da koruma altına aldığı, infazın yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların mahkumları özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerektiğini,

- Tüm hususların yanında ilave olarak bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olmasının gerektiğini, her olayda asgari eşiğin aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirileceği, bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörlerin önem taşıdığı vurgulanmıştır.

Bir suç soruşturması ya da kovuşturması kapsamında tutuklanan veya ceza yargılaması sonucunda hakkında verilen hapis ceza-

sı kesinleşen mahpusların eğitim ve iyileştirme programlarından kısıtlanmasının tek başına Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bir durum oluşturmadığını, disiplinin sağlanması ve güvenlik gerekçesiyle bu tür kısıtlamaların hayata geçirilmesinin, tutuklama tedbirinin ve cezanın infazının doğasından kaynaklanabildiği, ancak tedbirin ya da infazın amacını aşacak, keyfiliğe ve aşırılığa kaçılarak mahpusların beden ve ruh sağlıklarını bozacak şekilde kişiyi eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakmanın asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması koşuluyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamında kötü muamele oluşturabileceği, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ceza infaz kurumlarında tutulma koşullarını değerlendirirken başvurucular tarafından ileri sürülen somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi ve bu kapsamda önlemlerin şiddeti, amacı ve bireyler için sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla her başvuruda somut olayın özel koşulları, iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakmanın niteliği ve süresi, amacı ve söz konusu kişi üzerindeki etkisinin değerlendirilmesini,

Somut olayda 20/3/2017 tarihinde tutuklanan başvurucu, konulduğu Ceza İnfaz Kurumunda net olarak altmış metrekare kapalı alanı ve otuz beş metrekare havalandırma bahçesi bulunan odada tutulduğu, Mevzuat gereği başvurucu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'na ek 27. maddesinde de öngörüldüğü gibi günde en az bir saat havalandırma bahçesinde gezinme ve bu alanda bireysel olarak spor yapma imkanına sahip olduğu, sakıncalı olmaması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkına, resmi kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkarılan gazete, kitap ve basılı yayınları edinme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Somut başvuruda başvurucunun açık ve kapalı spor salonları ile kütüphaneden yararlanma gibi eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakıldığının görüldüğü, Ceza İnfaz Kurumu'nun

tutukluların güvenliğinin sağlanması, örgütsel faaliyetlerin engellenmesi, terör örgütleri tarafından bu kişilerin yönlendirilmesinin ve bu kişilere emir ve talimat verilmesinin önüne geçilmesi amacıyla söz konusu uygulamaya ihtiyaç duyulduğu yönünde bir gerekçe açıkladığı, bu kapsamda yapılan değerlendirmede, Ceza İnfaz Kurumu'nda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi ceza infaz kurumunda güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin bulunduğunun anlaşıldığı, öte yandan başvurucunun günde en az bir saat açık havada gezinme imkanına sahip olduğu, bu süre zarfında açık havada egzersiz yapma gibi sportif faaliyetlerde bulunabileceği, kitap ve dergi dahil sakıncalı olmayan her türlü süreli ya da süresiz yayına erişme ve bilgi edinme konusunda herhangi bir engellemeyle karşılaşmadığı ve söz konusu geçici nitelikteki uygulamanın İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının 8/6/2018 tarihli kararıyla kaldırıldığı görülmektedir.

Somut olaya özgü şekilde tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde makul gerekliliklere dayanan geçici tedbir mahiyetindeki uygulamanın niteliğinden kaynaklanan ve tutukluluğa ilişkin kaçınılmaz olarak ortaya çıkan elemin ötesinde Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden asgari ağırlık derecesinin aşılmadığı, açıklanan gerekçelerle kötü muamele yasağına yönelik bir ihlalin olmadığının açık olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği, kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin başvurucu; bu tür bir engellemenin yalnızca FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan kişilere yapıldığını, diğer tutuklu ve hükümlülere ayrımcı bir muamelede bulunulmadığını belirterek eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürdüğünü ve başvurucunun bu yöndeki iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesi kapsamında incelenmesi gerektiğini, Anayasa'nın 10. maddesi ayrımcılık yasağı biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerektiği, başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak

ayrımcılık yasağını da içerdiği, Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "herkes" ibaresi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmadığı, ayrıca aynı fıkrada "benzeri sebepler"le ayrım yapılamayacağı esası getirildiğinden ayrımcılık temellerinin yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilip ve ayrım yapılamayacak konuların genişletildiği, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu, Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep" sebeplerine dayanılarak ayrım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında "benzeri sebeplerle" de ayrım gözetilmeyeceğinin ifade edildiği, bu kapsamda Anayasa'nın açıkça saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türden muamelelerin ancak "çok önemli gerekçeler" ile haklı kılınabileceğinin açıkça ifade edildiği, farklı muamelenin ne kadar ciddi kabul edilirse devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler göstermesi gerektiği, başka bir deyişle potansiyel olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacağı, Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini tanımlarken Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanla, için söz konusu olduğu, bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörüldüğü, eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklandığı, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmediği, durumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebildiği, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksa, durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa 'da öngörülen eşitlik ilkesini zedelenmediği[12], amacı, aynı hukuki durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak olan eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilere ayrı kuralların uygulanmasını yasaklandığı, ancak demokratik bir toplum

12 AYM, E.2009/47, K.2011 /51, 17/3/2011

düzeninde söz konusu farklı muamelelerin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelede kullanılan yöntemin ölçülü olduğu durumlarda eşitlik ilkesinin zedelendiğinin söylenemeyeceği, dolayısıyla hukuksal durumları aynı olanlara yönelik farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelenin öngörülen meşru amaç ile orantılı olduğu, diğer bir ifadeyle farklı muameleye tabi tutulan kişiye aşırı ve olağanın ötesinde bir külfet yüklemediği hallerde eşitlik ilkesi ihlal edilmeyeceği belirtilmiştir.

Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde;

- Hukuksal durumları aynı olan kişi veya gruplara yönelik dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri temellerde farklı muamelede bulunulup bulunulmadığı
- Bu farklı muamelenin objektif ve makul sebeplere dayanıp dayanmadığı
- Farklı muamelenin ölçülü olup olmadığının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Somut olayda terör suçlarından tutuklu ya da hükümlü olanlar dahil diğer mahpuslar hakkında bu yönde bir kısıtlama kararı alınmadığı ve yalnızca FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan kişilere eğitim ve iyileştirme faaliyeti verilmemesine karar verildiği dikkate alındığında bu durum başvurucuya yönelik farklı bir muamele teşkil etmektedir. Burada olası durumun engellenmesi amacını taşıyan söz konusu farklı muamelenin objektif ve makul sebeplere dayandığı kanaatine varılmıştır. Farklı muamele kapsamında kullanılan yöntemin ölçülü olup olmadığı hususu, söz konusu farklı muameleyle ulaşılmak istenen amaç ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının tespitinde önemli bir kriterdir. Somut başvuruda, bu dengenin kötü muamele yasağı yönünden ilgili kamusal makamlar tarafından sağlanıp sağlanmadığı irdelenmelidir. Başvurucunun sınırlı imkân ve koşullarda da olsa spor yapabilme ve kitaplara erişebilme imkanının bulunduğu, ayrıca söz konusu uygulamanın geçici nitelikte olduğu görülmektedir. Dolayısıyla farklı muamelede kullanılan yöntemin ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak her ne kadar başvurucuya farklı bir muamelede bulunulduğu açık olsa da somut olaya konu muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, kullanılan yöntemin ölçülü olduğu, kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak ele alınan eşitlik ilkesine ilişkin bir ihlalin olmadığının açık olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği belirtilmiş ve sonuç olarak başvurucunun kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna, kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna, oybirliği ile karar verilmiştir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı hukuken doğru değildir. Anayasa Mahkemesi AİHM kararları ve benzer AYM kararları ile ayrımcılık yasağı ve kapsamını ayrıntılı bir şekilde ele almış ve somut olayda farklı muamelenin varlığını kabul etmiştir. Fakat bu muamelenin objektif ve makul sebebe dayalı olduğu ve ölçülü olduğunu iddia etmiştir. Burada ölçülülük ilkesi verilen örnek kararlarda ayrıntılı açıklanmasına rağmen somut olaya yeterince uyarlanamamıştır. İhlal edilen hak anayasal bir hak olup gerek ulusal hukukta gerekse uluslararası hukukta istisnası olmayacak şekilde koruma altına alınmıştır. Bu hakkın Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığı'nın takdirine bırakılması hukuka uygun olmadığı gibi bu hakkın ihlaline sebebiyet verecek uygulama dışında tutuklu ve hükümlüler hakkında alternatif bir uygulama olabilir miydi bu durum gözönünde bulundurulmamıştır. Ayrıca yasağın daha sonra kalkması hali değerlendirilmemiş, bu yasağın yaklaşık 2 yıl kadar sürdüğü düşünüldüğünde bir tutuklu için iki yılın uzun bir süre olması ve bu süreçte terör mahkumlarında nasıl bir iyileşme görüldüğü ve yasağın kaldırıldığı belirtilmemiştir. Bu durum göstermektedir ki ölçülülük ilkesi yeterli incelenememiştir. Burada hakkın ihlalde ölçülülük ilkesinin bir tutuklunun cezaevi şartlarına göre incelenmesi gerekmektedir. Bir bireye göre spor salonu yasağı veyahut kütüphaneye ulaşım engeli normal bir hak gibi değerlendi-

rilse de bir tutuklu için çok ciddi bir hak olduğu kanaatindeyiz. Covid sürecinde bireyler bir eve kapalı kalmanın ne olduğunu daha iyi anlamış ve sokağa çıkma yasağının bakkala ekmek almaya gitme bahanesi ile ihlal edildiği görülmüştür. Bir tutuklu için de kütüphane, spor salonu gibi haklar tek odaya mahkûm olunuşun bir nefes alma görünümü olup manevi varlığını etkilemektedir.

Kararın hukuka aykırı oluşunu bir başka karar ile açıklarsak PKK terör örgütü ile ilgili bir suçtan tutuklu Recep Bekik ve diğerleri başvurusunda, Anayasa Mahkemesi'nin emsal gösterdiği Halil Bayık kararında belirlediği kriterlere yönelik bir değerlendirme yapılmadığını, yayınların sakıncalı bulunan kısımlarının belirtilmediğini ve gerekçelendirmenin soyut değerlendirmelere dayandığını ifade etmiştir. Bununla birlikte idari kararlar ve derece mahkemelerinin kararları incelendiğinde, yayınların başvuruculara teslim edilememesine ilişkin büyük payın başvuruculara terör mahkûmu olmalarından kaynakladığını belirtmiştir. Bununla birlikte, ceza infaz kurumlarında bulunan aynı statüdeki tutuklu ve hükümlülerin yayınlara erişimi bakımından yeknesak bir uygulamanın olmadığı ve değerlendirmelerin son derece değişken olduğu ifade edilmiştir. Ortaya çıkan idari uygulama farklılıklarının ise, idari faaliyetlerinin belirliliği ilkesine dolayısıyla hukuk devletine aykırılık oluşturduğuna yer verilmiştir. Burada bu uygulama farklılıklarının giderilerek potansiyel başvuruların önlenebilmesi için süreli yayınların etkin bir şekilde değerlendirilerek mahpuslar arasında farklılık doğuracak uygulamaların engellenebilmesine yönelik bir mekanizma kurulmasına ihtiyaç olduğu bildirilmiştir. Bu sorunun öncelikle çözülmesi gerektiği belirtilerek Anayasa Mahkemesi burada başvurucuya teslim edilmeyen süreli yayınlar bakımından ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. İki üye Anayasa Mahkemesi'nin cezaevi yayın kurullarının işleyişine yön vermesi ve uygulamaya yönelik çözüm önerileri ileri sürmesi şeklinde kararlar vermesinin mümkün olmadığını sadece ihlale yönelik değerlendirme yapması gerektiği bu sebeple karşı oy vermişlerdir. Bu karara ve Anayasa Mahkemesi'nin incelemiş olduğumuz karar içerisinde yer alan açıklamalarına baktığımızda incelemiş olduğumuz Anaya-

sa Mahkemesi kararı kanaatimizce Mahkemenin açıklamaları ile çelişkili bir karar olması sebebiyle hukuka uygun değildir. [13]

4.Sonuç

Eşitlik ilkesi/Ayrımcılık yasağı Anayasa m 10 ve AİHS m 14 ile uygulama alanı bulmuş ve bireylerin Sözleşme ile düzenlenen hakları koruma altına alınmıştır. Bu ilke soyut bir ilke olup Anayasa Mahkemesi yasal düzenleme ile sayılan örneklerin yanı sıra "benzeri hallerde" de denilmesi sebebiyle de yasada yer almayan hallerde de eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yönünde kararlar verebilmektedir. Bu ilkenin uygulanmasında keskin çerçevelerle çizilmiş net kurallar bulunmayıp soyut olmasının neticesi olarak Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında kabul edilmezlik kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi AİHS'de yer alan düzenlemeler ve AİHM kararlarını da baz alarak eşitlik ilkesinin ihlaline bir çerçeve çizmeye çalışmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus eşitlik ilkesinin ihlali için Sözleşme ile tanınan bir hakkın varlığının zorunluluğudur. Ve her hak ve olay için eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği ilkenin soyutluğu sebebiyle özel olarak incelenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- GAZEL, Ahmet Gazi; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Eğitimde Ayrımcılık Yasağı ve Fırsat Eşitliği, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 139-160
- TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR/ÖNOK; İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021
- THEDEMANN, Paul; İnsan Hakları, Eşit Muamele, Ayrımcılık Kavramlarının Açıklanması, Hukuk Köprüsü, Cilt 3, Sayı 3, 2013, ss. 45-57
- ÖZBUDAK Coşkun; Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, 176-181, 2014

13 YILDIZ Ceren; *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri*, GSÜHFD, 2021, ss. 367-415, s.393

- YILDIZ Ceren; Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri, GSÜHFD, 2021, Cilt 1, ss. 367-415
- https://yereldemokrasi.net/nasil-mudahil-olabiliriz/sivil-toplum-aktif-yurttaslik-el-kitabi/bolum-ii-haklarimiz-cigneniyor-ne-yapabiliriz/esitlik-nefret-soylemi-ve-ayrimcilik-yasagi (Erişim Tarihi: 19.11.2021)
- https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/nefret-ve-ayirimcilik-sucu-cezasi.html (Erişim Tarihi: 19.11.2021)
- https://tihv.org.tr/iskenceye-karsi-uluslararasi-belgeler/bm-siyasi-ve-medeni-haklar-uluslararasi-sozlesmesi/ (Erişim Tarihi: 19.11.2021)
- Onurhan Solmaz Başvurusu Başvuru No: 2012/1049 Karar Tarihi: 26/3/2013
- Şule Bayburt Başvurusu Başvuru No: 2017/38724 Karar Tarihi: 21/7/2020
- Yaşar Gökoğlu Başvurusu Başvuru No: 2017/6162 Karar Tarihi:8/6/2021
- İbrahim Kaptan Başvurusu Başvuru No: 2017/30510 Karar Tarihi:18/7/2018

İDARENİN İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Av. Erol TÜRK[1]

Özet

Kamu idaresinin görev alanına giren bir kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesi amacıyla, kamu tüzel kişisinin-idarenin- kar ve zararı özel hukuk tüzel kişisine ait olmak üzere bu hizmetin yerine getirilmesini yüklenen kişi veya şirketle yaptığı sözleşmeye idare hukukunda imtiyaz sözleşmesi denir. İdare ile özel tüzel kişi arasında yapılan bu sözleşme ile kamu hizmeti özel hukuk tüzel kişisi tarafından kurulur ve işletilir. Hizmetin görülmesi sırasında zarar görenlerin zararlarının giderilmesi için hangi yargı yoluna gidecekleri sorunu ortaya çıktığında uyuşmazlık mahkemesi devreye girmekte ve yetkili yargı yerini uyuşmazlık mahkemesi belirlemektedir.

Anahtar Kelimeler

İmtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşme,

1. İdari Sözleşme Tanımı

İdare, kamu gücüne dayanarak yaptığı tek yanlı işlemlerle hukuk yaşamında değişiklik yapmaktadır. İdare tek yanlı işlemlerinin yanında karşılıklı iradelerin uyuşması yolunu, yani sözleşme yapma yolunu da seçebilir. Bazı durumlarda idare sözleşme yapmaya mecbur kalabilir. Devletin kamu hizmetlerini yürütebilmesi için çeşitli mal ve hizmetlere ihtiyacı vardır. Devletin bu ihtiyaçları karşılaması her zaman tek yanlı idari işlemlerle mümkün olmayabilir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ve halkın bu hizmetlerden yararlanmasında idarenin tek taraflı işlemleri yeterli olmayabilir. Bu durumlarda idare sözleşme yoluna başvurabilir.

---

1 İstanbul Barosu Üyesidir.

İdarenin sözleşmeleri ile idari sözleşmeleri birbiriyle karıştırmamak gerekir. İdarenin yaptığı tüm sözleşmeleri idari sözleşme olarak görmek yanlıştır. İdarenin yaptığı sözleşmeler birbirinden farklı, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olarak iki şekilde karşımıza çıkar. İdari sözleşmelerde taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlendiği halde, özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar borçlar hukuku kurallarına göre adli yargıda çözümlenir.

Kamu hizmeti kavramı günümüzde değişmiş ve gelişmiştir. Bunun sonucu her alanda yaygınlaşmıştır. Devletin tek başına bu kadar çok ve çeşitli hizmeti halkın ayağına götürmesi ve yürütmesi güçtür. Burada idareye kamu hizmetinin yürütülebilmesi için sözleşme yapmak ve kamu hizmetinin yürütülmesini kamu tüzel kişileri dışında özel hukuk tüzel kişilerine devretmek olanağı doğmaktadır.

2. İdari Sözleşmeler Nasıl Ayırt Edilecektir

Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için:

- Sözleşmenin taraflarından birinin mutlaka idare yani kamu tüzel kişisi olması,
- Sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesi ile ilgili olması,
- Sözleşmenin özel hukuku aşan koşular taşıması gerekir.

İdari sözleşmelerin imzalanması aşamasına kadar çıkan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girdiği halde, sözleşmenin imzalanmasından sonra çıkan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 15.11.2016 tarihli kararı:

Danıştay içtihatlarına göre, idari sözleşmelerin imzalanması aşamasına kadarki süreçte oluşan uyuşmazlıkların idari yargıda, sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görül-

mesi ve çözülmesi kabul edilmiştir. Uyuşmazlığın, davalı idare ile davacı arasında imzalanan idari sözleşmeden değil, davalı idarenin tek taraflı olarak kamu gücünü kullanmak suretiyle tesis ettiği ve davacı şirketin devraldığı hastanenin eski sahiplerine uygulanması gereken cezai şartın davacı şirketin alacaklarından tahsiline yönelik işlemden kaynaklanmaktadır. Taraflar arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinde hastanenin davacıya devrine ve borçlarının tahsiline dair bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla davacı tarafından davaya konu edinilen işlemin bir idari işlem olduğunun kabulü ile bu idari işleme karşı açılan davanın çözüm yeri idari yargı mercilerine aittir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 15.11.2016 tarihli kararı:

Bir suçtan dolayı tutuklanan davacı Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı ile tahliye edilmiştir. Davacı, tutuklu bulunduğu suçtan beraat etmiş ve bu karar davacı yönünden temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Davacı haksız tutuklanması sebebiyle uğradığı zararın tazmini için 5271 Sayılı C. M. K. Md. 142/1. uyarınca tazminat davası açmıştır. Tazminat davasına bakan mahkemeye verilen cevapta Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararının kesinleşmediği bildirilmiştir. Bu cevapla davacının tazminat davası reddedilmiştir. Verilen bu karar itiraz edilmeyerek kesinleşmiştir. Davacı Ağır Ceza Mahkemesinin ara kararına yanlış cevap verilmesi sebebiyle haksız tutuklamadan kaynaklanan zararının tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın olumsuz sonuçlanmasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ileri sürerek uğradığı zarara karşılık tazminat ödenmesini istemiştir. Bu talebin reddedilmesi üzerine dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı yaptığı başvuruda, tazminat talebini, Ağır Ceza Mahkemesi personelinin ara kararına hatalı cevap vermek suretiyle hizmet kusuruna dayandırdığı ve bu hizmet kusuru nedeniyle, 5271 Sayılı C.M. K.Md. 142/2 uyarınca tazminat davası açma hakkının zayii edildiğini ileri sürmüştür. Tazmini istenilen zararın yargılama faaliyetine dair olmayıp, yargılama sonucunun bildirimine yöneliktir. Uyuşmazlığın çözümü idari yargının görev alanına girdiğinin kabul edilmesi gerekir.

3. İdari Sözleşmelerin Hukuki Sonuçları

İdari sözleşmeler de özel hukuk sözleşmeleri gibi öznel ve kişisel hukuki durumlar yaratırlar. Bazı idari sözleşmeler karma özellikler arz ederler. Yani idari sözleşmeler bir kısım hükümleriyle kişisel ve öznel hukuki durum yaratırken bir kısım hükümleriyle de sözleşmeye taraf özel kişiye, daha önce var olan, kanun ve düzenleyici işlemlerle saptanmış bir statüyü uygularlar. İdari sözleşmeler kimi yönden sözleşme, kimi yönden koşul işlemlerdir.

İmtiyaz sözleşmeleri ve bazı hizmet sözleşmeleri bu karmaşık işlemlere örnek gösterilebilir. İdari sözleşmelere uygulanacak idare hukuku kuralları, borçlar hukuku kurallarından farklıdır. İdari yargıda medeni hukuk ve borçlar hukuku kuralları değil, idare hukuku kuralları uygulanır. Bazı durumlarda bir uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk kurallarından da yararlanılmaktadır. Sözleşmelerin kurulmasına ilişkin kurallar borçlar hukukunda düzenlenmiştir. Bu nedenle idari yargı bazen açıkça madde belirtmek suretiyle borçlar kanunundan yararlanmaktadır. Borçlar hukukunun bazı kuralları idare hukukuna uygun düşmediği için idari sözleşmelerde uygulanmaz.

İdari yargı kararlarında, Danıştay kararlarından ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarından oluşan özgün sözleşme kuralları uygulanır.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 15.11.2016 Tarihli kararı:

Uyuşmazlık konusu olayda; tazminat davasının açılmasına neden olarak Belediye Başkanlığına ait bildiride hakaret ve iftira içerdiği iddia edilmektedir. Bildiri incelendiğinde, Belediyenin davacının fabrikasının işleme kapasitesinin artırılmasına ruhsat verilmemesi yolunda bir tasarrufu bulunmadığı, bu şekildeki söylemlerin doğru olmadığı, zaten Belediyelerine davacı tarafından yapılmış bir ruhsat başvurusu bulunmadığı anlaşılmıştır. Böyle bir tesisin yapılması Kıyı Kanununa göre de mümkün değildir. Belediyenin görev ve yetkileriyle ilgili açıklamalara yer verilmesi, söz konusu bildiri ve duyurunun belediyenin yetki ve görevi ile ilgili tek yanlı bir irade açıklaması olduğu ve bu haliyle bakılan davanın idari yargının görev alanına girdiği anlaşılmaktadır.

4. İdari Sözleşmelerde Kamu Çıkarı Üstündür

İdari sözleşmeler, bir kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesi amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle hizmetin kurulmasında ve yürütülmesinde mutlaka kamu yararı bulunması gerekir. Kamu yararı sözleşmenin asli unsurudur. Eğer bir kamu hizmetinin kurulmasında ve yürütülmesinde kamu yararı yoksa böyle bir sözleşmenin yapılmaması gerekir.

İdari sözleşmenin tarafları kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi veya tüzel kişisidir. Ancak sözleşme kurulurken tarafların konumu eşit değildir. İdari sözleşme kurulurken eşit olmayan karşılıklı iki çıkar bulunduğu varsayılır. Biri kamunun diğeri özel kişinin çıkarıdır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ve kamu yararının üstünlüğü ilkeleri bu özel kuralların kabul nedenidir.

5. Kamu Tüzel Kişisi

İdari bir sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle sözleşmenin taraflarından birinin mutlak surette kamu tüzel kişisi olması şarttır. Özel kişiler veya şirketler arasında yapılan sözleşmeleri, idari sözleşme olarak kabul etmek mümkün değildir. İdarenin kamu hizmeti kurulmasıyla ilgili yaptığı imtiyaz sözleşmesinde de imtiyazlı ortakların yürütmekle yükümlü olduğu hizmetlerle ilgili olarak kişilerle yaptığı sözleşmeler, idari sözleşme olarak kabul edilmez. Elektrik hizmeti vermekle yükümlü imtiyazlı ortağın abonelerle yaptığı sözleşmeler bu nedenle idari sözleşme değildir. Hizmetin yürütülmesinde idarenin denetim görevi ise devam eder.

6. Özel Hukuku Aşan Koşullar

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için bir kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesi için yapılmış olması şarttır. Kamu hizmetleri ile yapılan sözleşme arasındaki ilişki değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Yapılan imtiyaz sözleşmesi ile sözleşmenin tarafı olan özel kişiye bir kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesi verilebileceği gibi, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında ihtiyaç duyacağı malzemelerin, araç ve gereçlerin temin edilmesi de idari sözleşmelerin konusu olabilir. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için kamu hizmeti kamu yararı

aranır. Ancak kamu hizmeti her zaman yapılan sözleşmenin idari sözleşme olması için yeterli değildir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 28.11.2016 tarihli kararı: Kamu kurumu tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında Devlet malı olmayan yerlerden toprak alınması veya böyle yerlere toprak veya moloz yığılması sonucu meydana gelen zararların tazmini davası da başkasının malına kamu kurumunun dilediği gibi el atma hakkı yoktur. Plan ve projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el atılmasını gerektirecek esaslar konulamaz. Mağdur olan haksız fiilden doğan tazminat davası açabilir.

İdarenin kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre. Yol, kanal, baraj, suyolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararlardan dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı yargısal denetim yapan idari yargı yerinde açılmalıdır.

İdarece bir ayni hakka müdahalede bulunulduğu; özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davaları ise, adli yargı yerinde çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Nitekim yukarıda belirtilen genel kabul doğrultusundaki Y. İ. B. Kurulunun 11.2.1959 günlü, E:1958/17, K:1959/15 sayılı kararının, III. Bölümünde, "İstimlâksiz el atma halinde kamu kurumu İstimlâk Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş olmaktadır. Bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır. Görevli mahkeme adli yargıdır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 14.03.2016 tarihli kararı:

İdare kamu hizmetini yürütürken yapılan plan ve projenin hukuka aykırılığı nedeniyle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları ile idarenin yol, kanal, baraj, suyolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında

kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak iptal ve tam yargı davaları idari yargıda açılır.

İdare bir ayni hakka müdahale ettiği, özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve tazminat davaları ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Davacının taşınmazına yürütülen işin fen kurallarına, projeye, teknik şartnameye uygun yapılmadığı ve 200 m uzunluğundaki derenin davacının taşınmazı tarafında olan bölümünde çift duvar üzerine çektiği tel çitin yıkılmasıyla, ayrıca ağaçlarının da zarar görmesi neticesinde özel mülkiyetinde bulunan mallara zarar verildiği ileri sürülmüştür.

Bu durumda; uyuşmazlığın, mülkiyeti davacıya ait taşınmazların davalı İl Özel İdare Müdürlüğü kontrolü ve yönetiminde, yürütülen işin yapımı esnasında meydana gelen zararın 2577 sayılı İ.Y.U.K. Md. 2/1-b göre idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenler tarafından açılan tam yargı davalarının idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.

Yukarıda örnek verdiğimiz iki ayrı Uyuşmazlık mahkemesi kararında da görüldüğü üzere kamu hizmetinin yürütüldüğü sırada zarar gören üçüncü şahısların zararının tazmini için açtıkları davaların çözüm yeri birinde adli yargı, diğerinde ise idari yargı olarak gösterilmiştir. İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan davalar idari yargı da çözümlendiği halde, idarenin özel şahıs gibi hareket ettiği ve üçüncü şahıslara verdiği zararlarda adli yargı görevlidir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 29.12.2014 tarihli kararı:

Sınırları ve kapsamı 5488 sayılı Tarım Kanunu ile çizilen hibe sözleşmesinin gerek hazırlanması gerekse denetlenmesi sırasında idare, kamu hukukundan kaynaklanan üstün yetkiler kullanmıştır. Hibe konusu miktarı kamu alacağı niteliğinde olduğunun kabulü ile geri alınmasında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun uyarınca gecikme zammı uygulanacağının düzen-

lenmesi nedenleri ile idari sözleşme niteliğinde olduğundan, davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 29.12.2014 tarihli kararı: Davacılar tren istasyonuna yanaşan tren ile peron arasına düşerek hayatını kaybeden müşterek çocuklarının kaybından dolayı uğradıkları maddi zararın, olayda kusuru bulunan davalı TCDD'den tazmini istemiyle adli yargıda dava açmışlardır. Açılan davanın, T.C.D.D. İşletmesinin görevinde olan kamu hizmetini yürütmek amacıyla kurmuş olduğu demiryolu hattı boyunca aldığı önlemler yönünden kusurunun ya da idarenin sorumluluğunu gerektirecek başka bir nedenin bulunup bulunmadığının belirlenmesine bağlıdır.

Asliye Hukuk Mahkemesi, davacının davasını TCDD Genel Müdürlüğü'ne idarenin eylem ve işlemlerine karşı açılan tazminat davasına bakma görevinin İdari yargıya ait olduğunu belirterek, davacının dilekçesinin görev yönünden reddine karar vermiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, davacıların murisi ile davalı TCDD işletmesi arasındaki uyuşmazlık mutlak ticari işlerden olan taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalı TCDD, özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ederek özel hukuk kurallarına göre taşıma işi yapması nedeniyle, TTK hükümleri uyarınca tacirdir. Bu itibarla davanın adli yargıda görülmesi gerektiği nazara alınarak işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin yargı yolu nedeniyle reddine karar verilmesi doğru değildir.

Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıtay bozma ilamına uyulmasına ve davalı idarenin vaki görev itirazının reddine karar vermiştir. TCDD Genel Müdürlüğü vekilinin, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması yolunda süresi içerisinde verdiği dilekçe üzerine, dava dosyası Danıştay Başsavcılığına gönderilmiştir.

Danıştay Başsavcısı, Anayasanın 125'inci maddesine göre idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. 2577 sayılı İYUK. Md. 2/b bendinde de idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları İdari Yargının görev alanına giren idari dava türleri arasında gösterilmiştir. Bu anayasal ve yasal düzenlemelere göre, yargı yerlerinde

tazminat istemiyle açılacak bir davanın idari Yargı'nın görev alanına girebilmesi için; zararın doğması hali dışında, ortada, öncelikle, bu zararı doğuran idari bir işlem veya eylemin bulunması, zararla bu işlem ya da eylem arasında illiyet bağının kurulabilmesi gereklidir.

Bir idari işlem ya da eylemin varlığı ise, kamu hizmeti yürütümü amacıyla, kamu gücü kullanılarak bir kamu idaresi tarafından yapılmış bir faaliyetin bulunmasına bağlıdır.

TCDD, tekel niteliğinde kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumudur. Dolayısıyla, bu hizmetin yürütümü sırasında, kamu gücü kullanarak tek yanlı olarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümü, idarenin Kamu Hukuku alanındaki faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli idari Yargı düzenine mensup mahkemelere aittir.

Dosyada kapsamında yapılan incelemede: davacıların murisinin ölümüne neden olan kazanın; istasyona yanaşan trenle peron arasına düşerek, trenin kafasına çarpması sonucu hayatını kaybetmesi ile gerçekleşmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanı Bilirkişi ölenin olay sırasında girilmesi yasak olan demir yolu güzergâhına girmesi sırasında can emniyetini riske koyduğundan olayın meydana gelmesinde tam kusurlu olduğunun belirtildiği görülmüştür. Bu durumda dava konusu olayın, trene biniş, iniş veya trenle yolculuk sırasında ya da hemzemin geçitte meydana gelmediği açıktır. Dolayısıyla taraflar arasında yolcu taşıma sözleşmesinin veya 2918 sayılı Yasanın uygulanmasını gerektiren bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilmesi de mümkün olmayacaktır.

TCDD Ana Statüsünün Hukuki Bünye başlıklı Md.3 bu Ana Statü ile teşkil olunan TCDD işletmesinin, sermayesinin tamamı Devlete ait, tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir Kamu iktisadi Kuruluşudur. 233 sayılı Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK ile Ana Statü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğuna işaret edilmektedir. Md.4 Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine paralel düzenlemele-

re yer verilmektedir. TCDD İşletmesinin, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu tartışmasızdır.

İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, suyolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi, bakım ve onarımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların, Anayasa ve 2577 sayılı İYUK. Gereğince, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları İdari Yargının görevinde bulunmaktadır. Bu anlamda trenin beklenmesi esnasında meydana gelen olay ile taşıma sözleşmesi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı anlaşılmakla; tren istasyonunda güvenliğin sağlanması ve alınması gereken tedbirlerin alınmasına ilişkin yükümlülüklerin, idarenin genel güvenlik hizmetlerinin gereği gibi işleyip işlemediği noktasında yapılacak değerlendirme ile ancak idari yargı yerlerince saptanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ölen ile davalı kurum arasında gerçekleştirilen yolcu taşıma sözleşmesi ile meydana gelen olay arasında da uygun illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından adli yargı kararının kaldırılması ve uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.

7. İdarenin Kamu Gücüne Dayanarak Yaptığı Tek Taraflı İşlemler

İdarenin kamu gücü kullanılarak yaptığı tek yanlı işlemler idari işlemlerden sayılmakta ve Anayasanın Md. 125 hükmü uyarınca yargı denetimine tabi olmaktadır. İdarenin yaptığı tek yanlı işlemlerden zarara uğrayanlar yapılan işlemin hukuka aykırılığını iddia ederek; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden idari yargı yerinde dava açabileceklerdir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Md.2/1-b hükmü gereğince İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları idari yargı yerinde çözümlenmesi gereken davalardandır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 14.07.2014 tarihli kararı:

Davacı, çalıştığı işyerince, tahakkuk ettirilen KEY ödemelerinin ödenmediği iddiasıyla idari yargı yerinde alacak davası açmıştır. Uyuşmazlığa bakan idare mahkemesi davacının kamu personeli sıfatı bulunmadığını, özel sektörde işçi statüsünde çalıştığını, bu nedenle görev yaptığı döneme ilişkin konut edindirme yardımlarının eksik tahakkuk ettirilmesi niteliğindeki işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.

İş Mahkemesi kurum katkısı ve nemaların tahsili ile ilgili davaların idarenin tek yanlı kamu gücü kullanılarak yaptığı işlemlerden olduğunu konut edindirme yardımı alacağının tahsili istemiyle açılan davaların çözüm yerinin idari yargı yeri olduğuna karar vermiştir.

Uyuşmazlığa ilişkin mevzuat hükümleri ile somut olay birlikte irdelendiğinde; davacının konut edindirme yardımı ödemelerinin idarece yatırılmadığı iddiasıyla iş bu davayı açtığı anlaşılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış olup, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları ihlâl edilenler tarafından açılacak tam yargı davalarının görüm ve çözümünün idari yargı yerlerinin görevine girdiği tartışmasızdır.

2577 sayılı İYUK. Md.2/1-b bendinde idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı oluğundan dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarının idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, davanın görüm ve çözümünde idari yargı yeri görevli olmakla, İdare Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

Uyuşmazlık mahkemesinin 14.07.2014 tarihli kararı:

Davacı, tapulu arsasının tespiti için adli yargıda dava açmıştır. 3194 sayılı Yasa çerçevesinde gerçekleştirilen imar işlemleri sırasında, davacının hissesinin yeni oluşan parsellere intikal ettirilme-

mesi nedeni ile uğradığı zararın, tapulu arsasının tespiti ya da başka yerden kendisine hisse verilmesi suretiyle giderilmesine ilişkin davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.

Uygulama ve öğretide, kamu idarelerinin, kamu hizmetinin yürütümü sırasında, kamu gücü kullanarak tek yanlı irade açıklamalarıyla yapmış oldukları işlemler, idari işlem; herhangi bir işlem ya da karara dayanmaksızın gerçekleştirdikleri maddi faaliyetleriyle, görevleriyle ilgili hareketsizlikleri de idari eylem olarak tanımlanmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu Md.8 uyarınca imar planları tek yanlı irade açıklamaları ile tesis ettikleri, genel ve düzenleyici işlemlerdendir. 2981 sayılı Yasanın 13/c uyarınca, genel ve düzenleyici ıslah imar planları ve bu planlara dayanılarak tesis edilen parselasyon, kamulaştırma, ruhsat gibi bireysel işlemler de tek yanlı irade açıklamaları ile tesis edildikleri için idari işlemlerdendir. İdarenin imar planı uyarınca yapmak zorunda olduğu program ve uygulamaları zamanında gerçekleştirmemeleri; yani, bu konudaki hareketsizlikleri de idari eylem niteliği taşımaktadır.

İdari işlem ve eylemlerden doğan zararların tazmini taleplerinin, 2577 sayılı İ.Y.U.K. Md.12-13 gereğince idari yargı yerinde açılacak tam yargı davalarına konu edilecektir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun Planların hazırlanması ve yürürlüğe konulmasını düzenleyen 8.ci maddesinin uygulanmasında aşağıda belirtilen esaslara uyulur.

7.1. Bölge planları; sosyo - ekonomik gelişme eğilimlerini, yerleşmelerin gelişme potansiyelini, sektörel hedefleri, faaliyetlerin ve alt yapıların dağılımını belirlemek üzere hazırlanacak bölge planlarını, gerekli gördüğü hallerde Devlet Planlama Teşkilatı yapar veya yaptırır.

7.2. İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer.

Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi on beş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar valilik veya ilgilisince yapılır veya yaptırılır. Valilikçe uygun görüldüğü takdirde onaylanarak yürürlüğe girer. Onay tarihinden itibaren valilikçe tespit edilen ilan yerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. İtirazlar valiliğe yapılır, valilik itirazları ve planları on beş gün içerisinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Onaylanmış planlarda yapılacak değişiklikler de yukarıdaki usullere tabidir. Kesinleşen imar planlarının bir kopyası, Bakanlığa gönderilir. İmar planları alenidir. Bu aleniyeti sağlamak ilgili idarelerin görevidir. Belediye Başkanlığı ve mülki amirlikler, imar planının tamamını veya bir kısmını kopyalar veya kitapçıklar haline getirip çoğaltarak tespit edilecek ücret karşılığında isteyenlere verir.

Dava konusu olayda, davalı Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen imar uygulaması sırasında davacının adına kayıtlı hissesinin Belediye Başkanlığı tarafından oluşturulan tescil sayfasına geçirilmemesi nedeni ile tapu kayıtlarına bahsi geçen hissenin işlenmemesi nedeni ile söz konusu yanlışlığın düzeltilmesi istemi ile açılmıştır. Söz konusu yanlışlığa konu işlemlerin temelinde Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen imar uygulama işlemleri sırasındaki yanlışlıklar yer almaktadır. Bu itibarla dava dosyasının 4721 sayılı T.M.K.'nun tapu kaydının tutulmasında Devletin Sorumluluğunu düzenleyen ilgili maddeleri değil, 3194 sayılı Yasanın uygulanmasından kaynaklanan idarenin sorumluluğuna ilişkin maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

2577 sayılı İ.Y.U.K. Md.2/1-a uyarınca idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle asliye hukuk mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının kaldırılmasına ve uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesine karar verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 14.07.2014 tarihli kararı: Davacı, Milli Eğitim Bakanlığında öğretmen olarak çalışmakta iken, kılık kıyafet kurallarına uymadığı gerekçesi ile memuriyetten çıkartılmıştır. 22.06.2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun uyarınca 2006 yılında öğretmenlik görevine iade edilmiştir. Boşta geçen süreleri için hizmet borçlanması yaparak ödeme yapan davacı tarafından, 5510 sayılı Kanunun geçici 44. Maddesi uyarınca emeklilik keseneği kurum karşılığı olarak ödemiş olduğu paranın iadesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile ödediği prim tahsilâtının yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

Uyuşmazlığa bakan idari yargı mahkemesi davanın 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından kaynaklı olduğu belirtilerek, aynı Kanunun 101.maddesi gereği uyuşmazlığın çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğundan bahisle davanın, görev yönünden reddine karar vermiştir.

5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile 5434 sayılı Kanuna göre emekli, dul ve yetim aylığı alanlar ve diğer kamu görevlilerinden emekliliğe hak kazanacaklar SGK tarafından tesis edilen işlemler idari işlem ve idari eylem niteliğini korumaya devam edecektir. Açılan dava 2577 sayılı İ.Y.U.K. Md. 2/1-a göre: idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları kapsamındadır. 5754 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce emekli sandığı iştirakçisi olan davacının memuriyetten çıkartıldıktan sonra 5525 sayılı af yasası ile 2006 yılında öğretmenlik görevine dönmüştür. Davacının boşta geçen süreleri için hizmet borçlanması yaparak karşılığında ödediği paranın iadesi istemiyle yaptığı başvurunun

reddine ilişkin işlemin iptali ile ödediği prim tahsilâtının yasal faizi ile birlikte iadesi davasının çözümünün idari yargı yeri olduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle İdare Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 14.07.2014 tarihli kararı: Emekli Sandığı iştirakçisi iken vefat eden babasından dolayı yetim aylığı alan davacının, boşandığı eşi ile birlikte yaşadığının tespit edildiği gerekçesiyle aylığının kesilmesi ve geçmiş yıllarda ödenen aylıklara ilişkin olarak alacak çıkartılmasına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davanın, idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.

8. Sonuç

Anayasaya göre idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabidir. İdari işlemlerden zarar gören herkes yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönünden yapılan işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia ederek iptal ve tam yargı davası açabilir. Ancak açılacak davanın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı çözümlenmesi gerektiği bir sorun olarak ortaya çıktığı takdirde sorunun uyuşmazlık mahkemesine götürülmesi ve uyuşmazlık mahkemesinin karar vermesi istenir.

Taraflarından birinin idare olması davanın mutlaka idari yargı yerinde açılmasını gerektirmez. Bir davanın idari yargı yerinde açılması için taraflardan birinin mutlaka idare olmasının yanında idarenin kamu gücüne dayanarak yaptığı tek taraflı bir işlem olması, kanuna aykırı olması ve bu işlemden üçüncü şahısların zarar görmesi şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. İdarenin yaptığı işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden yargı denetime tabidir. İdarenin tek yanlı işleminden zarar görenler idari yargı yerinde işlemin iptalini dava edebilecekleri gibi, işlem nedeniyle uğradıkları zararın karşılanmasını da tıpkı adli yargıda açılan davada olduğu gibi tam yargı davası açmak suretiyle tazmin edilmesini isteyebilirler.

Kamu kurumunda çalışanlar veya kamu hizmetinden zarar görenler çok kez zararlarının tazmini için adli yargıya başvurmaktadır. Adli yargı uyuşmazlığı çözmek için kendini yetkili görmediği

hallerde davanın idari yargıda görülmesini gerekçe göstererek davayı reddetmektedir. Davacının idari yargıya gitmesi halinde idari yargıda uyuşmazlığın çözümünde yetkisi olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmektedir.

Böyle bir durumda uyuşmazlığın çözümümde yetkili yargıyı belirlemek üzere uyuşmazlık konusu uyuşmazlık mahkemesine taşınmaktadır.

Uyuşmazlık mahkemesi kuruluş yasasının 1.ci maddesi Uyuşmazlık Mahkemesini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir şeklinde tanımlamaktadır.

8.1. Olumlu görev uyuşmazlığı

Görev uyuşmazlığı çıkarma; adli, idari ve askeri bir yargı merciinde açılmış olan davada ileri sürülen görev itirazının reddi üzerine ilgili Başsavcı veya Baş kanun sözcüsü tarafından görev konusunun incelenmesinin Uyuşmazlık Mahkemesinden istenmesidir.

Bu kural ile belirtilen yargı mercilerinden birinde açılmış olan bir davanın görülmesi sırasında yapılan görev itirazının reddi üzerine, ilgili Başsavcı tarafından, görevli bulunduğu kendi yargı düzeninin görev alanına vaki müdahalenin önlenebilmesini sağlamak için konunun Uyuşmazlık Mahkemesine götürülmesi suretiyle davanın henüz başlangıç safhasında iken görev sorununun çözüme kavuşturulması amaçlanır.

Yetkili Başsavcı veya Baş kanun sözcüsünün Uyuşmazlık Mahkemesinden istekte bulunabilmesi için, görev itirazının hukuk mahkemelerinde en geç birinci oturumda, ceza mahkemelerinde delillerin ikamesine başlamadan önce; idari yargı yerlerinde de dilekçe ve savunma evresi tamamlanmadan yapılmış olması ve yargı yerlerinin de kendilerinin görevli olduklarına karar vermiş bulunmaları şarttır.

Görev itirazının yargı merciince yerinde görülerek görevsizlik kararı verilmesi halinde, görev konusunun Uyuşmazlık Mahkemesince incelenebilmesi, temyizen bu kararın bozulmuş ve yargı merciince de bozmaya uyularak görevli olduğuna karar verilmiş bulunmasına bağlıdır. Uyuşmazlık çıkarma isteminde bulunmaya yetkili makam; reddedilen görevsizlik itirazı adli yargı yararına ileri sürülmüş ise Cumhuriyet Başsavcısı, idari yargı yararına ileri sürülmüş ise Danıştay Baş kanun sözcüsüdür.

Uyuşmazlık mahkemesinin 28.11.2016 tarihli kararı:

İdari yargı yerince görevlilik kararı verilmeden önce adli yargı yerince verilmiş ve kesinleşmiş bir görev yönünden ret kararının mevcut olduğunun anlaşılması karşısında, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarma yönteminin işletilebilmesine hukuken olanak bulunmadığından, 2247 sayılı Yasa'nın 10. Maddesinde öngörülen koşulları taşımayan BAŞVURUNUN, aynı Yasanın 27. maddesi uyarınca reddi gerekir.

8.2. Olumsuz görev uyuşmazlığı

Olumsuz görev uyuşmazlığının bulunduğunun ileri sürülebilmesi için adli, idari veya askeri yargı mercilerinden en az ikisinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmeleri ve bu yolda verdikleri kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekir. Bu uyuşmazlığın giderilmesi istemi, ancak davanın taraflarınca ileri sürülebilir.

Uyuşmazlık Mahkemesini 28.11.2016 tarihli kararı: İdare Mahkemesi kararının, davanın incelenmeksizin reddi gerektiğine ilişkin bulunduğundan ve anılan karar «yargı yolunu değiştiren ve adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle verilmiş bir görevsizlik kararı niteliğinde olmadığından», idari ve adli yargı yerleri arasında, 2247 sayılı yasanın aradığı biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı oluştuğundan söz etmek mümkün değildir. 2247 sayılı Yasa'nın 14. Maddesinde öngörülen koşulu taşımayan başvurunun, aynı yasanın 27. maddesi uyarınca reddi gerekir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 01.07.2013 tarihli kararı: Uyuşmazlığın incelenebilmesi için, 2247 sayılı Yasanın 1 ve 14. maddeleri

uyarınca, yargı yerlerince verilen kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekmektedir. Başvuracağı kanun yolu, süresi, mercii yasaya uygun olarak gösterilmeyen kararın kesinleşmesinden söz edilmesine olanak yoktur. Görevsizlik kararı kesinleştikten sonra dosyanın Mahkememize gönderilmesi gerekmektedir.

Bu yazımızda uyuşmazlık mahkemesi tarafından yetkili yargı yerini belirleyen bazı kararları derleyerek meslektaşlarımıza yardımcı olmaya çalıştık.

KAYNAKÇA

- Danıştay İ.D.D.G.K. 2015-895 E. 2016-2943 K.
- Danıştay İ.D.D.G.K. 2015-4346 E. 2016-2942 K.
- Danıştay İ.D.D.G.K. 2015-4311 E. 2016-2941 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2016-434 E 2016-547 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2016-106 E. 2016-152 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2014-1138 E. 2014-1179 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2014-1132 E. 2014-1174 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2014-779 E. 2014-829 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2014-743 E. 2014-798 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2014-738 E. 2014-793 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2014-713 E. 2014-769 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2016-464 E. 2016-553 K.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 2016-436 E. 2016-548 K.

Uyuşmazlık Mahkemesi 2013-19 E. 2013-22 K

MÖHUK UYARINCA TENKİS DAVASINDA KAMU DÜZENİ

Av. Ercüment YANIK[1]

Özet

Miras bırakanların malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri, ülkelerin hukuk sistemlerinin farkları nedeniyle ülkeler tarafından sınırlandırılmış veya serbest bırakılmıştır. Türk Hukukunda miras bırakanın terekesine ait malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ancak TMK.m.506'da sayılan mirasçıların saklı pay haklarını ihlal etmemesi halinde mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Miras,Tenkis Davaları, Saklı Paylı Hak.

1. Giriş

Miras bırakanın kanunda sayılan mirasçıların saklı pay haklarını zedeleyen tasarruflarda bulunması halinde bu ihlalin kaldırılması için mirasçılar, haklarını ihlal ettiği ölçüde tenkis talep edebilir. Tenkis davasının yabancılık unsuru taşıması halinde ise kanunlar ihtilafı kurallarına göre davaya uygulanacak hukuku belirlemek gerekir.

Yabancılık unsuru taşıyan tenkis davalarına yabancı hukukun uygulanması MÖHUK.m.5'e göre Türk kamu düzenine aykırılığı doğurabilir. Bu nedenle çalışmamızın konusunu tenkis davasının yabancılık unsuru taşıması halinde uygulanacak hukuk ve MÖHUK.m.5'e göre Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmuştur.

Çalışmamızda sırasıyla tenkis davası genel olarak incelenmiş, tenkis davasının hukuki niteliği değerlendirilmiş, yabancılık unsu-

1 İstanbul Barosu Üyesidir.

ru taşıyan miras davalarına uygulanacak hukuka bakılmış, yabancı unsurlu tenkis davalarına uygulanacak hukuk açıklanmış, kamu düzeni genel olarak incelenmiş ve en son olarak da yabancılık unsuru taşıyan tenkis davaları kamu düzeni açısından değerlendirilmiştir.

2. Tenkis Davası

2.1. Maddi Hukuk Bakımından İncelenmesi

Miras bırakanların tarihsel gelişim içerisinde ölümleri sonrasındaki malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri hukuk sistemleri açısından farklılıklar barındırmıştır.

Roma Hukukunda mutlak serbesti ilkesi gereği miras bırakan ölümünden sonraki malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilirken Cermen Hukuk sisteminde aileyi ve akrabalık bağlarını korumak maksadıyla mutlak bağlılık ilkesi gereği miras bırakana böyle bir tasarruf yetkisi tanınmamıştır.[2]

Günümüzde Türk-İsviçre Hukuk sisteminde karma sistem benimsenmiş ve yasal mirasçıların korunması için miras bırakanın terekesi üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanı sınırlandırılmıştır.[3]

Türk Hukukunda, miras bırakanın tasarruf yetkisinin kapsamı Türk Medeni Kanun'un 505. maddesinde düzenlenmiştir. Miras bırakan, kanunda sayılan mirasçıların saklı paylarının ihlal edilmemesi şartıyla malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir.[4]

Saklı pay oranları ve saklı pay hakkına sahip kişiler TMK.m.506'da düzenlenmiştir. Kanunda sayılan kişiler miras bırakanın annesi, babası, eşi ve altsoyudur. Miras bırakanın TMK.m.506'da sayılan mirasçıların paylarını ihlal eden tasarruflarda bulunması

2 NAR Ahmet, Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2015, s.4.

3 NAR, s.5; DURAL Mustafa / **ÖZ** Turgut, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 18. Baskı, İstanbul, 2022, s.237.

4 NAR, s.5.

halinde mirasçılar miras bırakanın serbesti sınırlarını aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilir ve saklı paylarına ihlalin ortadan kaldırılmasını talep edebilir.[5]

Türk Hukukunda tenkis davalarında görevli mahkeme HMK.m.2/1 gereğince asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise TMK.m.576'ya göre miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesidir.

Saklı payı ihlal edilen mirasçılar TMK.m.571/1 gereğince saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl içerisinde davayı açmak zorundadır.

2.1.1. Hukuki Niteliği

Saklı payları ihlal edilen mirasçılar tarafından açılan tenkis davası saklı pay ihlalini ortadan kaldırmak için açılmaktadır. Bu dava ile mirasçılar yasal sınırları aşan miras bırakanın tasarruflarının tenkisini talep ettiğinden ihlale neden olan tasarruflar hükümsüz hale gelmektedir.[6]

Kanun koyucu TMK.m.560 ile kanunda sayılan mirasçılara miras bırakanın yaptığı tasarrufların sona erdirilmesini veya değiştirilmesini talep etme imkanı tanıyarak yenilik doğuran bir hak sağlamıştır.[7] Bu hakkın dava yolu ile kullanılması TMK.m.560/1'de düzenlenmiştir. Kanunun ilgili maddesinde saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçıların, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebileceği belirtilmiştir.

2.2. MÖHUK Uyarınca Miras Davalarına Uygulanacak Hukuk

Miras bırakanın yasal sınırları aşan tasarruflarının tenkisi davalarında yabancılık unsuru bulunmaması halinde uygulanacak hukuk bakımından bir tartışma konusu bulunmamaktadır. Fakat

5 BAŞARA TURAN Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.7, Sayı:27, Ankara, 2016, s.366.

6 NAR, s.17.

7 NAR, s.12.

davayla ilgili olan kişilerin, ilişkilerin ve olayların yabancılık unsuru taşıması durumunda yabancı hukukun uygulanması sorunu ortaya çıkabilir.[8]

Bu durumda davaya bakmakta olan hakim MÖHUK.m.2 hükmü uyarınca somut durumu inceleyip hangi hukukun uygulanması gerektiğini tespit edecektir.[9]Türk Mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda davaya bakan hakim uygulanacak hukuku MÖHUK kurallarına göre tespit edecektir. Yargıtay hakimin bakmakta olduğu davada yabancılık unsuru bulunup bulunmadığını öncelikle araştırması görüşündedir.[10] Bu nedenle öncelikle yabancılık unsuru taşıyan miras davalarına uygulanacak hukukun incelenmesi gerekmektedir.

2.2.1. Uygulanacak Hukuk

Davaya bakmakta olan hakimin önüne gelen uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunması halinde kanunlar ihtilafı kurallarına gidilecektir. Yabancılık unsuru davanın taraflarının yabancı olması, ölüme bağlı tasarrufların başka bir ülkede düzenlenmesi, terekeye dahil malların bir kısmının veya tamamının yabancı bir ülkede olması gibi durumlarda ortaya çıkabilmektedir.[11]

---

8 ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2019, s.205.

9 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.207.

10 " Dava, 26.12.2005 doğumlu küçük E....'nin evlat edinilmesi isteğine ilişkindir. Evlat edinme isteğinde bulunan davacıların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda dava, kişi bakımından "yabancılık" unsuru içermektedir. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukuna göre belirlenir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; yetkili yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak içeriğini tespit etmek, gerektiğinde bu hususta tarafların yardımını istemek, yetkili yabancı hukukun içeriği denetime elverişli olacak şekilde belirlendikten sonra, davacıların evlat edinme ehliyet ve şartlarını taşıyıp taşımadıklarını bu hukuka göre belirlemek, davalılar ve evlat edinilecek küçük bakımından da evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini Türk hukukuna göre değerlendirilip, ulaşılacak sonuç uyarınca karar vermekten ibarettir. Açıklanan yönler gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."(Yargıtay 2.H.D., 29.09.2010 Tarih, 2010/13616 E., 2010/15652 K)., Legalbank, E.T:30.11.2022.

11 BARAN ÇELİK Neşe, Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi, DÜHFD, C:24, Sayı: 41, Diyarbakır, 2019, s.441.

Türk Hukukunda yabancılık unsuru taşıyan ve birden fazla ülke hukukuna temas eden miras davalarında uygulanacak hukuk MÖHUK.m.20'de düzenlenmiştir. MÖHUK.m.20/1 hükmüne göre miras ölenin milli hukukuna tabidir. Kanun koyucu Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından ise miras davasına Türk Hukukunun uygulanacağını ifade etmiştir.

Kanun koyucu Türkiye'de bulunan tereke malları açısından ülkesellik ilkesinden hareket ederek uygulanacak hukuk bakımından ayrıma gitmiştir.[12] Öğretideki bir görüş, kanun koyucunun taşınır ve taşınmazlar bakımından uygulanacak hukuk konusunda ayrım sistemini benimsemesini eleştirmiştir.[13] Bu görüşe göre, bu ayrım feodal düzenden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle günümüzde küreselleşme ile liberalizmin etkisiyle miras bırakanların farklı ülkelerde tereke varlıklarının olabileceği belirtilmiş, uygulanacak hukuk ve süreç konusunda aksaklıkların ve çelişkilerin ortaya çıkabileceği savunulmuştur.[14]

Yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında genel kural gereği uygulanacak hukuk ölenin milli hukukudur. Fakat istisnai olarak kanun koyucu miras bırakanın Türkiye bulunan terekeye dahil malvarlıkları açısından taşınır ve taşınmaz ayrımına gitmiştir. Bu nedenle miras davalarında miras bırakanın Türkiye'de bulunmayan taşınır ve taşınmazları ile Türkiye'deki taşınır tereke malvarlıkları için ölenin milli hukuku, Türkiye'de bulunan taşınmazları için Türk Hukuku uygulanacaktır.[15]

Örneğin, Fransız vatandaşı miras bırakanın Türkiye'de ve Fransa'da taşınır ve taşınmaz malvarlıklarının olduğu bir miras davasında Türkiye'deki taşınmazları dışındaki tereke malvarlıkları için

12 BARAN ÇELİK, Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi, s.458.

13 BARAN ÇELİK, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara, 2008, s.14.

14 BARAN ÇELİK, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, s.14.

15 ÇELİKEL Ayşe / ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 17. Baskı, İstanbul, 2021, s.345.

ölenin milli hukuku olan Fransız Hukuku esas alınacak, Türkiye'deki taşınmazlar için ise Türk Hukuku uygulanacaktır.

Kanun koyucu MÖHUK.m.20/2'de mirasın iktisabı, açılması sebepleri ve paylaştırılmasına terekenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir. Kanun koyucunun kanunda sayılan durumlarda terekenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması yönünde bir istisna tanımasının nedeni yabancı hukukun uygulanmasından doğabilecek pratik zorluklarının önüne geçebilmektir.[16] Ayrıca kanun koyucu bu istisnalar ile mirasın sorunsuz bir şekilde intikalini amaçlamıştır.[17]

Ölenin milli hukukunun tespitinde kanunda hangi dönemin esas alınacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle MÖHUK.m.3 hükmü gereği dava tarihindeki vatandaşlığı esas alınacaktır. Kişinin ölümünden sonra vatandaşlığı değişmeyeceği için öldüğü tarihteki vatandaşı olduğu ülkenin hukuku uygulanacaktır[18].

Yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında Türk mahkemesinin yetkili olup olmadığı MÖHUK.m.43'te düzenlenmiştir. MÖHUK.m.43'e göre ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesi, Türkiye'de yerleşim yeri yoksa tereke mallarının bulunduğu yer mahkemesi davayı bakmaya yetkilidir.[19]

2.2.1.1. Vatandaşlık İhtilafının Bulunduğu Durumlar

Kanun koyucu miras uyuşmazlıkları bakımından MÖHUK.m.20/1'de vatandaşlık esasını benimsemiştir.[20] Vatansızlar, çifte vatandaşlar ve koruma sahipleri bakımından kanundaki ölenin milli hukuku ifadesi uygulanacak hukukun tespiti için eksik kalabilir. Kanunun ilgili maddesinde bu kişiler için vatandaşlık

16 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.210.

17 ALTIPARMAK Ayşe Kübra, İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.113.

18 İRGE ERDOĞAN Burcu, 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme, DEÜHFD, C:20, Sayı:1, İzmir, 2018, s.401.

19 İRGE ERDOĞAN, s.415.

20 ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU Gülüm, Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK.m.4 (1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, GÜHFD, C:19, Sayı: 1, Ankara, 2015, s.118.

esasına dair bir hüküm yoktur. Kanun koyucu MÖHUK.m.20/1'de ölenin milli hukukunu bağlama noktası olarak belirlemiş, herhangi bir alternatif veya seçimlik bağlama noktası öngörmemiştir.[21]

Bu nedenle kanun koyucunun vatandaşlık esasının benimsendiği uyuşmazlıklar için düzenlediği MÖHUK.m.4 hükmünün uygulanması gerekir.[22]Kanun koyucu MÖHUK.m.4'te aksine bir hüküm olmadığı sürece vatandaşlık esasının benimsendiği yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için uygulanacak hukuku düzenlemiştir.

MÖHUK.m.4 hükmüne göre *"(1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe; a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku, b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku, c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku, uygulanır."*.

Kanun koyucu birden fazla vatandaşlığı bulunan kişiler bakımından kişinin en sıkı bağı olan ülke hukukunun uygulanacağını düzenlemiş, vatandaşlıklarından birinin Türkiye olması halinde ise Türk Hukukunun uygulanacağını belirtmiştir.

Çifte vatandaşlar bakımından en sıkı bağın bulunduğu ülke sosyal, ekonomik ve siyasal bağlar incelenerek tespit edilecektir.[23] Birden fazla vatandaşlığı bulunan kişinin vatandaşlıklarından biri Türkiye ise kişiyi en iyi koruyacak hukukun Türk Hukuku olacağı değerlendirilmiş, bu nedenle gerçek vatandaşlık araştırması yapılmasına gerek duyulmadan Türk Hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.[24] Mülga MÖHUK döneminde verilen Yargıtay Kararları da bu yöndedir.[25]

---

21 ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU, s.118.

22 İRGE ERDOĞAN, s.401.

23 ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU, s.131.

24 ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU, s.124.

25 " Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk hukuku uygulanır (2675 sayılı

Vatansızlar ve mülteciler için kanun koyucu yerleşim yeri hukukunu, yerleşim yerinin bulunmaması halinde mutad meskeni hukukunu, o da yoksa dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir. Vatansızlar ve mülteciler bakımından kanun koyucu birden çok bağlama kuralı getirmiştir. Buradaki mülteci ifadesinin geçici koruma sahiplerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir.[26]

2.2.2. Tenkis Davalarında Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK kapsamında tespit edilecektir. Yabancı unsurlu tenkis davalarında uygulanacak hukuk MÖHUK.m.20/1 gereği ölenin milli hukukudur.[27]Tenkis davaları kanun koyucu tarafından miras bırakanın tasarrufu nedeniyle oluşan ihlali kaldırmak ve saklı payları ihlal edilen kişilerin saklı paylarına kavuşmalarını sağlamak için getirilmiştir. Tenkis davalarının mirasın iktisabı, açılma sebepleri ve taksimiyle alakası yoktur. Bu nedenle MÖHUK.m.20/2 hükmünün tenkis davalarına uygulanması mümkün değildir. Tenkis davasının Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin olması halinde ise MÖHUK. m.20/1 hükmü gereği Türk Hukuku uygulanacaktır.

Tenkis davasına konu özel hukuk uyuşmazlığından kaynaklanan yabancılık unsurun tespitini hakim resen yapacaktır.[28] Davaya bakmakta olan hakim uyuşmazlığın tarafları, terekeye konu mallar ve diğer hususları somut olay bakımından değerlendirecektir.

Kanunun 4/b maddesi). Davalının yetki itiraz süresinde değildir. Taraflardan delilleri sorulup işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken yazıl şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 2.H.D., 09.06.2003 T., 2003/5610 E., 2003/8530 K., Legalbank, E.T:29.11.2022); "Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk Hukuku uygulanır. (MÖHUK md.4/b) Somut olayda davacının Fransız vatandaşlığı yanında aynı zamanda Türk vatandaşı olup olmadığının araştırılması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru değildir." (Yargıtay 2.H.D., 11.03.2004 T., 2004/2048 E., 2004/3093 K.), Legalbank, E.T:29.11.2022

26 İRGE ERDOĞAN, s.401.

27 İRGE ERDOĞAN, s.404.

28 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE,s.207.; AYGÜN Mesut, Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, DEÜHFD., C:16, Özel Sayı, İzmir, 2014, s.1032.

3. Kamu Düzeni

3.1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarına davaya bakmakta olan hakim, MÖHUK.m.2 hükmü uyarınca kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı hukuku resen uygulayacaktır. Fakat yabancı hukukun uygulanması ülkede var olan toplumun temel değerlerine aykırı olabilir. Bu durumda davaya bakmakta olan hakim, MÖHUK.m.5 hükmü uyarınca kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle yabancı hukuk yerine gerekli gördüğü hallerde Türk hukukunu uygulayacaktır.[29]

Kamu düzeni kavramının değişken özelliği nedeniyle kapsamının ve unsurlarının tespiti zordur. Bu nedenle kamu düzenin kesin bir tanımı yoktur. Bir tanıma göre; kamu düzeni bir ülkede ve belirli bir zamanda kabul edilmiş, toplumun bilinçaltına yer etmiş ve o ülkenin esaslı çıkarlarından sayılan yazılı ve yazısız hukuk kurallarının bütünüdür.[30]

Bir diğer tanımlamaya göre ise kamu düzeni, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararını ve kamu vicdanı ile genel ahlakını çok yakından ilgilendiren toplumun her alandaki genel düzenini oluşturan kurallardır.[31]

Anayasa mahkemesinin bir kararında kamu düzeni kavramının toplumun huzuru ve sükunun sağlanmasını ve devlet teşkilatının korunmasını hedef tutan her şeyi kapsadığı, bu nedenle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan kurallar olduğu sonucuna varılmıştır.[32]

---

29 TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul, 2020, s.45.

30 ALTUĞ Yılmaz / YASAN Mustafa, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni" (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan), Alkım Yayınevi, İstanbul, 2003, s.140.

31 RUHİ Ahmet Cemal. Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2019, s.5.

32 " Aynı suretle, bu konuda bir diğer sınır olmak üzere kabul edilmiş bulunan (Kamu düzeni) deyimi ise, belli edilmesi daha güç bir anlamı kapsamaktadır. Nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise, bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalıştığı gö-

Kamu düzeni kavramını genel hatlarıyla tanımlamak gerekirse; kamu düzeni belirli bir zamanda bir toplumun ahlaki, ekonomik, sosyal ve siyasal olarak temel değerlerini oluşturan ve o toplumun kamu vicdanından doğan kurallar bütünüdür.

3.2. Milli Kamu Düzeni-Milletlerarası Kamu Düzeni Ayrımı

Kamu düzeni milli ve milletlerarası kamu düzeni olarak ikiye ayrılır. Milli kamu düzeni iç hukukta kişilerin anlaşmalarıyla bertaraf edemedikleri fakat yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olduğu hallerde göz ardı edilebilen kurallardır.[33] Milli kamu düzeni toplumun ahlaki, sosyal, ekonomik ve siyasi hayatını düzenleyen emredici kurallardır.

Milli kamu düzeninden kaynaklanan kurallar ülkelerin yabancılık unsuru taşımayan iç hukuk uyuşmazlıklarına etki eder.[34] Milli kamu düzeni milletlerarası kamu düzeninden farklı olarak sadece vatandaşlara uygulanır.[35]Davaya bakmakta olan hakimin **iç** hukukunda yer alan birtakım kural ve ilkeler yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulanmayacaktır.[36]

Milletlerarası kamu düzeni, kişilerin iradeleriyle bertaraf edemedikleri ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak yabancı hukuku engelleyen kurallardır.[37]Milletlerarası kamu düzeni kurallarının uygulanabilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerekir. Milletlerarası kamu düzeni kurallarının etkisi milli kamu düzeni kuralla-

rülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır." (Anayasa Mahkemesi, 28.01.1964 Tarih, 1963/128 E., 1964/8 K.), https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr., E.T :02.12.2022.

33 MUTLU, Işık Umut, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara, 2003, s.35.

34 KONYALI Sinan Can, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni, Bursa, 2017, s.38.

35 ALTUĞ / YASAN, s.141.

36 KONYALI, s.28.

37 RUHİ, s.7.

rına göre daha dardır.[38] Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir.[39]

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda her ülkenin ayrı sosyal, siyasal ve değer yargısı farklı olduğundan uluslararası düzeni korumak ve yabancı hukukun uygulanmasını sağlamak için kamu düzeni müdahalesinin etkisi daha dardır.[40] Milletlerarası kamu düzeni de milli kamu düzeni gibi ülkelerin iç hukukundan ve değerlerinden kaynaklanır.[41]

Öğretide milletlerarası kamu düzeni ve milli kamu düzeni ayrımı eleştirilmiştir.[42] Bu görüşteki yazarlara göre milletlerarası kamu düzeni kavramı mahiyetiyle bağdaşmamaktadır.[43]Ülkelerin iç hukukundan kaynaklanan milletlerarası hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni kurallarına milletlerarası kamu düzeni kuralları denilmesi çelişki yaratmaktadır. Ayrıca iç hukuktan kaynaklanan kurallara milletlerarası ifadesini kullanmak kafa karışıklığına yol açabilir. Bu nedenle böyle bir ayrımın yapılmaması gerektiği savunulmuştur.[44]

Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Ülkelerin kamu düzeni kuralları sosyal ve siyasal yapılarına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Yabancı hukukun uygulanmasını sağlamak ve uluslararası karmaşaları önlemek maksadıyla kamu düzeninin etki alanlarını ve ne ölçüde etki edeceğini belirlemek gerekir.[45] Bu nedenle milletlerarası kamu düzeni kuralları iç hukuktan kaynaklansa da

38 KONYALI, s.30.

39 "Kamu düzeni kavramı, iç hukukta ve milletlararası özel hukukta farklı içerikler taşımaktadır. İç hukukta kamu düzeni, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan, gerek kanun gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla iç hukukta kamu düzeni ihlali sayılan bir durum, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir." (Yargıtay HGK., 30.09.2015 Tarih,2013/1847 E., 2015/2020 K.), Legalbank, E.T: 03.12.2022.

40 KONYALI, s.29

41 ALTUĞ / YASAN, s.141.

42 ALTUĞ Yılmaz, "Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)" (Cem Sar'a Armağan), AÜSBFD, C: 27, Sayı:3,Ankara, 1972, s.378'deki yazarlar.

43 ALTUĞ, s.378.

44 ALTUĞ, s.378.

45 ALTUĞ / YASAN, s.142.

kamu düzeninin etki alanı ve derecelerini ifade etmesi açısından gereklidir.

3.3. Kamu Düzeninin Hukuki Niteliği, Etkileri ve Kapsamı

Kamu düzeni kavramının hukuki niteliğine dair öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, kamu düzeni kuralarının kanunlar ihtilafı kurallarının asli ve zorunlu parçası olduğunu ifade etmiş ve bunların bağlama kuralları olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.[46] Diğer bir görüş, kamu düzeninin uygulanmasının istisna teşkil ettiğini asıl olanın kanunlar ihtilafı kuralları olduğunu savunmuş ve bağlama kuralı olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.[47]

Türk Hukukunda yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda davaya bakmakta olan hakimin yabancı hukuku uygulaması esastır.[48]Türk kamu düzenine açıkça aykırılık halinde Türk Hukuku yabancı hukukun uygulanmasını engellenir.

Almanya'daki milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk Alman Medeni Kanununa Giriş Yasasında (EBGBG) düzenlenmiştir.[49]Alman Hukukundaki EBGBG.m.6'daki düzenlemede kamu düzeni başlığı altında, Alman hukukunun temel prensiplerine açıkça uymayan sonuçlar doğurabilecek başka bir devlet hukukunun hükümleriyle özellikle insan haklarıyla bağdaşmayan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.[50] İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.17 hükmüne göre, İsviçre kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurabilecek yabancı hukukun hükümlerinin uygulanması engellenir.[51]

---

46 ALTUĞ / YASAN, s145'deki yazarlar.

47 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.75.

48 ŞANLI / ESEN /ATAKAN FİGANMEŞE, s.75.

49 HOHLOCH Gerhard / ABİK Yıldız, Yabancı Hukuka Dayanan "Mirasçılık Belgesinin Sorunları ve Geleceği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, Sayı:2, Malatya, 2011, s.499.

50 INTRODUCTORY ACT TO THE CIVIL CODE (gesetze-im-internet.de) E.T:05.12.2022.; KLAUS Vorpeil, German Private International Law, https://www.vorpeil.de/media/content/buecherloseblatt/German_Private_International_Law.pdf, s.3. E.T:06.12.2022.

51 UMBRICHT ATTORNEYS, Swiss CPIL, Zurich, 2007. https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf'den naklen atıf. E.T:06.12.2022

Türk Hukukunda ve diğer devletlerdeki hukuki düzenlemelerden de görüleceği üzere yabancı kanun hükümlerinin uygulanması bağlama kurallarına göre esastır. Fakat istisnai olarak açıkça kamu düzenine aykırılık halinde yabancı hukuk uygulanmaz. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kamu düzeninin uygulanması istisnai bir nitelik taşır ve ayrı bir bağlama kuralı olarak değerlendirilemez.[52]

Kamu düzeninin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır.[53] Kamu düzeninin olumsuz etkisi, yabancı hukukun uygulanmasını engellenmesidir. Yabancı hukukun, Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını somut olay bakımından hakim değerlendirecektir.

MÖHUK.m.5 hükmünde ifade edildiği üzere kamu düzenine aykırılığın açık olması gerekir. Örneğin başka bir ülke hukukuna göre kişilerin yeğenleriyle evlilikleri mümkün olsa bile bizim hukukuma göre yasak olduğu için kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı hukuk uygulanmayacaktır.

Kamu düzeninin olumlu etkisi ise yabancı hukuk yerine davaya bakan hakimin hukukunun uygulanmasıdır. Davaya bakan hakimin kendi hukukunu uygulayabilmesi için ilk önce yabancı hukukun kamu düzeni nedeniyle uygulanamaması gerekir. Davaya bakmakta olan hakimin kendi hukukunu değil yabancı hukuktaki kamu düzenini ihlal etmeyen diğer kuralları öncelikli olarak incelemesi ve gerekli gördüğü hallerde Türk Hukukunu uygulaması gerekir.[54]Türk hukukunun mutlak ve vazgeçilmez hükümleri yabancı hukuk yerine uygulanacaktır.[55]Davaya konu uyuşmazlığın konusunun, taraflarının ve diğer unsurlarının taşıdığı Türk unsurunun fazlalığına göre kamu düzeni müdahalesi artabilecektir.[56]

---

52 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.75; NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, 22. Baskı, İstanbul, 2017, s.162; **ÇELİKEL** / ERDEM, s.147

53 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.87.

54 İRGE ERDOĞAN, s.406; " Yabancı hukukun bir normu kamu düzeni sebebiyle tatbik edilemiyorsa, doğan boşluğun yine yabancı hukukun hükümleriyle doldurulması bir prensip olarak kabul edilmek gerekir." NOMER, s.182.

55 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.91.

56 ŞANLI / ESEN / ATAKAN FİGANMEŞE, s.77.

Kamu düzeni kapsamı bakımından değişkenlik gösterir.[57] Kamu düzeni yer, zaman ve konuya göre değişir. Ülkelerin ahlaki, siyasi ve ekonomik yapıları farklıdır. Bu nedenle kamu düzeni kavramı her ülkenin kendi yapısına göre değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay kamu düzeninin çerçevesini Türk ahlak değerleri, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler ve Türk hukukunun temel değerleri gibi olgulara bağlamıştır.[58]

Toplumun hassasiyetleri zamana bağlı olarak değişir. Örneğin geçmişte toplumsal değerler nedeniyle eşcinsel evliliğin yasak olduğu ülkelerde birey özgürlüklerinin tanınmasıyla günümüzde bu tür yasaklar kaldırılmış ve eşcinseller arasında yapılan evlilikler geçerli hale gelmiştir.

Somut olaya göre yabancı bir kanun hükmünün uygulanmasının doğurduğu sonuçlar farklılık gösterebileceğinden konu bakımından kamu düzeni değişkenlik gösterir. Örneğin bir Türk vatandaşı ile evli olmasına rağmen ikinci eş olması için evlilik yapmak isteyen Suudi Arabistan vatandaşıyla Türk vatandaşının evliliği kamu düzeni nedeniyle tanınmayabilecekken miras ilişkileri bakımından aynı prosedürün uygulanması Türk vatandaşı eşin mirasçı olmamasına yol açacak ve hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bu yüzden kamu düzeninin her somut olayda farklı değerlendirilmesi gerekir. Türk hakimi kamu düzenini değerlendirirken Türk Hukukunun kamu düzenini dikkate alacak ve yabancı hukukun kamu düzenini değerlendirmeyecektir.[59]

---

57 ALTUĞ / YASAN, s.144.

58 "O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı., 10.02.2012 Tarih, 2010/1 E., 2012/1 K.), Legalbank, E.T:03.12.2022.

59 NOMER, s.183.

4. Yabancı Unsurlu Tenkis Davasında Kamu Düzeni

Tenkis davalarına yabancılık unsuru taşıması halinde MÖHUK.m.20/1 hükmü uygulanacaktır. Türk hukukunda tenkis davaları saklı payı ihlal edilen mirasçıların korunması için getirilmiştir. Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak Common Law ülkelerinde ise mirasçılara saklı pay hakkı tanınmamış, aile üyelerinin korunması için terekeye ait bazı malların tasarrufuna tedbirler getirilmiştir.[60]

Ölenin milli hukukunun uygulanması halinde saklı pay hakkı olmayan kişiler o hukuka göre tenkis talebinde bulunamayabilecektir. Örneğin ölenin İngiliz vatandaşı ve mirasçıların Türk olduğu bir miras uyuşmazlığında Türk mirasçıların ölenin milli hukukunun uygulanması nedeniyle saklı pay hakları olmayabilecektir. Türk Hukukunda saklı pay, aile bağlarını ve akrabalık bağlarını korumak maksadıyla yasal mirasçıları korumak için getirilmiştir ve bu kurallar emredicidir.[61]

Öğretideki bir görüşe göre, yabancılık unsuru taşıyan tenkis davalarında saklı payın ölenin milli hukukunda tanınmaması her somut olay bakımından farklı değerlendirilmelidir.[62] Bu görüşe göre, mirasçıları koruyan ölenin milli hukukunda başka bir düzenleme varsa mirasçılara saklı pay hakkı tanınmaması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.[63] Örneğin, ölenin milli hukukunda sağ kalan eşe malvarlığı rejimi kuralları vasıtasıyla mirasın yarısını alma imkan tanınması halinde mirasçı eşin saklı pay hakkının bulunmaması kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.[64]

Öğretideki diğer bir görüş, miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarıyla mirasçıların miras haklarını zedelemesi halinde mirasçılar için ölenin milli hukukunda saklı pay hakkının tanınmamasının sorun olacağını dile getirmiştir.[65] Bu görüşe göre, ölenin milli

60 EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2013, s.68.

61 EKŞİ, s.68.

62 EKŞİ, s.68.

63 EKŞİ, s.68.

64 EKŞİ, s.68.

65 NOMER, s.175.

hukukunda altsoy için saklı pay hakkı tanınmıyor ve altsoyu koruyan ekonomik güvence sağlayan bir düzenleme bulunmuyorsa Türk kamu düzenine aykırılık ortaya çıkacaktır.[66]Bu görüş, Türk Hukukunda altsoya saklı pay hakkının tanınmasının nedeninin, altsoyun ekonomik nitelikte bir asgari iştirakten mahrum bırakılmaması ve küçük çocukların ölçüsüz bir haksızlıktan korunması olduğunu savunmuştur.[67] Bu nedenle altsoya ölenin milli hukukunda hiç saklı pay tanınmıyorsa kamu düzeninin olumlu etkisi gereğince Türk Hukukunun mirasa ilişkin hükümleri uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu görüşe göre, mirasta cinsiyet ayrımcılığı yapılması halinde ise saklı pay hakkı kadın olan çocuklara tanınmıyorsa kamu düzeni müdahalesinin gerekeceği savunulmuş fakat saklı pay oranlarında farklılık varsa ve miras bırakan Türkiye'de değil de İslam Hukukunun benimsendiği bir ülkede yaşıyorsa bu durumda Türk kamu düzenine aykırılığın olmayabileceği ifade edilmiştir.[68]

Öğretideki üçüncü bir görüş, ölenin milli hukukunda saklı pay hakkının tanınmamasının miras bırakana sınırsız bir özgürlük sağlamak için öngörülebileceğini, miras bırakanın Türk Hukukunda mirasçıların saklı paylarını ihlal eden ölüme bağlı tasarruflarının kendiliğinden hükümsüz hale gelmediğini, bu durumda sadece ilgililere tenkis davası açma imkanının verildiğini ifade etmiş ve ölenin milli hukukunda saklı pay hakkının tanınmamasın Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini savunmuştur.[69]

Biz öğretideki ilk görüşe katılmaktayız. Türk Hukukunda kanun koyucunun mirasçılara saklı pay hakkı tanımasının nedeni aile ve akrabalık bağlarını korumaktır. Kanun koyucu saklı payın ihlal edilmesi halinde ihlalin ortadan kaldırılabilmesi için mirasçılara tenkis davası açma hakkı tanımıştır. Ölenin milli hukukunda saklı pay hakkı yerine başka ekonomik güvencelerin mirasçılara tanınması durumunda mirasçıların mağduriyetinden söz edilemeyecek-

66 NOMER, s.176

67 NOMER, s.176.

68 NOMER, s.176.

69 BARAN ÇELİK, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, s.235.

tir. Bu durumda ölenin milli hukukunda miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları nedeniyle mirasçının zarar gören menfaatleri, saklı pay hakkıyla değil diğer hukuki vasıtalarla korunmuştur. Bu nedenle ülkeler arası sistem farklılıklarından doğan yaklaşım farkının Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahsedilemeyecektir.

Yargıtay da verdiği bir kararında, evlat edinilen çocuğun TMK.m.305/1 hükümleri gereğince 1 yıl bakılmamış olmasının açıkça Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğini, esasa uygulanacak hukukun Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılığının tek başına kamu düzenine aykırılık için yeterli olmadığını ve tüm kıstaslara göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir.[70] Yargıtay bu kararında çocuğun yüksek menfaati nede-

70 "Davacılar vekili, Etiyopya Mahkemesince verilen evlat edinmeye ilişkin kararın tanıma ve tenfizini istemiş, mahkemece TMK nun 305/1. maddesi gereğince evlat edinilecek küçüğün bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma koşulunun gerçekleşmediği, bu nedenle evlat edinme kararının Türk kamu düzenine açıkça ve tahammül edilemez derecede aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 5. maddesi; "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır." hükmünü içermektedir. Gerçekten de yabancı hukukun uygulanması tahammül edilmez derecede Türk kamu düzenini açıkça ihlal etmekte ise, ilgili hukuk kuralı olayda uygulanamaz. Kamu düzeni Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 2010/1 Esas 2012/1 Karar sayılı ve 10.02.2012 tarihli içtihadı birleştirme kararında "toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü" olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda, Türk hukukunda yer alan bir kuralın yabancı ülke hukukunda bulunmaması ve bu nedenle yabancı ülke mahkemesince değerlendirmeye tabi tutulmaması durumunda, ortaya çıkan sonucun her halükarda Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim aynı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında "Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Esas uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel edep ve ahlak anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır." denilmektedir. Öte yandan Türkiye tarafından da kabul edilen Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Kanununda İşbirliğine Dair Sözleşmenin 1. maddesinde ülkelerarası evlat edinmelerin çocuğun yüksek yararlarına uyularak yapılması için koruyucu tedbirleri tesis etmenin sözleşmenin amacı olduğu belirlenmiş, uluslararası evlat edinmelerin şartlarını belirleyen 4. maddede de, evlat edinmenin sınırları gösterilmiş ancak burada belirli bir süre bakım ve eğitim şartından bahsedilmemiştir. Buna göre tabi olduğu yabancı ülke hukukuna göre evlat edinilen küçüğün, Türk Medeni Kanununun

niyle Türkiye'nin de taraf olduğu çocukların korunmasına ilişkin uluslararası anlaşmalara dayanarak Türk kamu düzenine aykırılığın oluşmadığını ve Etiyopya mahkemesi tarafından verilen evlat edinme kararının tanınması gerektiğini belirtmiştir.

Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olsa da kişilerin menfaatinin ve kanun koyucunun öngördüğü yararın ihlal edilmediği, kamu vicdanının zarar görmediği durumlarda yabancı hukukun hükümlerinin uygulanmasının kamu düzenine aykırı olacağından bahsedilemez.

Yabancı hukukta mirasçılara saklı pay imkanı tanınmamış ve herhangi bir ekonomik güvence öngörülmemişse somut olaya göre bu durumda; mirasçıların durumu da dikkate alınarak Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle Türk Hukuku uygulanabilir. Yargıtay 1968 yılında verdiği bir kararında, Musevi asıllı İran vatandaşının taşınır terekesi üzerindeki mirasçılık haklarının Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre İran'daki Musevi cemaati hukukuna tabi olduğu, bu hukuka göre sağ kalan eşe mirasçılık hakkı tanınmamasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği ve sistem farkı olduğu yönünde görüş belirtmiştir.[71]

Miras statüsüne ilişkin ülkeler arasında siyasal sistemden doğan

---

305/1. maddesi uyarınca bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olmaması, küçüğün yüksek yararları da dikkate alındığında Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmez. Mahkemece, gerekli araştırma yapılarak yabancı mahkeme kararının tenfizine engel bulunmaması halinde davanın kabulüne karar vermek gerekirken, belirtilen gerekçeyle reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18.H.D.,24.10.2013 Tarih, 2013/9858 E., 2013/13967 K.), https://karararama.yargitay.gov.tr, E.T: 28.11.2022.

71 " Menkul mallar yönünden uygulanması gereken milli kanunun tanıdığı ve uygulanmasını esas tuttuğu (musevi dinine ait sağ kalan eşe miras hakkı tanımayan kuralların) Türk kamu düzenine aykırı bulunduğuna yöneltilen itirazlara gelince, mümeyyiz vekilinin itirazlarında ileri sürdüğü doktrinde bu konuda açık bir görüş belirtilmiş değildir. Bazılarında sistemin tenkidi yapılmış (Profesör Zahit İmre), bir kısmında itirazların aksine aile kavramından kan hısımlarının anlaşılacağı (Doç.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu) açıklanmış, erkek ve kız çocukları arasında mirasta müsavaatın bozulması Türk kamu düzenini ihlal edeceği misali verilmiştir (Prof.Osman Berki). Sağ kalan eşin miras hakkının düzenlenmesi hukukun nazik ve önemli sorunlarından olduğu muhakkaktır. Konu bugüne kadar Türk ve yabancı hukuk bilginlerinin uzun tartışmalarına yol açmış ise de sonucu itibariyle bütün görüşler temenniden öteye geçmemiş bunun bir sistem farkından ileri geldiği ve sistem değişikliklerinin ise kan bağlantısından gelmeyen mirasçılar yönünden müsavatının ihlal edilmesi halinin kamu düzeniyle ilgisi açıkça belirtilmiş değildir", (Yargıtay 2.H.D., 15.10.1968 Tarih, 1930 E.,5910 K.), ŞANLI/ESEN/ATAKAN FİGENMEŞE,s.84.

farklılıklar bulunmaktadır.[72] Bu siyasal sistem farklılığı nedeniyle yabancı hukukta miras hakkının hiç tanınmaması halinde miras bırakanın veya mirasçılarının yabancılık unsurunun yoğunluğuna göre kamu düzenine aykırılığın değerlendirilmesi gerekir. Mirasçıların Türk vatandaşı olması veya miras bırakanın durumu ya da mirasçıların ve miras bırakanın Türkiye'de mutad meskenlerinin bulunması gibi unsurlar değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Yargıtay'ın, İran vatandaşı olan ve İran'daki Musevi cemaati hukukuna tabi kişilerin bu hukuk uyarınca herhangi bir din, cinsiyet ve ırk ayrımını gözetmeden miras haklarının tanınmamasının sistem farkı olduğuna dair kararı eksiktir. Saklı pay hakkının yasal mirasçıları korumak için getirildiği, yasal mirasçıların maddi menfaatleri dışında manevi menfaatlerinin de bulunduğu ve bu manevi menfaatlere üstünlük tanınması gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

Ülkeler arasında sistem farklılıkları bulunmaktadır. Ölenin milli hukukuna göre saklı pay hakkı bulunmayan kişilerin, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları nedeniyle mirastan hak iddia edememeleri miras bırakanın arzusuna uygundur. Miras bırakanın iradesine üstünlük tanıyan ülkelerde saklı pay imkanı mirasçılara tanınmamaktadır. Bu nedenle bu ülkelerin miras bırakanın iradesine ve manevi menfaatine üstünlük tanıdığı açıktır. Mirasçıların manevi menfaatleriyle miras bırakanın manevi beklentileri ve iradesi çelişmektedir. Yabancı hukukta saklı pay hakkının mirasçılara tanınmamasının, mirasçıların manevi menfaati zedelendiği gerekçe gösterilerek Türk kamu düzenine aykırı olduğu görüşüne bu nedenle katılmamız mümkün değildir.

AİHM, Şerife Yiğit davasında Türk Medeni Kanuna göre resmi nikah kıymayan kişinin ölenin mirasçısı olarak sosyal güvenlik haklarına kavuşamamasını muamele farklılığı olarak değerlendirmemiş, başvuranın resmi nikahlı olmaması ve bu durumu devam ettirmesi nedeniyle sosyal güvenlik haklarını kazanmasını sağlayacak varis statüsüne sahip olmadığını belirtmiştir.[73]

72 EKŞİ, s.68.

73 "AİHM, artık, sözkonusu muameledeki farklılığın meşru bir amaç güdüp gütmediğini tespit etmelidir. Bu bağlamda, Türkiye'de laiklik ilkesinin önemini de göz önünde bulundurarak, Türkiye'nin, 1926 yılında, tüm dini nikâhlar için ön koşul olarak resmi nikâhı şart koşan Medeni Kanun'u kabul ederek, kadını erkekle karşılaştırıldığında

Milli hukukunda kanunların sağladığı koruyucu hükümlere tercihleri nedeniyle başvurmayan kişilerin ayrımcılığa maruz kaldıklarını iddia etmeleri hakkaniyetle bağdaşmaz. Kanun koyucuların öngördüğü yasal düzenlemelerin amacı insan haklarına aykırılık teşkil etmiyorsa bu imkanlardan faydalanmamak kişilerin tercihidir. Bu nedenle kişilerin yasal imkanlara başvurmayı tercih etmedikleri durumda kanunun öngördüğü yasal menfaatlerden faydalanamamaları gerekir. Kanunların öngördüğü düzenlemeler eğer insan haklarına aykırılık teşkil ediyorsa bu durumda kişilerin haklarının korunması gerekir ve yabancılık unsuru taşıyan davalarda Türk kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilir.

Ölenin milli hukukunda miras ve saklı pay hakkının tanınmaması insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere aykırıysa kamu düzeni müdahale söz konusu olabilir. T.C. Anayasası m.35'te ayrım yapılmadan herkesin miras hakkının olduğu düzenlenmiştir. Emredici hükümler ile diğer kıstaslar birlikte değerlendirilip miras hakkının ve saklı pay hakkının yabancı hukukta hangi nedenlerle tanınmadığı iyice araştırılıp sistem farkı olup olmadığı buna göre değerlendirilmelidir.[74]

Saklı pay hakkının cinsiyet, ırk ve din ayrımcılığı gibi nedenlerle tanınmaması halinde Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle

---

bağımlı ve aşağı konuma getirip, açık biçimde dezavantajlı konuma koyan evlilik geleneğini sonlandırmayı amaçladığını kaydeder. Aynı sebeple, özellikle boşanma ve miras konularıyla ilintili olarak medeni halklardan yararlanmada cinsiyet eşitliği ilkesini getirmiş ve çokeşliliği yasaklamıştır. Medeni Kanun'da evlilik, örneğin evlilik için asgari yaş şartı konulması ve kadınlar için bir dizi hak ve yükümlülüklerin (özellikle boşanma veya kocanın vefatı durumunda) getirilmesiyle, özellikle kadınları koruma amaçlıdır. Makul bir orantılılık ilişkisi olup olmadığı sorusuyla ilgili olarak, başvuranın resmi nikâhlı olmaması ve bu durumunu devam ettirmesinin, kendisi aleyhinde hukuki sonuçlar doğurduğu kaydedilmelidir. Bu yüzden, eşinin vefatı nedeniyle dul aylığı ile sosyal sigorta hakkı kazanmasını sağlayacak varis statüsüne sahip olamamıştır. Başvuran, duruşmada, eşi sağken kendi tedavi masraflarını kendisinin ödediğine, eşinin ise emeklilik için Bağkur'a sigorta primlerini yatırdığına işaret etmiştir." (AİHM Büyük Daire, 02 Kasım 2010, Şerife Yiğit-Türkiye Davası Kararı), https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-125144&filename=CASE%20OF%20%C5%9EER%C4%B0FE%20Y%C4%B0%C4%9E%C4%B0T%20v.%20TURKEY%20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf, E.T: 30.12.2022.

74 "Türk Hukukundaki düzenlemeden farklı olarak Alman Hukukunda insan haklarına uyuşmazlık halinde kamu düzeni nedeniyle yabancı hukuk uygulanmaz." NOMER, s.166.

Türk Hukuku uygulanmalıdır[75]. Sistem farkı nedeniyle saklı pay hakkının tanınmaması halinde kanunun emredici hükümlerine aykırılık tek başına kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilmemeli ve somut olaya göre hareket edilmelidir.

Tenkis davasında mirasçılar ile miras bırakanların hukuki durumları miras statüsüne etki edebilir. Bir hakkın kazanılması ve kazanılmış haklara etkisi bakımından kamu düzeni farklılık gösterir.[76]Önceden usulüne uygun olarak kazanılmış haklar Türk Hukukuna göre kamu düzenine aykırı olabilir.[77] Bunların sonuçları ve etkileri ise kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyebilir.[78] Örneğin, İslam Hukukunun uygulandığı ülkelerde birden çok evlilik yapılması mümkündür. Fakat bizim ülkemizde poligami yasaktır.

Milli hukukuna göre evlenen ve dört tane eşi olan miras bırakanın bu evlilikleri Türkiye'de yapılmış olsa kamu düzenine aykırılıktan geçersiz olacakken kendi hukukuna göre eşlerine usulüne uygun bir hak kazandırmıştır.[79] Bu durumda miras bırakanın dört eşi de evlilikleri Türk kamu düzenine aykırı olsa da sonuç ve etkileri kamu düzenine aykırı olmadığı için miras hakkına sahip olacaktır.[80] Milli hukuklarına göre usulüne uygun hak kazanmış kişiler her ne kadar Türk kamu düzenine aykırı olsa da sonuç ve etkileri kamu düzenini ihlal etmiyorsa kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi gereği mirastan doğan haklarını kullanabilecektir.[81]

Mukayeseli Hukukta İngiliz mahkemeleri tarafından verilen altı dul davasında Singapur'da Çinli bir adamla evlenen altı Çinli kadından; Çin'de poligamiye geleneksel olarak izin verildiği için yasal

75 İRGE ERDOĞAN, s.410.

76 PÜRSELİM ARNİNG Hatice Selin, Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaşılması, MHB, Sayı:31, İstanbul, 2011, s.250.

77 PÜRSELİM ARNİNG, s.250.

78 PÜRSELİM ARNİNG, s.250.

79 PÜRSELİM ARNİNG, s.250.

80 RUHİ, s.14.

81 İRGE ERDOĞAN, s.412.

olarak evlenmiş olan dördünün yasal miras payları olduğuna karar verilmiş fakat diğer ikisinin yasal evlilik bağları bulunmadığı için miras paylarının olmadığına karar verilmiştir.[82]

5. Sonuç

1. Miras bırakanın terekesine ait malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi Türk Hukukunda kısıtlanmıştır. Türk Hukukunda miras bırakanın tasarrufları nedeniyle TMK.m.506'da sayılan mirasçıların saklı payları ihlal edilirse mirasçılar bu ihlalin kaldırılması için tenkis davası açabilir.

2. Yabancılık unsuru taşıyan tenkis davalarında kanunlar ihtilafı kuralları gereği yabancı hukuk uygulanabilir. Türk Hukukunda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk MÖHUK' ta gösterilmiştir. Yabancılık unsuru taşıyan miras davalarına esasen MÖHUK.m.20/1 hükmü uygulanacaktır. MÖHUK.m.20/1 hükmüne göre ölenin milli hukuku miras davalarında yetkilidir. Fakat taşınmazlarda Türkiye'de bulunan taşınmazlar için Türk hukuku uygulanacaktır. Kanun koyucu MÖHUK.m.20/2 hükmü ile mirasın açılması sebeplerine, taksimine ve iktisabına terekenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir.

3. Tenkis davalarına yabancılık unsuru taşıması halinde MÖHUK.m.20/1 hükmü uygulanacaktır. Yabancı unsurlu tenkis davasında, yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine aykırı olabilir. Kamu düzeni toplumun sosyal, siyasal, ahlaki değerlerinden ve kamu vicdanından doğan kurallardır. Kamu düzeni, milli ve milletlerarası kamu düzeni olarak ikiye ayrılır. Milletlerarası kamu düzeni, milli kamu düzeni gibi iç hukuktan kaynaklanır fakat uygulaması daha dardır. Bunun nedeni uluslararası düzeni korumaktır. Türk kamu düzenine aykırılık MÖHUK.m.5'te düzenlenmiştir. MÖHUK.m.5 hükmüne göre Türk kamu düzenine aykırılık açıksa gerekli gördüğü hallerde hakim Türk Hukukunu yabancı hukuk yerine uygulayacaktır.

---

82 KUM WAİ Leong, The Next Fifty Years of The Women's Charter, Singapore Journal of Legal Studies, Singapore, 2011, s.159.

4. Yabancılık unsuru taşıyan tenkis davasında yabancı bir hukukta saklı pay imkanı tanınmaması tek başına Türk kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemez. Emredici kurallara aykırılık kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir. Kamu düzeni müdahalesi için diğer kıstasların da incelenmesi gerekir. Usulüne uygun Türk kamu düzenine aykırı olarak kazanılmış hakların sonuç ve etkileri kamu düzenine aykırılık teşkil etmiyorsa kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi gereği bunların korunması gerekir.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK Ayşe Kübra, İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ALTUĞ Yılmaz, "Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)" (Cem Sar'a Armağan), AÜSBFD, C: 27, Sayı:3, Ankara, 1972.
- AYGÜN Mesut, Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, DEÜHFD, C:16, Özel Sayı, İzmir, 2014.
- BARAN ÇELİK Neşe, Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi, DÜHFD, C:24, Sayı: 41, Diyarbakır, 2019.
- BARAN ÇELİK Neşe, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara, 2008.
- BAŞARA TURAN Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.7, Sayı:27, Ankara, 2016.
- ÇELİKEL Ayşe / ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 17. Baskı, İstanbul, 2021.
- DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 18. Baskı, İstanbul, 2022.
- EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 2013.
- HOHLOCH Gerhard / ABİK Yıldız, Yabancı Hukuka Dayanan "Mirasçılık Belgesinin Sorunları ve Geleceği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, Sayı:2, Malatya, 2011.
- INTRODUCTORY ACT TO THE CIVIL CODE, (gesetze-im-internet.de). E.T:05.12.2022
- İRGE ERDOĞAN Burcu, 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme, DEÜHFD, C:20, Sayı:1, İzmir, 2018.
- KLAUS Vorpeil, German Private İnternational Law, https://www.vorpeil.de/media/content/buecherloseblatt/German_Private_International_Law.pdf. E.T:06.12.2022

- KONYALI Sinan Can, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni, Bursa, 2017.
- KUM WAİ Leong, The Next Fifty Years of The Women's Charter, Singapore Journal of Legal Studies, Singapore, 2011.
- LEGALBANK ELEKTRONİK HUKUK BANKASI.
- MUTLU Işık Umut, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara, 2003.
- NAR Ahmet, Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2015.
- NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, 22. Baskı, İstanbul, 2017.
- ÖZÇELİK BAYRAKTAROĞLU Gülüm, Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK.m.4 (1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, GÜHFD, C:19, Sayı: 1, Ankara, 2015.
- PÜRSELİM ARNİNG Hatice Selin, Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaşılması, MHB, Sayı:31, İstanbul, 2011.
- RUHİ Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2019.
- TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul, 2020.
- UMBRICHT ATTORNEYS, Swiss CPIL, Zurich, 2007. https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf. E.T:06.12.2022

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİ

Başvuru, tapu iptali ve tescil davasının uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi; inceleme yöntemi, verilen ihlal kararının sayısı ve pilot kararda belirtilen ilkeler dikkate alındığında makul sürede yargılanma hakkının ihlal iddiasıyla yapılan başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığına ve pilot kararın gereği olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulara ilişkin etkili bir başvuru yolu oluşturulduktan sonra anılan başvuruların incelenebileceği kanaatine varılmıştır.

(AYM, Başvuru No: 2023/18536, T. 25.07.2023)[1]

Özet: Başvurucu, 14.12.2016 tarihinde açtığı davada kadastro çalışmaları sırasında tespit harici yol olarak bırakılan taşınmazın eski tapu kaydına göre adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama sırasında M.B. asli müdahale dilekçesi vererek taşınmazın adına tescilini istemiştir. Mahkeme başvurucu tarafından açılan davanın kabulüne, tapu kaydının iptali ile taşınmazın davacı adına tapuya kayıt ve tesciline, asli müdahilin açtığı davanın reddine karar vermiştir. Davalıların istinaf talebi üzerine karar kaldırılarak dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Yargılamaya yeniden başlayan mahkeme 01.11.2022 tarihinde davanın kabulüne, tapu kaydının iptali ile taşınmazın davacı adına tapuya kayıt ve tesciline, asli müdahilin açtığı davanın açılmamış sayılmasına hükmetmiştir.

Yargılamaların uzun sürdüğü ve makul sürede sonuçlanmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. ve 13. maddelerinin ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) çok sayıda başvuru yapılmıştır. AİHM; ceza ve hukuk davaları ile idari davalarda yargılamaların uzun sürdüğünü ve makul sürede sonuçlanmadığı-

1 Kararın tam metni için; Resmî Gazete: 10.10.2023/32335, (son erişim: 29.10.2023).

nı belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca Türk hukukunun başvuruculların yargılamanın uzunluğuna itiraz edebileceği bir hukuk yolu sunmadığı sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Bahçeyaka/Türkiye, B. No: 74463/01, 13/7/2006; Tamar/Türkiye, B. No: 15614/02, 18/7/2006; Daneshpayeh/Türkiye, B. No: 21086/04, 16/7/2009; Sebahattin Evcimen/Türkiye, B. No: 31792/06, 23/2/2010).

Anayasa Mahkemesine yapılan çok sayıda başvuru üzerine de bu defa 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile "*Anayasa Mahkemesinde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat*" düzenlenmiştir. Anılan hüküm ile geçici 2. maddenin yürürlüğe girdiği 31.07.2018 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Tazminat Komisyonu tarafından incelenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden sonra Anayasa Mahkemesi, Tazminat Komisyonuna başvurunun ilk bakışta başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğunu kabul ederek 31.07.2018 tarihi itibarıyla derdest olan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair şikâyetlere ilişkin başvurularda başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (Ferat Yüksel, B. No: 2014/13828, 12/9/2018).

Anayasa Mahkemesi *Nevriye Kuruç* kararında, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak yapısal bir sorun bulunduğunu, bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerektiğini tespit etmiştir. *Nevriye Kuruç* kararında başvurucunun makul sürede yargılanma hakkının ve bu hakla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, yapısal sorunun giderilmesi için pilot karar usulünün uygulanmasına karar vermiştir. Kararda yapısal sorunun giderilmesi amacıyla kanuni bir düzenleme yapılması için kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) gönde-

rilmesine ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların incelenmesinin dört ay süreyle ertelenmesine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesince verilen *Nevriye Kuruç* kararının yayımlanmasından sonra 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. 05.04.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren geçici 2. maddeye göre 09.03.2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da icra edilmediği iddialarıyla yapılan başvurulara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verdiği kabul edilemezlik kararından sonra Tazminat Komisyonuna başvuru yapılmasının yolu açılmıştır. Anayasa Mahkemesi anılan değişiklikten sonra verdiği *Veysi Ado* ("GK" B. No: 2022/100837, 27/4/2023) kararında, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla yapılan başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru yolunun tüketilmesi gereken yol olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle anılan ihlal iddiasıyla 09.03.2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan başvuruda başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (Veysi Ado, §§ 46-51). 09.03.2023 tarihinden sonra yapılan başvurular yönünden ise herhangi bir mekanizma getirilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin pilot karar olarak verdiği *Nevriye Kuruç* kararının gereği tam olarak yerine getirilmemiş, yalnızca belli bir tarihe kadar derdest başvurular yönünden Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir başvuru yolu olduğunun hatırda tutulması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabilir (Bayram Gök, B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 18). Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlalin tespiti ile bu sebeple uğranılan zararların tazminat suretiyle giderimini içeren etkili bir başvuru yolunun olmaması bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi ile

bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ihlal iddialarını ilk elden, doğrudan inceleyen bir merci olmadığı gibi bu şekilde bir inceleme yapması bireysel başvurunun amacı ile de bağdaşmayacaktır (Nevriye Kuruç, §§ 85-87).

Anayasa Mahkemesi *Nevriye Kuruç* kararında, makul sürede yargılanma hakkının ihlalinin yapısal bir sorundan kaynaklandığını ortaya koymuştur. Anayasa'nın Başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği ancak belli yetki ve görevlerin kullanılmasından ibaret olduğu, erkler arasında medeni bir iş bölümü ve iş birliği ilişkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen yetki ve görevlerini yerine getirerek makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla ilgili olarak başvuru yapılabilecek etkili bir yolun ihdas edilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla kararın bir örneği, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan bir temel hak ve hürriyetin ihlaline yol açtığı tespit edilen söz konusu yapısal sorunun çözümü için TBMM'ye de bildirilmiştir (Nevriye Kuruç, § 113).

Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular incelendiğinde 1/12/2022 tarihi itibarıyla derdest 130.000 başvurunun 80.000'inin makul sürede yargılama hakkının ihlali iddiasına ilişkin olduğu görülmüştür. Anayasa Mahkemesi ilk defa makul sürede yargılanma hakkının ihlaline karar verdiği *02.07.2013 tarihinden bugüne kadar 55.000'den fazla başvuruda benzer nitelikte ihlal kararları* vermiştir. *Nevriye Kuruç* kararında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Anayasa'nın 40. maddesi ve 148. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, ikincillik ilkesi doğrultusunda makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak mağduriyetlerin giderilmesi için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmasından önce etkili bir tazminat yolunun oluşturulması gerekir (Nevriye Kuruç, § 91).

Yargılaması makul sürede tamamlanmayan herkese Anayasa Mahkemesince ilk elden sürekli olarak tazminatlar ödenmesi söz konusu yapısal sorunu ortadan kaldırmadığı gibi bu başvuruların bu şekilde incelenmeye devam edilmesi Anayasa koyucunun *Anayasa Mahkemesine yüklediği misyon ile verilen görev ve yetki-*

lerin niteliği ile de bağdaşmamaktadır. Yapısal sorunun mevcut olduğu tespit edildiğine göre her başvurunun Anayasa Mahkemesince ayrı ayrı değerlendirilmesinden öte sorunu kalıcı olarak çözebilecek başka araçların da değerlendirilmesi Anayasa koyucunun öngördüğü biçimde temel hak ve hürriyetleri koruyan etkili bir bireysel başvuru sisteminin devamı bakımından zorunludur. Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesinin ve diğer anayasal organların temel hak ve hürriyetleri koruma yükümlülükleri bağlamındaki rollerine de uygun olacaktır. Bu gerekçeden ötürü Anayasa Mahkemesinin başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden olup olmadığını değerlendirmesi gerekir.

Bu durumda *Nevriye Kuruç* pilot kararındaki ilke ve esaslar dikkate alındığında İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendine göre, yukarıda ayrıntıları ile belirtilen gerekçelerden ötürü makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği için başvurunun düşmesine karar verilmesi gerekir. Bu doğrultuda 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile 09.03.2023 (bu tarih dâhil) tarihine kadar Anayasa Mahkemesi önünde makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin derdest başvurular için Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirildiğinden 10.03.2023 tarihinden itibaren yapılan başvurularda düşme kararı verilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapılabilecek idari veya yargısal başvuru yolunun ihdas edilmesi hâlinde anılan yolun etkili ve erişilebilir olup olmadığı, yeterli bir giderim sağlayıp sağlamadığı hususlarında Anayasa Mahkemesince yeniden bir değerlendirme yapılacaktır. Öte yandan İçtüzük'ün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen «Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı" bir hâlin varlığının tespit edilmesi durumunda anılan ihlal iddiasıyla doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda tekrar değerlendirme yapılabileceği izahtan varestedir. Sonuç olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediğinden düşmesine karar verilmesi gerekir.

Açıklanan gerekçelerle; Adli yardım talebinin KABULÜNE, Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi nedeniyle DÜŞMESİNE, M. Emin Kuz, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş'in karşı oyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 339/2 uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından adli yardım talebi kabul edilen başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten tamamen muaf tutulmasına 25.07.2023 tarihinde karar verildi.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

FAZLAYA İLİŞKİN HAKLARIN DAVA EDİLMESİ

KISMİ DAVA

KESİN DELİL

KISMİ DAVA DEVAM EDERKEN EK DAVANIN AÇILMASI

KISMİ DAVA VE BİLİRKİŞİ RAPORLARININ KESİN DELİL HALİNE GELİP GELMEYECEĞİ

(…) Dava, adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan ek alacak istemine ilişkindir.(…)

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kısmi davada alınan rapor ve verilen kararın eldeki ek davaya etkisinin ne olacağı ve buna göre yeniden bilirkişi incelemesi yapılarak rapor alınması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

(…) Kısacası ikinci davaya bakan mahkeme, kısmi davanın davalının sorumluluğuna ilişkin bu tespit bölümüyle bağlıdır. Burada davalının haksızlığı olgusu artık tartışılamaz hale gelmiştir. Zira, kesin hüküm bulunan bir konuda mahkemenin bu yönün doğruluğunu yeniden araştırma ve inceleme konusu yapmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu yön kamu düzenine ilişkin olup mahkemeler ve Yargıtayca doğrudan doğruya (resen) göz önünde tutulmalıdır.

Kısmi dava sürerken ek davanın açılmış olması halinde davalı ilk itirazda bulunarak birleştirme istememişse kısmi dava ile ek dava birleştirilemez. Ancak, ek davaya bakan mahkeme kısmi davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapmalıdır. Çünkü, kısmi dava tamamen veya kısmen reddedilecek olursa bu karar ek dava için kesin hüküm teşkil edecek, kısmi dava tamamen kabul edilirse de kararın tespite ilişkin bölümü ek dava için kesin hüküm

teşkil edecektir.(…)

(…) somut olayda da davacı tarafından davalı aleyhine açılmış bulunan ve yukarıda ayrıntıları ile safahatı açıklanan kısmi dava taleple bağlı kalınarak sonuçlanmış; böylece davaya dayanak alınan hukuki ilişkinin varlığı saptanarak, davalının sorumluluğu da kesinleşen bu hükümle tespit edilmiştir. Bu kararın tespite ilişkin bölümünün sonradan açılan eldeki ek dava için kesin hüküm oluşturacağında kuşku bulunmamaktadır.

Bu aşamada Mahkemece ilk davada taleple bağlı kalınarak hükmedilen kısımdan arta kalan kısım için açılan ek davada ilk dava aşamasında kesinleşen olgular kararın tespit bölümü yönünden kesin hüküm oluştururken, karara dayanak alınan bilirkişi raporunun da kesin delil haline gelip gelmeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Davalının sorumluluğunu tespit eden bu kesin hükmün içeriği, dosya safahati ve özellikle hükmüne uyulan bozma ilamları ile kısmi davada verilen hükmü onayan daire kararının kesinleşen olguların inceleme konusu yapılamayacağı gerekçesi karşısında, kısmi davada hükme dayanak alınan bilirkişi raporundaki tespitler de gerek davacı gerek davalı yönünden kesinleşerek bağlayıcı hal almıştır.

Özellikle, davalı tarafın kısmi davada verilen son kararı temyizinde bilirkişi raporuna yönelik temyiz itirazları, daha önce hükmüne uyulan bozma ilamları içeriğine göre kesinleştiği ifade edilerek reddedilmiş, karar onanmış; böylece kesinleşen kısmi davada hükme esas alınan rapor davalı yönünden kesinleşmiştir. Davacı ise raporlara itiraz etmemekle burada ortaya konan tazminat miktarı ile kendisini bağlamıştır. Taraflar açısından kesinleşen bu hususların yeniden inceleme konusu yapılması hukuken olanaklı değildir.(….)

Görülmektedir ki, somut olayda, kısmi davada alınan ve kesinleşen hükmün dayanağını teşkil eden bilirkişi raporunun kısmi dava tutarını aşan bölümü de açılan eldeki ek dava yönünden hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayacak nitelikte kesin bir delil mahiyetini almış; kısmi davada kesinleşen bu rapor içeriği de dayanak alınarak hükme varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce kısmi davada alınan bilirkişi raporu içeriğinin ve raporda tespit edilen miktarın, kısmi davada bilirkişi raporununun irdelenmemesi nedeniyle eldeki ek dava yönünden bağlayıcı kabul edilmesinin mümkün olmadığı; alacak miktarının belirlenmesi için mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği; kesin hüküm veya kesin delilin ancak ilk davada talep edilen miktar için sözkonusu olabileceği gerekçeleriyle mahkeme kararının Özel Daire bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği görüşünü dile getirilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

O halde, Mahkemenin kısmi davada tespit edilen olgularla kendisini bağlı kabul etmesi ve ayrıca taraflar açısından da bağlayıcı hale gelen kısmi davadaki rapor içeriğini ve raporda tespit edilen miktarı hükmüne dayanak alması yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun olup, direnme kararının açıklanan nedenlerle onanması gerekmiştir.

SONUÇ :..... direnme kararının ONANMASINA..... karar verilmiştir.

(YHGK, 2013/1728 E.., 2015/1036 K., ET. 13.03.2015)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.yargitay.gov.tr bknz, ET.10.11.2023

KİRA BEDELİNİN HAK VE NESAFET İLKELERİNE GÖRE BELİRLENMESİ

BİLİRKİŞİLERCE BOŞ OLARAK KİRAYA VERİLMESİ HALİNDE GETİREBİLECEĞİ AYLIK KİRA BEDELİNİN SAPTANMASI

11 YILLIK KİRACI BAKIMINDAN UYGUN VE MAKUL İNDİRİM YAPILMASI

İNDİRİMİN DAVACI TARAFINDAN TALEP EDİLEN MİKTAR MI YOKSA BİLİRKİŞİ TARAFINDAN BELİRLENEN KİRA ÜZERİNDEN Mİ YAPILACAĞI

(.....) Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kira bedelinin tespitine ilişkin eldeki davada, mahkemece, davacı tarafından talep edilen miktar üzerinden mi yoksa bilirkişiler tarafından belirlenen kira bedeli üzerinden mi hak ve nesafet indiriminin yapılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

(.....) somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesi 01.08.2002 başlangıç tarihli ve 8 yıl süreli olup sözleşmenin 10. maddesinde 5 yıl sonunda tarafların karşılıklı anlaşması sonucu kalan diğer 5 yılın devamına karar verileceği hususu kararlaştırılmıştır. Yine sözleşmenin 3. maddesinde "Her yıl Ağustos ayı ÜFE tüketici fiyatları yıllık enflasyon oranına göre kira artışı yapılacaktır." hükmü bulunmaktadır. Anılan sözleşme maddesi göz önüne alındığında talep edilen dönem için hak ve nesafet ilkeleri uygulanarak kira bedeli tespit edilecektir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda; dava konusu taşınmazın alanı, özellikleri (cephesi, konumu, ticari faaliyeti), semti, çevre faktörleri ile davalının 11 yıllık kiracı olması dikkate alındığında 01.08.2013 tarihi itibariyle boş olarak kiraya verilmesi hâlinde getirebileceği aylık kira bedelinin brüt 14.375TL (net 11.500TL) olduğu tespit edilmiştir.

18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bilirkişilerin taşınmazın serbest şartlarda boş olarak kiraya verilmesi hâlinde getireceğini bildirdikleri kira bedelinden (14.375TL) hak ve nesafet ilkesi gözetilerek uygun ve makul bir indirim yapılarak kira bedelinin tespiti yoluna gidilmesi gerekir. Ancak mahkeme tarafından bilirkişilerce tespit edilen bedel üzerinden değil davacının talep ettiği kira bedeli üzerinden (10.000TL) hak ve nesafete göre bir miktar indirim yapılarak kira bedelinin 9.000TL olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

O hâlde, mahkemece; bilirkişi tarafından tespit edilen kira bedelinden (14.375TL) yerleşik Yargıtay uygulamasını da yansıtacak biçimde hak ve nesafet ilkesi uyarınca indirim yapılmalı; davacının talebi de dikkate alınarak talep aşılmaksızın kira bedelinin tespiti yoluna gidilmelidir.

Hâl böyle olunca; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

(YHGK, 2017/977 E., 2021/1168 K., T.05.10.2021)[1]

1 Kararın tamamı için https://karararama.yargitay.gov.tr, ET.20.11.2023

DAVACI HAKKINDA KULLANILAN İFADELERİN HAKSIZ REKABET OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI

İFADE AÇIKLAMALARININ ELEŞTİRİ SINIRININ ÖTESİNDE LÜZUMSUZ YERE İNCİTİCİ BEYAN OLUP OLMADIĞI

MATUFİYET KOŞULU

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

YAZININ KAMUSAL TARTIŞMAYA KATKISI OLUP OLMADIĞI

(….) Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı …'ın, diğer davalı şirketin imtiyaz sahibi olduğu dergide yayınlanan yazılarındaki ifadelerden davacının kastedildiği yönündeki matufiyet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, buradan varılacak sonuca göre dava konusu yazılarda yer alan ifadelerin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 57/1 inci maddesi kapsamında davacıyı, faaliyetlerini yahut ticari işlerini lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek suretiyle haksız rekabet teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

(…..) Somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu edilen yazıların … Gazetesi'nde yayınlanan 08.06.2011 tarihli yazı ile "Sigortalı" dergisinde yayınlanan Kasım 2011, Aralık 2011 ve Şubat 2012 sayılı baskılarında yer alan yazılardan ibaret olduğu, anılan yazılarda davacının unvanından açıkça bahsedilmediği sabittir. Öte yandan dava konusu edilen bu yazıların davacının "Müşteri memnuniyetinin sırrı satış sonrası hizmettir." başlıklı ilanlarının çeşitli gazetelerde yayınlanması sonrasında kaleme alınmış olduğu anlaşılmaktadır.

Davacının yukarıda anılan ilanının birçok gazetede yayınlanması sonrasında kaleme alınan dava konusu 08.06.2011 tarihli yazıda ''Müşteri memnuniyetsizliği'' başlığı altında ''…8-10 kişilik çağrı merkezleri müşteri memnuniyetsizlikleri ile sigorta şirketlerine zarar veriyor…'' şeklinde, "Sigortalı" dergisinin Kasım 2011 sayısındaki ''Merdivenaltı asistans şirketleri elenecek'' başlıklı yazıda ''… Uzmanlık alanı asistanlık olmayan bazı küçük asistans şirketleri

de pazarda kalmak için her yolu deniyor. 10-15 kişilik çağrı merkezleri ile "merdivenaltı" asistans şirketleri olarak tanımlanan bazı şirketlerin de sürekli müşteri kaybettiği duyumlarımız arasında..." şeklinde, aynı derginin Aralık 2011 sayısında yer alan "Asistans hizmetinde promosyon dönemi" başlıklı yazıda, "...10-12 kişilik çağrı merkezleriyle hizmet vermeye çalışan, bu arada müşteri memnuniyetine gönderme yaparken diğer taraftan hizmet kalitesi ile " Müşteri Memnuniyetsizliği" yaratan bu küçük asistans şirketleri " asistans işini bize verirseniz, yaptığımız diğer işlerdeki hizmetlerimizi size ücretsiz veririz" demeye başlamışlar..." şeklinde ve yine aynı derginin Şubat 2012 sayısındaki "... Asistans İşine Giriyor" başlıklı yazıdaki "... asistans pazarında bir türlü dikiş tutturamayan küçük asistans şirketleri strateji değiştiriyormuş. Şirketlerinden ayrılan yöneticilerinin sırayla görev aldığı bu küçük şirketlerde çıta son atamalarla yükselse de bunların sonuca nasıl yansıyacağının kestirilemediği (kestirilemediği) konuşuluyor. ...Boşa vakit geçirileceğine birçok sigorta şirketinin acenteler toplantısına katılan ... genel müdür ve acenteleri eğlendiren ... gibi sanatçılar bu şirketlere ortak edilsin, yöneticilik görevi verilsin, en azından 4-5 şirket garanti esprileri yapılmaya başlanmış. Bence de iyi fikir... Hiç olmazsa acenteler de şikayet etmez bu şirketlerden!" şeklinde ifadeler yer almaktadır.

Yukarıda bir kısım detayları belirtilen dava konusu yazılardaki ifadelerde, her ne kadar unvanı açıkça zikredilmemiş ise de; anılan yazıların davacının "Müşteri memnuniyeti" başlıklı reklam ilanlarından sonra ve bu ilanlara gönderme yapılarak kaleme alınmış olmaları, bunun yanında davacının sigortacılık sektöründe asistans hizmeti veren sınırlı sayıdaki şirketten biri olması, ayrıca davacı şirketin yönetim kurulu başkanlığındaki değişiklik sonrasında bu değişime yapılan atfın da dolaylı yoldan dava konusu yazılarda yer almasından hareketle ve bu yazıların sigortacılık sektöründeki gelişmeler ve ilişkilerden haberdar olan bilinçli bir okuyucu kitlesine hitap etmesi karşısında dava konusu yazılardaki ifadelerden davacının kastedildiğinin muhataplar nezdinde anlaşılabileceği, bu suretle matufiyet unsurunun somut olayda mevcut olduğu açıktır.

Bunun yanında dava konusu yazılarda yer alan ifadeler, yazıların muhataplarını bilgilendirerek sektördeki gelişmeler aktarma ve

tartışma amacına hizmet etmeyen, eleştiri sınırının ötesinde, davacının faaliyetlerini gereksiz yere incitici ifadelerdir. Bu sebeple anılan yazılarda davacı hakkında kullanılan ifadelerin de TTK'nın 57/1 inci maddesi anlamında haksız rekabet oluşturduğunun kabulü zorunludur.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında; dava konusu yazıların muhataplarının orta yetenekteki olağan okuyuculardan ibaret olduğu, yayınlandığı derginin sigortacılık sektörü ile alakalı bilgi edinmek isteyen herkese açık olduğu, dolayısıyla sadece sektördeki profesyonellere hitap eden yazılar olarak kabul edilemeyeceği, bu kapsamda anılan orta yetenekteki okuyucu kitlesi nazara alındığında yazılardaki ifadelerden davacının kastedildiğine dair matufiyet koşulunun somut olayda mevcut olmadığı, yazılarda sektörel temelde bazı sorunlar dile getirilerek kamusal alandaki tartışmalara katkı sağlandığı, asistans hizmetlerinin hukuka uygun sınırlar dâhilinde eleştirildiği, bu kapsamda dava konusu yazılar ifade ve basın özgürlüğü kapsamında yer aldığından somut olayda TTK'nın 57/1 inci maddesi anlamında haksız rekabetin söz konusu olmadığı, bu sebeple direnme kararı yerinde olduğundan onanması gerektiği belirtilmiş ise de bu görüş, kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı BOZULMALIDIR. (*Karşı oylardaki tartışmaların bir kısmına da önemine binaen yer verilmiştir.)*

"K A R Ş I O Y"

(.....) Somut olayda davalı ... tarafından kaleme alınan ve davalı şirketin imtiyaz sahibi olduğu dergide yayınlanan dava konusu dört yazıda, davacının unvanından açıkça bahsedilmediği uyuşmazlık kapsamı dışındadır. Bununla birlikte davacı tarafından yayınlanan "Müşteri memnuniyetinin sırrı satış sonrası hizmettir" başlıklı ilanlarının gazetelerde yayınlanmasından sonra davacı ...'ın yazılarında "müşteri memnuniyeti" ibaresini kullanarak da-

vacıyı kastettiğinden ve ülkemizde sigortacılık alanında yerli firma olarak faaliyet gösteren tek şirketin davacı olduğundan matufiyet unsurunun gerçekleştiği, ayrıca anılan yazıların sigorta sektöründe etkin olarak faaliyet gösteren okuyucular tarafından takip edilmesi nedeniyle yazılarda davacıdan bahsedildiğinin anlaşılabileceğinden bahisle bu beyanların davacıyı gereksiz yere incitici niteliği haiz olduğu, dolayısıyla haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmiş ise de; anılan yazıların muhataplarının sadece sigorta sektöründe faaliyet gösteren, bu anlamda sektördeki faaliyetleri bilen gerçek ve tüzel kişiler ile bunlar arasındaki ilişkilerden haberdar olan kimseler olduğuna dair Özel Dairenin kabulü, dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Zira dava konusu yazıların "lüzumsuz yere incitici" olup olmadığı tespit edilirken dergide yayınlanan yazıların mevcut ve muhtemel muhatapları olan orta yetenekteki olağan okuyucuları nazara alınmalıdır.

(....) yazılardaki ifadelerden davacının kastedildiği yönündeki matufiyet koşulunun somut olayda gerçekleştiği söylenemez. Bunun yanında dava konusu yazılardaki ifadelerde de davacının unvanının açıkça zikredilmemesi, "asistans şirketleri" şeklindeki çoğul ifadelerin kullanılması ve bu tür şirket faaliyetlerinin eleştirilmiş olması göz önüne alındığında; dava konusu yazılardaki ifadelerin 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın (Anayasa) 26 ncı maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ile 28 inci maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü kapsamında hukuka uygun oldukları kabul edilmelidir.

Netice itibariyle dava konusu yazılardaki ifadelerde, davacının kastedildiği yönündeki matufiyet koşulu gerçekleşmemiş olup anılan yazılardaki ifadeler, TTK'nın 57/1 inci maddesinde belirtildiği şekliyle davacıyı, faaliyetleri yahut ticari işlerini lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötüleme niteliğinde değildir. Bu sebeplerle somut olayda, TTK'nın 56 ve 57 nci maddesinde aranan koşullar mevcut olmadığından haksız rekabetin söz konusu olduğu söylenemez.

Tüm bu nedenlerle İlk Derece Mahkemesinin direnme kararının onanması gerektiği kanaatiyle direnme kararının Özel Dairenin bozma kararındaki nedenlerle bozulmasına dair değerli çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

"K A R Ş I O Y"

Sayın çoğunluk Daire görüşüne uygun olarak davalının yazdığı yazılarla matufiyet unsuru gerçekleşecek ve eleştiri sınırının ötesine geçerek, gereksiz yere incitici mahiyet arz eden ifade açıklamalarında bulunmak suretiyle haksız rekabet filini işlediğini kabul etmiştir. Direnen Mahkeme tarafından ise ise dava konusu yazıların hiçbirinde davacının isminin açıkça belirtilmediği, bizzat davacının hedef alınmadığı, aksine yazıların tümü birlikte değerlendirildiğinde davacının kişilik haklarına saldırı teşkil eder nitelikte, sırf ona yönelik bir yayın içermediği, sektörel bazı sorunların yansız olarak ifade edildiği, basının haber verme, yorum ve eleştiri hakkı şeklindeki hukuka uygunluk nedeni kapsamında yer aldığı, dava konusu köşe yazılarında kullanılan ifadelerin hukuka uygun olduğu, haksız rekabet oluşturmasının mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir.

Kanaatimizce de sayın çoğunluğun haksız rekabet fiilinin oluştuğu yönündeki görüşü yerinde değildir. Zira Anayasa'nın 26 ncı maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 28 inci maddesinin birinci fıkrasında da basının hür olduğu ifade edildikten sonra üçüncü fıkrasında "Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır." denilerek, devletin basın hürriyeti ile bireyin haber alma hakkını güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. (……) Daire ve sayın çoğunluk, davalı yazarın davranışının lüzumsuz yere incitici beyan olmasına dayandığından burada gerçekten söz konusu ifade açıklamalarının lüzumsuz yere incitici beyan olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

Tüm dosya kapsamı dikkate alındığında yazıları kaleme alan davalının sigortacılık sektöründe yayın yapan gazete ve dergilerde uzun yıllardır yazı yazan bir gazeteci olduğu ve yazıların basında yer alması sebebiyle söz konusu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda söz konusu yazılar sadece ifade özgürlüğü kapsamın-

da değil aynı zamanda basın özgürlüğü kapsamında da değerlendirilmelidir.

(….) bir beyanın lüzumsuz yere incitici olarak değerlendirilebilmesi için yazılan yazının kamusal tartışmaya hiçbir katkısının bulunmaması gerekir. Oysa dava konusu yazılar incelendiğinde yazılarda genel olarak sigortacılık alanında faaliyet gösteren şirketlere yönelik eleştiriler getirilmek suretiyle bu alandaki hizmetlerin kalitesinin sorgulandığı ve dolayısıyla sigortacılık alanındaki kamusal tartışmaya katkı sunulduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede davalının ifade açıklamalarının TTK'nın 57/1 maddesi kapsamında lüzumsuz yere incitici beyan olarak kabul etmek mümkün değildir. Vurgulamak gerekir ki böyle bir kabul ifade ve basın hürriyetinin ihlali sonucunu doğurabilecektir. Buna göre dava konusu olayda matufiyet unsurunun gerçekleşmiş olduğu düşünülse dahi sigortacılık alanında faaliyet gösteren davacının bu kadar eleştiriye hoş görü göstermesi gerekmekte olup bunun haksız rekabet olarak nitelendirilmesi kabul edilemez.

Öte yandan davalının yazılarında kullandığı genel ifadeler ve özellikle tek bir şirketten değil "müşteri memnuniyetsizliği yaratan bu küçük asistans şirketleri", "Merdivenaltı asistans şirketleri elenecek" biçiminde hep çoğul ifadeler kullanması da yazıların bizzat davacı hedef alınarak kaleme alınmadığını, dolayısıyla direnen Mahkeme kararında kabul edildiği üzere yazılarda matufiyet unsurunun da gerçekleşmediğini göstermeye elverişlidir.

Son olarak davalı yazarın davacıyla aynı iş kolunda çalışan bir rakip değil sigortacılık alanında yayın yapan bir gazeteci olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu yönden de davacının yazılarının haksız rekabet olarak yorumlanması işin doğasıyla bağdaşır görünmemektedir.

Açıklanan nedenlerle İlk Derece Mahkemesinin direnme kararının onanması gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun Daire kararına uygun bozma yönündeki görüşüne katılamıyoruz.

(YHGK, 2021/977 E., 2023/245 K., T. 22.03.2022)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.yargitay.gov.tr bknz, ET.20.11.2023

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVRİNİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİ OLMASI İÇİN RESMİ ŞEKİLDE YAPILMASI

ADİ YAZILI SÖZLEŞME İLE KARARLAŞTIRILAN EDİMLERİN YERİNE GETİRİLDİĞİ İDDİASI

ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN İSTİSNALARI

TARAFLARCA İMZALANMAYAN SÖZLEŞME VE PROTOKOL HÜKÜMLERİNE GÖRE DEĞERLENDİRME YAPILAMAYACAĞI

(…) Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında tapu devrini içermesine rağmen adi yazılı şekilde imzalanan 28.06.2006 tarihli iki adet sözleşme gereğince davacının edimlerini yerine getirip getirmediği ve sözleşmelerin geçerlilik kazanıp kazanmadığı, somut olayda sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

(……) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukuki işlem" başlıklı 706 ncı maddesi, "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır" şeklindedir. Mülga BK'nın 213 üncü maddesinde de (TBK m. 237) "Akdin şekli" başlığı altında; taşınmaz satımının geçerli olması için getirilen resmî senede bağlanması şartı, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri için de öngörülmüştür. 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ncı maddesine göre taşınmaz satışları için tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri yetkili iken, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60/3 üncü ve 89 uncu maddelerinde taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterlerce resen düzenleme şeklinde yapılacağı kuralı getirilmiştir.

Anılan düzenlemeler uyarınca tapulu taşınmazlarda mülkiyetin devrini öngören sözleşmelerin geçerli olmaları için resmî şekilde yapılmaları zorunlu olup; kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa sahibi yönünden taşınmaz mülkiyetinin ileride yükleniciye devrine ilişkin bir yükümlülüğü (mülkiyetin nakline yönelik vaadi) içerdi-

ğinden, bu tür sözleşmelerin noterde resen düzenleme şeklinde yapılmaları geçerlilik koşuludur. Emredici kural gereği, resmî şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir.

(….)Ancak Yargıtay şekil koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin fiilen hayata geçirildiği, tarafların edimlerini ağırlıkla yerine getirdiğinin anlaşıldığı durumlarda bu sözleşmelere geçerlilik tanımaktadır.

Şekil zorunluluğunun birinci istisnası; "Sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile, yüklenici edimini (bina meydana getirme borcunu) tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmişse, arsa sahibi artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez" kuralıdır. Zira böyle bir davranış TMK'nın 2 nci maddesinde tanımlanan "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralına aykırı düşer.

İkinci istisnası ise, "Sözleşmeyle yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan taşınmazın devrine ilişkin yüküm, taşınmaz tapuda yükleniciye devredilerek gerçekleşmişse, başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerli hâle gelmesidir." Zira karma nitelikteki sözleşmenin diğer kısmı, yani "inşaat sözleşmesi" zaten biçim koşuluna bağlı değildir.

(……) Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.09.1988 tarihli ve 1987/2 Esas, 1988/2 Karar sayılı kararında belirtildiği üzere, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ancak Yasa'nın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilmeyecektir, bununla beraber bazı istisnaî hâllerin gerçekleşmesi durumunda, TMK'nın 2 nci maddesi gereğince zorunlu şekil koşuluna uygun şekilde yapılmayan kat karşılığı inşaat sözleşmesi de tarafları bağlayıcı nitelikte olabilmektedir. Öngörülen bu şekle uymaksızın imzalanan sözleşmelerin sonradan geçerlilik kazanması için ya tapuda pay devrinin yapılmış olması ya da ifanın tamamlanmış olması gerekir. Yine, şekil bakımından geçersiz olan bir kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılan karşılıklı ve kısmî ifada da tarafların yaptıkları sözleşme ile bağlı oldukları kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

taraflar arasında imzalanan ve davanın dayanağı olan 28.06.2006 tarihli kat karşılığı sözleşme ile satış vaadi sözleşmesinin, taşınmaz satış sözleşmesi ile eser sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşme türü olduğu ve tapu devrini içerdiği görülmekle geçerlilik koşuluna uygun olarak resmî biçimde yapılması zorunludur. Ne var ki, anılan iki ayrı sözleşmenin adi yazılı şekilde düzenlendiği ve emredici kural gereğince resmî şekle uyulmadan yapıldığından geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte emredici kuralın istisnası olarak edimlerin karşılıklı biçimde tümüyle veya önemli oranda yerine getirildiğinden de söz edilemeyecektir. Şöyle ki davacı geçersiz sözleşmelerde kararlaştırılan herhangi bir edimini yerine getirdiğini ya da bedel ödediğini ispatlayamamıştır.

Sonuç olarak ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eldeki davada hangi durumların gerçekleştiği denetime elverişli biçimde açıklanmaksızın belli durumlarda sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi hâlinde sözleşmenin geçerli olduğunun varsayılacağı ve edimlerin ifası zorunluluğu prosedürünün aynen uygulanacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmesi doğru olmamıştır.

Öte yandan her ne kadar mahkemece direnmeye ilişkin gerekçeli kararda taraflar arasında 28.06.2006 tarihli iki ayrı sözleşme dışında 26.04.2006 tarihli sözleşme ile 01.06.2006 tarihli protokolün bulunduğu belirtilmiş ise de; gerek 26.04.2006 tarihli sözleşme ve gerekse 01.06.2006 tarihli protokol adi yazılı şekilde imzalandığından geçersiz olduğu gibi hem 26.04.2006 tarihli sözleşme hem de 01.06.2006 tarihli protokol dava dışı üçüncü kişiler tarafından imzalanmış olmakla taraflar bakımından bağlayıcı olarak da kabul edilemez. Dolayısıyla taraflarca imzalanmayan sözleşme ve protokol hükümlerine göre değerlendirme yapılması da yerinde ve isabetli değildir.

Hâl böyle olunca; Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi doğru olmamıştır. Bu nedenle direnme kararı BOZULMALIDIR.

(YHGK, 2022/1195 E., 2023/507 K., T. 25.05.2023)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET.20.11.2023

GEMİADAMI HİZMET ALACAĞI DENİZ İŞ KANUNU İLE İŞ KANUNU'NUN GEMİ KAPSAMI

Taraflar arasındaki işçilik alacağı davasında, kurtarma gemisi çalışanı davacı, 854 sayılı Deniz İş Kanunu md. 48'de bu kanun hükümlerinin daha elverişli menfaat sağlayan Kanun veya toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına engel olmayacağının, daha sonra yürürlüğe giren ve daha üstün haklar tanıyan kanunun müvekkili lehine uygulanarak fazla çalışma ücretlerinin % 50 zamlı saat ücreti üzerinden hesaplanması gerektiğini iddia etmiştir. Davalı, talep edilen alacaklara kanuni faiz uygulanması gerektiğini savunmuştur. Davadaki uyuşmazlık; kurtarma gemisi çalışanı davacı gemiadamının 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamına mı yoksa 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına mı girdiği noktasındadır.

(YHGK, E. 2022/667, K. 2023/148, T. 01.03.2023)[1]

Özet: Taraflar arasındaki işçilik alacağı davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, İlk Derece Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Davada; davacı, davalıya ait işyerinde 16.02.1998 tarihinden beri gemiadamı olarak görev yapmakta olduğunu, müvekkilinin üyesi olduğu Türkiye Denizciler Sendikası (Sendika) ile davalı arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi gereği her altı ayda bir ücret zammı yapıldığını, fazla çalışma ve resmî tatil ücretlerinin % 25 zamlı olarak hesaplanmak suretiyle ücret bordrosuna yansıtılarak ödendiğini, ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı

1 Kararın tam metni için; Yargıtay Karar Arama: https://kararara ma.yargitay.gov.tr, (son erişim: 29.10.2023).

Türk Borçlar Kanunu md. 402/1 ve 4857 İş Kanunu md. 41/2 gereği fazla çalışma ücretinin en az % 50 zamlı saat ücreti üzerinden hesaplanmasının öngörüldüğünü, Toplu İş Sözleşmesi md. 11/(a) bendinde de fazla çalışma ücretinin yüzde elli zamlı ödeneceğinin ve md. 110'da fazla çalışmaya esas bir saatlik ücretin gemiadamları için 1/208 esası üzerinden tespit edileceğinin belirtildiğini, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.11.2018 tarihli ve 2015/27849 Esas, 2017/14749 Karar sayılı kararında fazla çalışma ve resmî tatil günlerinde yapılan çalışmaların ücretlerinin gemiadamları için de % 50 zamlı olarak hesaplanması gerektiği yönünde karar verildiğini, 854 sayılı Deniz İş Kanunu md. 48'de bu kanun hükümlerinin daha elverişli menfaat sağlayan Kanun veya toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına engel olmayacağının, daha sonra yürürlüğe giren ve daha üstün haklar tanıyan kanunun müvekkili lehine uygulanarak fazla çalışma ücretlerinin % 50 zamlı saat ücreti üzerinden hesaplanması gerektiğini ileri sürerek fark fazla çalışma ücreti alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, talep edilen alacaklara kanuni faiz uygulanması gerektiğini, davacının toplu iş sözleşmesi kapsamında 854 sayılı Kanun'a tâbi gemiadamı olarak makinistlik yaptığını, davacıya Toplu İş Sözleşmesinde belirlenen oran esas alınarak fazla çalışma ücreti ödendiğini, dava konusu olaya özel kanun niteliğinde olan 854 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğini, gemiadamının çalışma koşullarının farklılık arz ettiğini ve çalışma usullerinin ulusal ve uluslararası kurallar ile 854 sayılı Kanun'a göre belirlendiğini, 854 sayılı Kanun'da boşluk olması hâlinde 6098 sayılı Kanun'un hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmekle birlikte 854 sayılı Kanun'da fazla çalışmaya ilişkin açık hüküm bulunduğunu, öte yandan genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu md. 402 gerekçesinde sadece 4857 sayılı Kanun'dan bahsedildiğini, genel kanunun özel kanun hükmünü bertaraf etmesinin ancak kanun koyucunun amacını açık ve net olarak ortaya koyması hâlinde mümkün olacağını belirterek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi; bir gemiadamının Deniz İş Kanunu kapsamına girmesi için deniz taşıma işinde çalışması gerektiği, dosyada mevcut davalının ana statüsünün 4'üncü maddesinde belirtilen

faaliyet konuları içerisinde deniz taşıma işinin sayılmadığı, ayrıca davalıya ait gemilerde çalışanların uzun seferlere çıkmadığı, davalı çalışanlarının uzun seferlere çıkacak şekilde bir çalışmalarının olmaması nedeni ile 854 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmelerinin de kanunun ihdas edilme nedeni ile bağdaşmadığı, sonuç itibari ile davalı nezdinde çalışanların 4857 sayılı Kanun kapsamına girdiklerinin sabit olduğu, bu durumda 854 sayılı Kanun ile daha sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Kanun arasında hangi kanunun uygulanacağı yönünde bir tartışmanın davalının faaliyetleri nazara alındığında gerekli olmadığı, 4857 sayılı Kanun kapsamında kalan durumlarda 6098 sayılı Kanun hükümlerinin değil 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağının açık olduğu, 4857 sayılı Kanun'da her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi sureti ile ödeneceğinin düzenlendiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf yargısında, Bölge Adliye Mahkemesi 24.06.2021 tarihli ve 2020/2654 Esas, 2021/1379 Karar sayılı kararı ile oy çokluğu ile davalının istinaf başvurusunun esastan reddine oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Yargıtay'ın bozma kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11.10.2021 tarihli ve E. 2021/9472, K. 2021/13998 sayılı bozma kararında; Deniz İş Kanunu md. 28'de yer alan açık düzenleme karşısında fazla çalışma ücretinin % 25 zamlı ücretten hesaplanması gerektiği, sonradan yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu md. 402'nin Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar açısından uygulanamayacağı gemi adamının fazla çalışma ücretinin % 25 zamlı olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği anlaşıldığından fazla çalışma ücretlerine dair fark taleplerin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabule dair hüküm kurulması hatalı bulunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi direnme kararında; davalı işyerinde deniz taşıma işi yapılmadığı, deniz taşıma işinin yapılmadığı hâllerde ise gemide çalışma söz konusu olsa dâhi 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği, bu yönde bir değerlendirme yapılmadan kararın bozulduğu gerekçesiyle önceki hükümde direnilmiştir.

Davalı direnme kararına karşı temyiz dilekçesinde; davalının asli görevlerinin can, mal ve gemi kurtarma olduğunu, bu görevi yapmak için de gemisi ve bu gemilerde çalıştırdığı gemiadamları bulunduğunu, çalışan gemiadamlarının 854 sayılı Kanun'a tabi olduklarını, toplu iş sözleşmelerinde de gemiadamlarının fazla çalışmalarının 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamı ibaresi kullanılarak belirlendiğini, 854 sayılı Kanun'un özel bir kanun olduğunu, Kanun kapsamına sadece deniz yoluyla eşya veya yolcu taşınmasına tahsis edilmiş gemilerin girmediğini, 4857 sayılı Kanun md. 4'de sayılan istisnaların dar yorumlanması gerektiğini, bozma kararında davacının 4857 sayılı Kanun'a tabi olup olmadığı yönünde bir gerekçe bulunmamasının davacının 854 sayılı Kanuna tabi olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılmadığı anlamına gelmeyeceğini, davacının çalışmalarının 4857 sayılı Kanun kapsamında olmadığını belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu değerlendirmesinde; bir hukuki ilişkinin iş sözleşmesine dayanması diğer bir anlatımla iş sözleşmesinin taraflarının işçi ve işveren sıfatına sahip olması veya bir yerin işyeri unsurlarını taşıması bunların her zaman iş kanunları kapsamına girmesi için yeterli olmayacağını, deniz taşıma işlerinin 4857 sayılı Kanun kapsamına alınmamasının gerekçesinin, bu işlerin özellikleri nedeniyle özel bir çalışma düzenini gerektirmesi ve bunlara İş Kanunundaki bir çok hükmün uygulanmasının mümkün bulunmaması olduğunu, buna karşılık bütün deniz taşıma işleri 4857 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmamış, kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya veya karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri 4857 sayılı Kanun'un uygulama alanına alınmış ve aynı şekilde denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler de bu Kanun'un hükümlerine tâbi kılınmış olduğunu, Deniz iş hukukunda işçi, 854 sayılı Kanun md. 2'ye göre gemiadamı olarak ifade edildiğini, zira gemiadamlarının gördükleri işin niteliği bunların diğer işçilerden ayrı değerlendirilmesini ve farklı düzenlemelere tâbi tutulmasını gerekli kılındığını, deniz iş sözleşmesi bakımından gemiadamının genel bir tanımı yapılacak olursa; "hangi meslek ve unvana sahip olursa olsun bir işverene (gemi sahibi veya işletenine) iş sözleşmesiyle bağlı olarak, onun emir ve talimatları altında bir ücret karşılığında çalışan kimseye,

gemiadamı denir" (*Nusret Bedük, Deniz İş Sözleşmesi, 2012, s. 8 ilâ 9)* olduğunu, gemiadamının mutlaka geminin işletilmesi veya teknik sevk ve idaresinde yer alması da şart olmadığını, geminin sevk ve idaresinde görev alan gemiadamlarına mürettebat denildiğini, Kaptan, gemi zabitleri ve yardımcıları, tayfalar ve yardımcı hizmet personelleri gemi mürettebatını oluşturan asıl gemiadamları olduğunu, aşçı, garson, doktor ve hemşire gibi gemide çalışan diğer kimseler ise mürettebat niteliği taşımayan gemiadamları olduğunu, bu kimselere gemiadamı sıfatı kazandıran hususun iş sözleşmesi ile gemide istihdam edilmiş olmalarından doğduğunu ve bu genel açıklamalardan hareketle bir kişiye 854 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için; çalışanın gemiadamı olması, iş sözleşmesi ile çalışması, Türk Bayrağı taşıyan gemide çalışması, çalışılan gemi tonajının yüz ve daha yukarı olması, bağlı olduğu işverene ait birden fazla gemi söz konusu ise gemilerin toplam tonajlarının yüz ve daha yukarı olması veya işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısı beş veya daha fazla olması gerektiğini, ayrıca, ticaret amacı gütmeyen özel yat veya kotra gibi gemiler ile deniz araçlarının da Kanun'un kapsamında sayılması gerektiğini, bundan başka spora, eğitim ve öğretime tahsis edilen gemilere de 854 sayılı Kanun'un uygulanacağını, Deniz İş Kanunu md 26 ve 27'de belirtilen iş süresine ilişkin hükümlere tâbi olmayanlar arasında "*asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalışan gemiadamlarının*" belirtilmiş olması yine md. 36'da ikamet yerleri ve iaşe hakkında uygulanacak yönetmeliğin römorkörler hakkında uygulanmayacağının belirtilmiş olması dikkate alındığında Kanun'un bu şekilde bazı maddeler için istisna tuttuğu römorkaj, kurtarma-yardım gibi işleri yapan gemiler ile bu işleri yapan gemi adamlarının da 854 sayılı Kanun'a tabi olduğunu söylemenin mümkün olduğunu, belirtmiştir.

Kurul, sonuç olarak; 4857 sayılı Kanunu sadece deniz taşıma işini kapsamı dışında bırakmış olmakla deniz taşıma işi dışında kalan ancak deniz işi niteliği taşıyan bir işin söz konusu olduğu durumlarda, ilke olarak bu işin 854 sayılı Kanun kapsamına girip girmediği yukarıda öngörülen kurallar çerçevesinde belirlenmelidir. Eğer iş, 854 sayılı Kanun kapsamına girmekteyse bu durumda genel kanun niteliğinde olan 4857 sayılı Kanun değil, ona göre

daha özel kanun olan 854 sayılı Kanun hükümleri uygulanır (Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s.177), demiştir.

Kurul değerlendirmesinin devamında; somut olayda, ... davacının yağcı, silici, makine lostromosu ve makinist olarak değişik görevlerde bulunduğu görülmekle gemiadamı olduğu sabittir. Nitekim dosya içerisinde davacıya ait gemiadamı yeterlilik belgesi de bulunmaktadır. Öte yandan ana statüsünde Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğünün amacı, denizlerimizde ve karasularımızda seyreden Türk ve yabancı bayraklı gemilerin seyir güvenliğine yardımcı olmak, belirlenen sahada tekel şekilde olmak üzere tüm denizlerde su aracı ve/veya diğer eşyaya verilen kurtarma ile ilgili her türlü hizmeti yapmak, tekel alanı içerisinde can kurtarma (tahlisiye) hizmetleri ve seyir emniyetini arttırmaya yönelik hizmetleri yapmak şeklinde belirtilmiştir. Davalı işverenin bu amacını Türk Bayrağı taşıyan gemileriyle yerine getirdiği, gemiadamı sayısının dosya kapsamından anlaşıldığı üzere beşten fazla olduğu ve gemilerinin gros tonilatolarının toplamının da yüzden fazla olduğu sabittir. Bu durumda 854 sayılı Kanun'un 1'inci maddesindeki tüm koşulları mevcut olduğu ve gemiadamı olan davacının da 854 sayılı Kanun kapsamında bulunduğu açıktır. Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda belirtilen gerekçelerle 6100 sayılı Kanun md. 371 gereğince BOZULMASINA,... oy birliğiyle kesin olarak karar verildiğine, hükmetmiştir.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

AİLE KONUTU ŞERHİ

AİLE KONUTU ŞERHİNİN KURUCU DEĞİL AÇIKLAYICI OLMASI

İPOTEĞİN VE HACİZLERİN KALDIRILMASI

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. Maddesi hükmü gereğince, aile konutu şerhi "konulmuş olmasa da" eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiili ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma, aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır.(…)

Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "Kurucu" değil "Açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, "Emredici" niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "Belirli olan" bir işlem için verilebilir. (….) eşlerden biri diğer eşin "Açık rızası bulunmadıkça" aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunu ipotek edilmesi gibi "Tek başına" bir ayni hakla sınırlayamaz. Bu sınırlandırma "Ancak diğer eşin açık rızası alınarak" yapılabilir

Somut olayda, taşınmaz üzerinde aile konutu niteliğinde bağımsız bölüm olduğu, davalı eşin dava konusu aile konutunun bulunduğu taşınmaz üzerinde diğer davalı kooperatif lehine ipotek tesis ettiği, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmadığı anlaşılmıştır.

Dava konusu taşınmaz üzerinde 2 katlı ve iki bağımsız bölümden oluşan bir bina olduğu iddia edildiğine göre ve dava aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz üzerinde bulunan

ipoteğin kaldırılmasına yönelik olduğuna göre, öncelikle aile konutu olarak kullanılan bölümün belirlenmesi gerekir. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; taşınmazın vasfı da dikkate alınarak, dava konusu aile konutunun bulunduğu yerde usulünce keşif yapılıp, ipotek tesis tarihinde ve halen tarafların aile konutu olarak kullandıkları bağımsız bölümün belirlenmesi, uzman bilirkişilerden "Aile konutu" olarak kullanılan bölümün kroki ve harita üzerinde işaretlenmesinin istenmesi, aile konutu olarak kullanılan bu bölümün belirlenip, davanın kabulü ile bu bölümle sınırlı olacak şekilde ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

(Y 2 HD, 2020/3829 E., 2020/5916 K., T.19.11.2020)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET. 30.09.2023

ERKEĞE AİT TELEFONDAKİ GÖRÜŞME DETAYLARININ ELDE EDİLMESİ

HUKUKA AYKIRI DELİL

DELİLİN ELDE EDİLİŞ BİÇİMİ

KUSUR BELİRLEMESİ

(…) Bölge Adliye Mahkemesinin …… kararı ile delil olarak dayanılan cinsel içerikli görüşmelerin, başka kadına/ kadınlara para gönderme bilgilerinin erkeğe ait telefonda yer aldığı, telefonun kadın eşte bulunduğu esnada tesadüfen bu görüşme detaylarına ulaşıldığı, kadın tarafından görüşme detaylarının gizlice elde edilmediği, erkeğe ait telefonun şifresinin kırılmadığı, şifrenin başka yollarla da elde edilmediğinin zaten bilindiği, olayların akışı ve delilin elde ediliş biçimi gözetildiğinde söz konusu delilin hukuka aykırı olarak elde edildiğinden bahsedilemeyeceği, bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlar ve aldatma eylemini ispat aracı olarak kullanılabileceği belirtilerek tarafların İlk Derece Mahkemesince kabul edilen ve gerçekleşen kusurlu davranışları yanında erkeğe sadakatsizlik eyleminin de yüklenmesi gerektiği gerekçesiyle kadının kusur belirlemesi ve reddedilen tazminat taleplerine yönelik istinaf taleplerinin kabulüne,

Kusur gerekçesinin ve belirlemesinin düzeltilmesine, boşanmaya sebep olan olaylarda erkeğin ağır kusurlu, kadının ise az kusurlu olduğunun tespitine, İlk Derece Mahkemesi kararının ilgili kısımlarının kaldırılmasına, yeniden esas hakkında hüküm tesisine, kadın yararına 40.000,00 TL maddî ve 40.000,00 TL manevî tazminata hükmedilmiş; kadının sair istinaf talepleri esastan reddedilmiştir.

Davalı-karşı davacı erkek vekili kararı temyiz etmiştir. Temyiz dilekçesinde özetle; kusur belirlemesinin hatalı olduğunu, Bölge Adliye Mahkemesinin hükme esas aldığı delillerin hukuka aykırı olduğunu, müvekkilinin hattı için yeni sim kart başvurusu yapmasının telefonunun zorla rızası dışında alındığını doğruladığını,

kadının tazminat taleplerinin reddi gerektiğini belirterek kararın kusur belirlemesi ve tazminatlar yönünden bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

(…) 6100 sayılı Kanun'un 189 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereği yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınacağı ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmese dahi mahkemece caiz olmadığına karar verileceği, davacı-karşı davalı kadının, erkeğin telefonundan elde ettiği mesajlaşmalar ve kayıtlara ilişkin Cd'nin hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu, dosya kapsamında bu delilin hukuka uygun şekilde elde edildiğine dair bir ispat aracının da bulunmadığı, bu nedenle erkeğe sadakatsizlik eyleminin kusur olarak yüklenemeyeceği,

Ancak erkeğe yüklenen hakaret eyleminin süreklilik arz etmesinin yanında erkeğe yüklenen eşinin ... düşürme eyleminin de üçüncü kişilerin yanında sürekli eşine karşı agresif davranması suretiyle gerçekleştiği nazara alındığında tarafların kabul edilen ve gerçekleşen diğer kusurlu davranışlarına göre boşanmaya sebep olaylarda erkeğin yine de ağır kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre davalı-karşı davacı erkek vekilinin aşağıdaki paragrafın kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının maddî ve manevî tazminat yönünden davalı-karşı davacı erkek yararına BOZULMASINA,

Davalı-karşı davacı erkeğin sair temyiz itirazlarının reddi ile temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin 6100 sayılı Kanun'un 370 ... maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA, …..oy birliğiyle karar verilmiştir.

(Y 2 HD, 2022/11217 E., 2023/2320 K., T. 10.05.2023)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.yargitay.gov.tr bknz., ET. 22.10.2023

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

ECZACI KALFASININ HATALI ENJEKSİYON YAPMASI
KALICI SAKATLIK
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT
MALULİYET ORANININ TESPİTİ

Davacı vekili, dava dilekçesinde; davacının 21/06/2012 günü belindeki ağrılardan şikayetle ... mahallesinde bulunan davalılardan ... işlettiği ...eczanesine giderek ... kesici bir iğne yaptırmak istediğini, eczacı kalfası olan davalının davacıya iğne yaptığını, bu iğneden sonra bacağının uyuştuğunu ve ayağa kalkamadığını, daha sonradan kalfanın hatalı enjeksiyon yaptığının ortaya çıktığını, bu hata yüzünden davacının uzun süre tedavi gördüğünü ve buna rağmen bacağında kalıcı sakatlık meydana geldiğini belirterek; fazlaya dair hakları saklı kalarak şimdilik 1.000,00 TL maddi tazminatın ve 25.000,00 TL manevi tazminatın haksız fiil tarihi olan 21/06/2012 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve mütselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece; davanın kısmen kabulü ile 35.558,72 TL maddi tazminatın 21/06/2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, haksız fiil nedeniyle yaralanmadan dolayı maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Somut olayda; dava dilekçesi ve dosya kapsamına göre davacı, hatalı iğne vurulması neticesinde meydana gelen daimi iş gücü kaybından dolayı tazminat istediğine göre davanın sonucunu maluliyet durumunun tespiti belirleyecektir.

Yargılama sırasında ...Üniveristesi Tıp Fakültesi Ana Bilim Dalı Başkanlığı Şube Müdürlüğünden alınan raporda davacının yüzde 22.2 maluliyet oranı olduğu belirtilmiştir. Oysa, bu rapor maddi

tazminat yönünden hükme esas alınacak nitelikte değildir.

Mahkemece, davacının maluliyet oranının tespiti için ... ihtisas Kurulundan rapor alınarak belirlenen maluliyet oranı gözetilerek davacı yararına maddi tazminatın yeniden değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

(Y 3 HD, 2017/10900 E., 2018/11560 K., T.14.11.2018)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.yargitay.gov.tr bknz, ET.22.10.2023

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN VASİYETNAME
MÖHUK'A GÖRE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN ŞEKLİ
SEÇİMLİ ŞEKİL
VASİYETNAMENİN ALMAN KANUNA UYGUN YAPILIP YAPILMADIĞI
BOZMAYA UYULDUKTAN SONRA VERİLECEK KARAR

Davaya konu vasiyetnamenin Almanya'da düzenlendiği ve somut olayda vasiyetname ile murisin tüm servetinin varisi olarak davalılar murisi kardeşini tayin ettiği, taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olabilmesi için Türk Hukuk sistemindeki usul ile yapılmış olması gerektiği, davaya konu vasiyetnamenin de MK.nun 532 ve takip eden maddelerine göre usulüne uygun şekilde düzenlenmediği gerekçesiyle (vasiyetnamenin iptaline diar) davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyize konu uyuşmazlık; iptali istenen miras sözleşmesinin geçerliliği bakımından Türk Hukukunun mu, Alman Hukukunun mu uygulanacağı, buna bağlı olarak da, davaya konu vasiyetnamenin geçerli olarak düzenlenip düzenlenmediği, iptalinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.(...)

Ölüme bağlı tasarruflarda şekil konusu menkul miras, gayrimenkul miras ayrımı yapılmadan düzenlenmiştir. (Nomer/Şanlı Devletler Hususi Hukuku, s.288). Bu kapsamda 5718 sayılı MÖHUK 20/4.maddesine göre, ölüme bağlı tasarrufun şekli, tasarrufun yapıldığı yer hukukuna veya işlemin esasına uygulanan hukuka veya ölenin milli hukukuna tabidir. Bu üç seçimli şekil kuralından amaç, ölenin son arzularının sonucu olan işlemin geçerliliğini sağlamaktır. Bu kural gereğince bir Türk vatandaşı yabancı ülkede yapıldığı yer hukukuna ya da Türk Hukukuna uygun bir vasiyetname yapılabilir(...)

Somut olayda; iş bu dava ile iptali istenen vasiyetnameyi düzenleyen davacıların murisi ..., dava konusu 16.07.1977 tarihli vasiyetnamesini Almanya 'Heindeheim Noterliğince düzenlenmiştir.

Buna göre; iptali istenen vasiyetnamenin Alman Hukukuna uygun düzenlenmesi halinde geçerli olacağı açıktır. Ancak mahkemece dava konusu vasiyetnamenin Alman Kanunlarına uygunluğu yönünden yeterli inceleme ve araştırma yapılmamıştır.

Hal böyle olunca mahkemece; vasiyetnameyle ilgili Alman mevzuatının tamamı dosyaya celbedilerek, vasiyetnamenin Alman Kanunlarına uygun yapılıp yapılmadığı hususunda ayrıntılı, gerekçeli, Yargıtay denetimine elverişli bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir... " gerekçesi ile bozulmu., mahkemece bozma kararına uyulmu., herhangi bir araştırma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir .

Yargıtay'ın bozma kararına uymuş olan mahkeme, bu uyma kararı ile bağlıdır. Bozma kararında gösterilen biçimde inceleme yapmak, yada gösterilen biçimde yeni bir hüküm vermek zorundadır.

Yukarıda açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde; mahkemece bozma ilamına uyulmuş olmakla usuli müktesep hak oluştuğu nazara alınmak sureti ile, bozma ilam gereği yerine getirilecek şekilde vasiyetname ile ilgili Almanya Yasalarının gerekirse bilirkişi aracılığı ile incelenmesi yapılarak hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.

(Y. 3 HD, 2018/3217 E., 2018/10980 K., T.05.11.2018)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET.21.10.2023

VASİYETNAMENİN FRANSA'DA DÜZENLENMESİ

VASİYETÇİNİN MİLLİ HUKUKU

EVLENMEKLE TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMIŞ OLMASI

(...) Temyize konu uyuşmazlık; mirasbırakan ... tarafından düzenlenen el yazılı vasiyetnamenin iptali talebiyle açılan eldeki davada, Türk hukukunun mu yoksa murisin milli hukuku olan Fransız hukukunun mu uygulanacağı, davaya konu vasiyetnamenin geçerli olarak düzenlenip düzenlenmediği, iptalinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.(..)

Somut olayda; vasiyetnameyi düzenleyen mirasbırakan Fransız vatandaşı olup, yine iptali istenen el yazılı vasiyetname de Fransa'da düzenlenmiştir. Buna göre; iptali istenen vasiyetnamenin Fransız Hukukuna uygun düzenlenmesi halinde geçerli olacağı açıktır. Ancak, mahkemece; dava konusu vasiyetnamenin Fransız Hukukuna uygunluğu yönünden gerekli inceleme ve araştırma yapılmamıştır.

Hal böyle olunca mahkemece; "....vasiyetçinin milli hukuku olan Fransa Hukukunun vasiyetname ile ilgili kısmının muhtevasının gerekirse bilirkişi aracılığı ile incelenmesi, bu hususta tarafların yardımının istenmesi (5718 s.K.m.2/1) ve Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...." gerekçesiyle bozulmuş, tarafların karar düzeltme dilekçeleri ise Dairece verilen 27/04/2021 tarihli ve 2021/2428 E. 2021/4697 K. sayılı ilam ile reddedilmiştir.

Mahkemece;....., her ne kadar bozma ilamında mirasbırakanın Fransız vatandaşı olduğu ifade edilmişse de, mirasbırakanın aynı zamanda Türk vatandaşı olduğu, mirasbırakanın 1888 yılında doğduğu, 1950 yılında ... ile evlendiği ve 1965 yılında öldüğü, evlilik tarihi itibarıyla yürürlükte olan 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 13 üncü maddesinde "Türklerle evlenen ecnebi kadınlar Türk vatandaşı olurlar." hükmünün yer aldığı, şu halde va-

siyetnamenin geçerli olup olmadığının Türk Hukukuna göre değerlendirilmesinde bir sakınca olmadığı gerekçesiyle, önceki kararda direnilmesine ve davanın reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme kararı üzerine,

Yeniden yapılan incelemede; davaya konu vasiyetnameyi düzenleyen mirasbırakan ...'in (M...y), Fransız uyruklu iken 24/05/1950 tarihinde Türk vatandaşı M.....ile evlenmesi neticesinde 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca Türk vatandaşlığını kazandığı, akabinde eşi ölen mirasbırakanın taşındığı Paris'te 20/06/1965 tarihinde Türk vatandaşı olarak öldüğü, dosyada bulunan nüfus ve tapu kayıtları, T.C. Paris Başkonsolosluğu tarafından düzenlenen ölüm kaydı, akabinde Dışişleri Bakanlığına gönderilen yazı ve vasiyetnamenin açılması davası ile sabittir. Esasen, davacının Türk vatandaşı olduğu hususu davacı Hazinenin de kabulündedir.

Bu durumda, mahkemece; uyulan 17/05/2017 tarihli ilk bozma ilamı doğrultusunda, toplanan delillerin; 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirilerek karar verildiği, Dairece verilen 22/12/2020 tarihli ikinci bozma ilamındaki değerlendirmenin hataya dayalı olduğu anlaşılmıştır.

Hal böyle olunca; mahkemenin aynı gerekçeye dayalı, davanın reddine dair direnme kararı usul ve kanuna uygun olup, onanmalıdır.

(Y 3 HD, 2022/6274 E., 2022/8937 K., T. 24.11.2022)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET. 22.10.2023

TAHLİYE TAAHHÜDÜ

UZAMA DÖNEMİNİN BİTİMİNDEN ÖNCE KİRA SÖZLEŞMESİNİN YENİLENMEYECEĞİNİN İHTARI

BOZMA SONRASINDA AŞINMAZIN TAHLİYESİ NEDENİYLE DAVANIN KONUSUZ KALMASI

YARGILAMA GİDERLERİ

Davalı tarafından 17.08.2010 tarihinde imzalanan tahliye taaahhüdü, Mahkemenin kabulünün aksine yeni bir kira sözleşmesi niteliğinde olmayıp davalının taşınmazı 31.12.2014 tarihinde tahliye edeceğine dair TBK nun 352/1. fıkrasına göre düzenlenen tahliye taahhüdüdür.

Davacı, uzama döneminin bitiminden önce kira sözleşmesinin yenilenmeyeceği hususunu davalıya 17.04.2015 tarihli ihtarnamesi ile bildirmiş ve davasını da 04.09.2015 tarihinde açmış olmasına göre davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. " gerekçeleriyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde; dava konusu taşınmaz tahliye edilmekle dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda; davacı dava açmakta haklıdır. Yargılama gideri ve vekalet ücretinin davalıya yükletilmesi gerekirken davacı üzerinde bırakılması doğru değildir. Ancak, bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediği ve "hakimin takdir yetkisi kapsamında" kalmadığından; hükmün, HUMK 438/7, C2 hükmü ve 6100 sayılı HMK 370/2 ek 3/1 maddesi gereğince düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

(Y 3 HD, 2019/4394 E., 2019/7364 K., T.02.10.2019)[1]

1 Kararın tamamı için, Yargıtay Karar Arama, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, ET. 30.09.2023

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

TAHLİYE TAAHHÜDÜ

BOŞ KAĞIDA İMZA

KİRALANAN TESLİM EDİLMEMİŞ OLSA BİLE SÖZLEŞME VAR SAYILIR

Davada dayanılan ve hükme esas alınan 15.01.2003 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi tarafların imzasını taşıdığına göre geçerli olup tarafları bağlar. Kiracı tahliye taahhüdü amacıyla boş kağıda imza attığını üzerinin sonradan doldurulduğunu savunmuş ise de, yapılan bu savunmaya itibar edilemez. Boş kağıda imza atan kimsenin bunun sonucuna katlanması gerekir. (...)

Mahkemece tahliye taahhüdünde 15.1.2003 başlangıç tarihli kira sözleşmesine atıf yapıldığı ve bu tarihte kiralanan henüz fiilen teslim alınmadığından bahisle taahhütnamenin baştan itibaren yok hükmünde olduğuna karar verilmiş ise de, kira sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşme olup, kiralayan ve kiracının bu konudaki iradelerinin birleşmesi ile vücut bulur. Kiralanan teslim edilmemiş olsa bile sözleşme var sayılır ve hukuki sonuç doğurur.

İcra takibinin başlatılmasında ve davanın açılmasında bir usulsüzlük bulunmadığına göre geçerli tahliye taahhüdü nedeniyle kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir

(Y. 6 HD, 2009/11095 E., 2010/2313 K., T. 04.03.2010)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, ET.30.09.2023

TERDİTLİ DAVA

TÜM KADEMELİ TALEPLER REDDEDİLMEDİKÇE KARŞI TARAF LEHİNE AVUKATLIK ÜCRETİ TAKDİR EDİLEMEMESİ

Dava, tapu iptali ve tescil, bu olmaz ise ödenen bedelin iadesi istemi ile açılmıştır. Terditli dava 6100 sayılı HMK'nın 111. maddesinde düzenlenmiştir. Terditli davalarda aynı davalıya karşı birden fazla talep, aralarında bir aslilik ferilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürülebilir. Ancak bu talepler arasında hukuki bağlantının bulunması şarttır. Öte yandan, anılan Yasa'nın 111/2. maddesinde belirtildiği üzere mahkeme davacının asli talebininin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.

Bu dava türünde iddia edilen taleplerin biri veya birkaçının reddedilmiş olması tüm kademeli talepler reddedilmedikçe karşı taraf lehine avukatlık ücreti takdirini gerektirmez. Bu nedenle bölge adliye mahkemesince, davacıların ikinci kademedeki alacak isteminin kabulüne karar verildiğine göre, reddedilmiş sayılan birinci kademedeki tapu iptali ve tescil istemi nedeniyle davalı arsa malikleri yararına vekalet ücreti ve harca hükmedilmesi ve ayrıca arsa sahiplerince yapılan yargılama giderlerinin davacılardan alınması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden 6100 sayılı HMK'nın 370/2 maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

(Y. 6 HD, 2021/5570 E., 2022/4606 K., T.06.10.2022)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, ET.30.09.2023

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

MİRAS BIRAKAN YA DA MİRASÇININ YABANCI OLMASI
TEREKEDE GAYRİMENKUL BULUNMASI
MİRASÇILIK BELGESİ

Dava, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesinin verilmesi istemine ilişkindir..... "Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir, aile ve miras hukuku ile yabancı ülkedeki taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır (MÖHUK m. 9). Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. Mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke devlete kalır (MÖHUK m. 20) .....

Tapu Kanununun 35. maddesinde de yabancı uyruklu gerçek kişilerin ancak karşılıklılık bulunması ve kanuni sınırlamalara uyulması koşuluna bağlı olarak Türkiye'de taşınmaz mal edinebilecekleri, karşılıklılığın tespitinde hukuki ve fiili durumun esas alınacağı açıklanmıştır. (...) Türk Medeni Kanunun 598. maddesinde yer alan mirasçılığa hak ehliyetini, yabancılar bakımından araştırırken, kanunlarda yer alan kısıtlamaları da dikkate almak gerekir. Gerek Tapu Kanununun 35. maddesi gerekse 5718 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri sebebiyle yabancı unsurlu veraset davalarında hak ehliyetini tespit bakımından kanuni tahditler ve mütekabiliyet (ülkeler arasında karşılıklı işlem) esaslı unsurlardandır.....

Somut olaya gelince; dosya içerisindeki nüfus kayıtlarından, muris ...'ün 17.05.2006 tarihinde vefat ettiği, geriye mirasçı olarak 12.08.2006 tarihinde vefat eden eşi ...'ü ve yeğenlerini mirasçı bıraktığı anlaşılmaktadır. Murisin eşi ... mirasçısı ...Bosna Hersek Cumhuriyeti vatandaşıdır. Miras bırakan ya da mirasçıları yabancı ülke uyrukluğunda olduğunda ise içinde yabancılık unsuru, diğer

bir anlatımla milletlerarası unsur taşıdığından, terekenin miras bırakanın ölüm günü itibariyle açıldığı tarihte taşınmazların iktisabı yönünden karşılıklılık aranacaktır. O halde 12.08.2006 tarihinde Türkiye ile Bosna Hersek Cumhuriyeti arasında taşınmazların miras yoluyla intikaline ilişkin olarak hukuki veya fiili karşılıklılık mevcut olup olmadığı konusunda Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü aracılığıyla Dışişleri Bakanlığından sorulmalı, gelecek yazı cevabına göre dosyadaki diğer deliller de birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece, belirtilen husus üzerinde durulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.

(Y 7 HD, 2021/8035 E., 2022/1135 K., T. 17.02.2022)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.yargitay.gov.tr bknz, ET.22.10.2023

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

FAZLA ÇALIŞMA
BORDRO HİLESİ
PRİM ÖDEMESİ

Taraflar arasında davacının aldığı aylık ücretin miktarı ve fazla çalışma ücreti alacağının ödenip ödenmediği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı en son aylık 6.523,54 TL net ücret ile çalıştığını ve ücret bordrolarındaki fazla çalışma tahakkuklarının gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür.

Dosya içerisinde bulunan ücret bordroları incelendiğinde; 2015 yılı ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku dâhil ücretin sonuç olarak hep 6.090,11 TL olduğu, bordrolarda 3,47 gün (26 saat) ek mesai tahakkuku olduğu ve her ay, aynı gün ve saat yazılı olmasına rağmen miktarının değişkenlik gösterdiği görülmektedir. Aynı durumun 2016 yılına ait ücret bordrolarında da devam ettiği ancak sonuç ücretin bu kez 6.523,54 TL olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan durum ve dosya kapsamı dikkate alınarak davacıya ait ücret bordrolarında bordro hilesi bulunduğu kanısına varılmıştır.

Bordro hilesinin söz konusu olduğu hâllerde, (….) bordrodaki fazla çalışma ücreti tahakkukları aslında gerçekte bu çalışmaların karşılığı olan ücretler olmayıp işçinin temel ücretinin bir parçası olduğundan bu tahakkuk miktarları hiç dikkate alınmadan sonuca gidilmesi gerekmektedir. (….)

Davacının yaptığı iş, çalıştığı işyeri, e-postalar ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında davacının kendisine prim ödemesi yapıldığını ispatladığı sonucuna varılmıştır. Ne var ki 09.07.2019 tarihli bilirkişi heyetince hazırlanan raporda davalı Şirket merkezinin ...'de olduğu, dosyaya sunulan e-posta yazışmalarında tüm kayıtların Şirketin merkezi ...'de tutulduğu belirlenmiştir. Davalı işveren

prim ödemesi iddiasını kabul etmediği gibi dosyaya prim ödemesi ve kıstaslarını da sunmamıştır.

O hâlde dosya içerisindeki delil durumuna göre işverence, 09.07.2019 tarihli bilirkişi raporunda belirtildiği üzere işçiye 28.400,00 TL prim ödemesi yapılması gerektiği ancak bu miktarın işçinin kabulüne göre 10.400,00 TL'sinin ödendiği buna göre, davacıya ödenmesi gereken net 14.400,00 TL (brüt 20.142,40 TL) prim alacağı bulunduğu kabul edilmelidir. Belirtilen hususlar gözetilmeden prim alacağı talebinin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

(Y.9 HD, 2022/5190 E., 2022/5671 K., T.09.05.2022)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.yargitay.gov.tr, bknz., ET. 07.10.2023

İŞSİZLİK ÖDENEĞİNDEN ÇIKIŞ KODU NEDENİYLE YARARLANAMAMA

İŞTEN AYRILIŞ BİLDİRGESİNDEKİ KOD NUMARASININ DEĞİŞTİRİLMESİ

TESPİT DAVASI

Davacı, …işten ayrılış bildirgesinde (22) numaralı ayrılış kodunun belirtilmesi nedeniyle işsizlik ödeneğinden faydalanamadığını, belirtilen çıkış kodunun geniş bir yoruma tâbi olduğunu, …..bu kodla işten çıkartılmasına dayanak teşkil edecek bir eyleminin bulunmadığını belirterek işten ayrılış bildirgesindeki kod numarasının değiştirilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının ... sözleşmesinin davacının istifa etmesi suretiyle sona erdiğini, bu nedenle de SGK'ya duruma uygun bildirimde bulunulduğunu, hiçbir şekilde davacının iddia ettiği gibi (22) kod belirtilerek bildirimde bulunmadıklarını savunarak davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesi, …….sözleşmesinin feshedilmesi sonrası davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödendiği, bu hususta taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmadığı, ... sözleşmesinin istifa suretiyle sona ermesi hâlinde işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı, tanık beyanları doğrultusunda, işyerinin değiştirilmesine ilişkin teklifin davacı tarafça kabul edilmemesi üzerine ... sözleşmesinin davalı tarafça sona erdirildiğinin kabul edildiği, zira davacı işçinin istifa etmiş olmasına rağmen davalı tarafça işçiye hem kıdem hem de ihbar tazminatının ödenmiş olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne ve ... sözleşmesinin davalı işveren tarafından davacının kıdem tazminatı hak kazanacak şekilde feshedildiğinin tespitine karar vermiştir.

İstinaf Mahkemesi; ….somut olayda davanın niteliği itibarıyla 7036 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde sayılı davalardan olmadığından arabuluculuk başvurusunun dava şartı niteliğinde olmadığı, davacının işten çıkış kodunun Kuruma (03) olarak bildirilmiş

olduğu, Kurum mevzuatı gereği işten çıkış kodlarını düzeltme yetki ve talebinin işveren uhdesinde olup işverenlerin yazılı başvurusu hâlinde düzeltme işlemi yapılabileceğinden davanın doğru hasma yöneltildiği, davacının işsizlik ödeneğinden çıkış kodu nedeniyle faydalanamadığı, eldeki davayı açarak doğru ayrılış kodunun tespitinde hukuki yararı olduğu, işverence kodun değiştirilmediği, tüm dosya kapsamından, davalı işverence çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen çalışanların ... sözleşmelerinin tazminatları ödenerek feshedildiği, fesih iradesini ortaya koyanın işveren olduğu, davacının istifa iradesi olmadığından çıkış kodunun (03) olarak Kuruma bildirilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Kanun'un 353 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) inci bendi gereğince esastan reddine karar vermiştir.

Davalı vekili temyiz başvurusunda; istinaf başvurusundaki sebepleri tekrar etmiş ve Bölge Adliye Mahkemesince eksik inceleme ile karar verildiğini belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir.

Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık, davacının ... sözleşmesinin kim tarafından feshedildiği, buna bağlı olarak feshin tazminata hak kazanacak şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği ve işten ayrılış bildirgesindeki ayrılış kodunun gerçeği yansıtıp yansıtmadığına ilişkindir.

Değerlendirme

(…) Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 sayılı Kanun'un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA karar verilmiştir.

(Y.9 HD, 2023/474 E., 2023/3119 K., T. 06.03.2023)[1]

1 Kararın tamamı için https://karararama.yargitay.gov.tr bknz, ET. 11.10.2023

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

KISA KARAR İLE GEREKÇELİ KARAR ARASINDA ÇELİŞKİ

BOZMA KAPSAMI DIŞINDA KALAN HUSUSLARIN KESİNLEŞMESİ VE LEHİNE OLAN TARAF BAKIMINDAN USULİ MÜKTESEP HAK TEŞKİL ETMESİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yargılamanın açıklığı ilkesini kabul etmiştir. Gerek mülga 1086 sayılı HUMK'un 382 ve devamı maddelerinde gerekse yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 294 vd. maddelerinde hükmün nasıl tesis edileceği ve sonrasında kararın nasıl yazılacağı etraflıca hükme bağlanmıştır. Yargılamanın açık bir şekilde yapılması ve tesis edilen hükmün açıkça belirtilmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle hükmün açık, anlaşılır ve şüpheye yer vermeyecek şekilde infazı kabil olarak kurulması ve de en önemlisi sonradan yazılacak gerekçeli kararın kısa karara uygun bulunması gerekir. Aksi halde, yargılamanın açıklığı ilkesi dolayısıyla kamu vicdanı zedelenmiş olacaktır.

Kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki olmaması gerektiği gibi, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında da çelişki bulunmaması yasal bir zorunluluk olup, HMK'nın 298/2. maddesinde gerekçeli kararın tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. KaKararların bu hususlara aykırı oluşturulması mahkeme kararlarına duyulan güveni sarsacağı gibi, verilen kararların hukuki denetiminin yapılmasını da olanaksız kılmaktadır.

Ayrıca, bozma ilamına uyulduktan sonra yapılan yargılama sırasında, mahkemece daha önce verilen ve bozma kapsamı dışında kalan hususların kesinleştiği ve lehine olan taraf bakımından usuli müktesep hak teşkil ettiği nazara alınarak hüküm tesisi gerekmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut olaya gelindiğinde, mahkemece, gerekçede birleşen...7. ATM'nin 2005/316 Esas sayılı dosyasında, davalı Noter ... ve ... aleyhine açıan maddi ve manevi tazminat davasında zarar ve eylem arasında illiyet bağı bulunmadı-

ğı anlaşılmakla davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verildiği belirtilmesine rağmen, hüküm fıkrasında davanın reddine şeklinde hüküm kurulduğu oysa, davalı ... yönünden asıl davada ve birleşen...7. ATM'nin 2006/638 Esas sayılı dosyasında zarar ile eylem arasında bir bağlantı bulunmadığından davanın reddine karar verildiğinin belirtildiği, aynı şekilde birleşen...12 ATM'nin 2006/641 Esas sayılı dosyasında gerekçede, davalılar Türk Hava Kurumu Başkanlığı,..., ..., ..., ..., ..., ..., ... yönünden açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verildiği belirtilmesine rağmen hüküm fıkrasında davanın reddine, işbu davalılardan Türk Hava Kurumu Başkanlığı,..., ..., ..., ..., ..., ...'ın da davalı olduğu...7. ATM'nin 2006/638 Esas sayılı dosyasında açılan davada zarar ile eylem arasında bir bağlantı bulunmadığından davanın reddine şeklinde hüküm kurulduğu anlaşılmakla gerekçe ile hüküm arasında, gerekçenin de kendisi içerisinde çelişki yaratır şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi, bozma kapsamı dışında kalan ve usuli kazanılmış hak teşkil eden hususlara riayet edilmeksizin karar verilmesi de doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

(Y 11 HD, 2018/3450 E., 2020/999 K., T.06.02.2020)[1]

1 Kararın tamamı için Yargıtay Karar Arama, https://karararama.yargitay.gov.tr, ET.30.09.2023

ISLAH İLE REESKONT FAİZİ TALEP EDİLMESİ

ISLAH TALEBİNİN ASIL ALACAĞIN FERİSİNE İLİŞKİN OLMASI

YENİLİK DOĞRURUCU HAK

Dava, sahtelik iddiasına dayanan çek nedeniyle ödenen bedelinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsili istemine ilişkindir.

Davacı tarafça, dava dilekçesi ile yasal faiz talep edilmiş, davacı vekilince ıslahla reeskont faizi talep edilmesi üzerine mahkemece, davacının faize ilişkin ıslah talebinin asıl alacağın ferisine ilişkin olduğu, 6100 sayılı HMK'nın 177/2 maddesi uyarınca Yargıtay bozma ilamından sonra da ıslah yapılabileceği gerekçesi ile reeskont faizine hükmedilmiştir.

Ancak davacı dava dilekçesinde yasal faiz talep etmek suretiyle tercih hakkını kullanmış olup, yenilik doğurucu nitelikteki bu hakkın kullanılarak tüketilmesinden sonra artık ıslah dilekçesiyle faizin cinsinin değiştirilerek reeskont faizi talep edilmesi mümkün olmadığından davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.

(Y 11 HD, 2021/2832 E., 2022/4795 K., T. 13.06.2022)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, ET. 30.09.2023

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

HACZİN YENİLENMESİ

AYNI TAŞINMAZ ÜZERİNE BİRDEN FAZLA HACİZ KONULMASI

SATIŞ İSTEME SÜRESİ

İcra ve İflas Kanununda haczin yenilenmesi diye bir müessese mevcut olmayıp, aynı takip dosyasından olsa da konulan her haciz yeni bir hacizdir. Buna göre aynı taşınmaz üzerine birden fazla haciz konulmasını engelleyen bir yasa hükmü de yoktur. Taşınmazın üzerinde haciz varken, alacaklının talebi üzerine yeniden haciz konulması, önceki hacizden vazgeçildiği anlamına gelmediği gibi, daha önce konulmuş haczi ve sonuçlarını da ortadan kaldırmaz.

Bu talep daha önceki haciz ve işlemlerden feragat anlamına gelmez. Somut olayda, alacaklının talebi üzerine taşınmazlar üzerine ikinci kez haciz konulmuş olup bu haciz geçerlidir. Alacaklı tarafından 30/03/2015 tarihinde taşınmazlara haciz konulması talep edildiğinden icra müdürlüğünce taşınmazlara ikinci kez haciz konulması ve 15/01/2016 tarihli müdürlük kararı yerindedir.

Öte yandan, İİK'nun 106. maddesinin yürürlük tarihi olan 05/01/2013 tarihinden sonra konulan hacizlerde satış isteme süresi bir yıl olup 25/03/2014 tarihinde konulan ilk haciz bakımından bir yıllık satış isteme süresi içerisinde satış talebinde bulunulmadığından bu haciz İİK'nun 106-110. maddeleri uyarınca düşmüş olduğundan 14/01/2016 tarihinde yapılan satış talebi sonuç doğurmaz.

O halde mahkemece, istemin bu nedenle reddi gerekirken yazılı şekilde ikinci haciz talebi nedeniyle ilkinden vazgeçildiğinin kabulü gerekçesiyle talebin reddi doğru değil ise de, sonuçta istem reddedildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmiştir. açık olmak üzere,

(Y 12 HD, 2016/10886 E., 2017/1937 K., T. 14.02.2017)1

---

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, bknz, ET.07.10.2023

UYAP ÜZERİNDEN GÖNDERİLEN BORCA İTİRAZ DİLEKÇESİNİN BAŞKA BİR TAKİP DOSYASI İLE İLGİLİ BEYAN DİLEKÇESİ OLMASI

DİLEKÇE İÇERİĞİNİN ŞİKAYETE KONU TAKİP DOSYASI İLE İLGİSİ OLMAMASI

BORCA İTİRAZ İRADESİNİN ORTAYA KONULMASININ YETERLİ OLDUĞU İDDİASI

İlk Derece Mahkemesi……. uyuşmazlığın, Uyap sisteminde ilgili icra dosyasına dilekçe gönderirken borca itiraz başlığının seçilmesinin davacının borca itiraz iradesini açıklamış olduğunun kabul edilip edilmeyeceği noktasında toplandığı, somut olayda takip dosyasına gönderilen borca itiraz dilekçesi başlığı altında başka bir takip dosyası ile ilgili olan beyan dilekçesinin gönderildiği, davacının borca itiraz iradesini içeren dilekçeyi sehven başka bir dosyaya sunması gibi bir durumun söz konusu olmadığı, Uyap sisteminde borca itiraz sekmesinin seçilmesinin kanunun bahsettiği anlamda itiraz iradesinin ortaya konulması amacına hizmet etmediği, beyan dilekçesinin içeriğinin önemli olduğu, süresi içerisinde gönderilmeyen dilekçeye dayanılarak sadece UYAP sisteminde borca itiraz başlığının seçildiğinden bahisle takibin durdurulmasının kanunun amacına aykırı olacağı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde borçlu istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi……. kararı ile İİK'nın 62/1. maddesinde "İtiraz etmek istiyen borçlu, itirazını, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeye mecburdur." düzenlemesinin yer aldığı, somut olayda borçlu vekili tarafından UYAP Avukat Portal üzerinden takip dosyasına "borca itiraz dilekçesi" başlığı altında başka bir takip dosyası ile ilgili beyan dilekçesi gönderildiği, dilekçe içeriğinin şikayete konu takip dosyası ile ilgili olmadığından bunun itiraz

dilekçesi olarak kabulünün mümkün olmadığı, ilgisiz bir dilekçenin Uyap sisteminde borca itiraz sekmesi seçilerek takip dosyasına gönderilmesinin takibe itiraz iradesinin ortaya konulması şeklinde yorumlanamayacağı gerekçesi ile borçlunun istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.(….)

Borçlu vekili temyiz dilekçesinde; önceki beyanlarını tekrarlayarak İİK'nın 62. maddesinden kanun koyucunun borca tamamen itiraz halinde aradığı tek unsurun, borçlunun borca itiraz etme yönündeki iradesini ortaya koyması olduğunun anlaşıldığını, maddi hata yaparak borca itiraz dilekçesi yerine gönderilen dilekçenin uyap sisteminden müvekkili şirkete ait vekaletname ile birlikte, borca itiraz süresi içerisinde, borca itiraz talebi adı altında gönderildiğini, dosyaya yanlış bir dilekçenin sunulduğunu, bu durumun maddi hatadan kaynaklandığını ve doğru dilekçenin esas alınması gerektiğini iddia etmiştir.(…)

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının …….ONANMASINA, karar verilmiştir.

(Y 12. HD, 2022/9750 E.., 2023/2305 K., T.04.04.2023)

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

YAĞMA SUÇU

MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI NEDENİYLE İNDİRİM

KASTIN YOĞUNLUĞU

SANIĞIN SABIKALI GEÇMİŞİ

Sanığın mağdurun oğlu olduğu, olay tarihinde saat 16.00 sıralarında eve geldiği, uyuşturucu almak için babası olan mağdurdan para istediği, mağdurun para vermek istememesi üzerine sanığın mağdura hitaben "Para vereceksin seni vurup öldüreceğim" diyerek mağduru yere yatırdıktan sonra cüzdanının içindeki miktarı belli olmayan tüm parayı zorla aldığı anlaşılmıştır. Sanık üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiştir.(…)

Sanık hakkında kurulan hükümde, Takdiri İndirimler yönünden; 5237 sayılı Kanun'un "Takdiri İndirimler" başlıklı 62 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre "Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir…." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Mahkemece ".sanığın kastının yoğunluğu, suçun işleniş şekli, sabıkalı geçmişi nazara alınarak " şeklindeki yerinde, yeterli ve kanunî gerekçeler ile lehe hükümlerin uygulanmamasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından; 5237 sayılı Kanun'un 150 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir" düzenlemesi karşısında, 1/3 oranında indirim yapılmak suretiyle değer azlığı hükümlerinin uygulanması yerinde olup değer azlığı hükümlerine yönelik kurulan temyiz istemleri yerinde görülmemiş, hükümde bu yönleriyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.

(Y 6. CD, 2022/8067 E., 2023/10351 K., T. 02.05.2023)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, ET.30.09.2023

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ

ŞÜPHE ÜZERİNE DURDURMA VE ARAMA KARARI BULUNMAMASI

UYUŞTURUCU MADDELERİ SANIĞIN KENDİ RIZASI İLE TESLİM ETMESİ

ETKİN PİŞMANLIK

Yargılama sürecindeki işlemlerin yasaya uygun olarak yapıldığı, delillerin gerekçeli kararda tartışıldığı, vicdani kanının dosya içerisindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, eyleme uyan suç tipi ile aşağıda belirtilenler dışındaki yaptırımların doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından, yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Şüpheli hareketlerinin ne olduğu belirtilmeden şüphe üzerine durdurulan ve arama kararı bulunmadan durdurulan sanığın araçtan inerken araçta uyuşturucu madde bulunduğunu söyleyerek uyuşturucu maddeleri kendi rızasıyla teslim ederek suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardımda bulunması nedeniyle hakkında TCK'nın 192/3. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,Yasaya aykırı, sanık ve müdafiinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün BOZULMASINA, 29/09/2020 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

(Y.10 CD, 2016/914 E., 2020/4440 K., T.29.09.2023)[1]

1 Kararın tamamı için https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET. 30.09.2023

UYUŞTURUCU MADDELERİN ÇEŞİTLİLİĞİ VE KİŞİSEL KULLANIM SINIRLARININ ÜZERİNDE OLMASI

EVDE YAPILAN ARAMADA HAZIR BULUNDURULMASI GEREKEN KİŞİLER

DELİLLERİN GÜVENİLİRLİĞİNİ SAĞLAMA

HUKUKA AYKIRI DELİL

(...) Sanığın yabancı müşterilere uyuşturucu madde sattığına ilişkin edinilen bilgi üzerine, ikametinde yapılan aramada suç konusu esrar ve kokainin ele geçirildiği; ele geçen uyuşturucu maddelerin çeşitliliği ve suça konu kokainin kişisel kullanım sınırının çok üzerinde olması hususu birlikte değerlendirdiğinde, sanığın ikametinde ele geçen uyuşturucu maddeleri ticari amaçla bulundurmak suretiyle uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu işlediği gerekçesiyle mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Sanık müdafii :

1. Suçun unsurlarının oluşmadığına,

2. Yeterli delil bulunmadığına, beraat kararı verilmesi gerektiğine,

3. Eylemin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturacağına,

4. 5271 sayılı Kanun'un 119 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı şekilde ikamet araması yapıldığı, arama işlemi esnasında sadece bir azanın hazır olarak bulunduğu bu şekilde hukuka aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını ileri sürerek kararа itiraz etmiştir.

5271 sayılı Kanun'un 119 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olarak sanığa ait evde yapılan arama sırasında sadece ihtiyar heyetinden bir azanın hazır bulundurulduğu, bunun dışında ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişinin daha aramanın başından sonuna kadar hazır bulundurulmadığı, yukarıdaki açıklamalar ışığında sanığa ait evde yapılan arama sonucu ele geçirilen uyuştu-

rucu maddelerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğinde olduğu ve mahkûmiyet hükmüne esas alınamayacağı, sanığın tüm aşamalarda hukuka aykırı arama sonucu bulunan uyuşturucu maddelerin varlığını ve zilyetliğini kabul etmesinin, delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bertaraf etmeyeceği, evde ele geçirilen uyuşturucu madde dışında uyuşturucu madde ticareti yapıldığına ilişkin başkaca da bir delil bulunmadığı gözetilmeden beraat yerine mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırı görülmüş ve…. sanık müdafiinin temyiz istemi yerinde görüldüğünden ... Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesinin, 29.12.2020 tarihli ve 2020/2199 Esas, 2020/3254 Karar sayılı kararının 5271 sayılı Kanun'un 302 nci maddesinin ikinci fıkrası gereği, Tebliğname'ye aykırı olarak, oy çokluğuyla BOZULMASINA …karar verilmiştir.

KARŞI OY

(…) 5271 sayılı Kanun'un 119 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesindeki işlem tanığı bulundurma zorunluluğu düzenlemesinin amacının bir taraftan kişilerin ev ya da işyeri gibi umuma açık olmayan mahrem alanlarında yapılacak aramanın daha sıkı şartlara tabi tutularak hukuk devletinin gereği olan bireyin hukuki güvenliğinin en üst düzeyde sağlanması diğer taraftan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06.02.2020 tarih, 2016/18-1146 Esas, 2020/68 sayılı kararında olduğu gibi " aslında oradan olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi " iddiaların önlenmesi ve delillerin güvenilirliğinin sağlanması olduğu izahtan varestedir. Görüldüğü üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararında da işlem tanığı bulundurma zorunluluğunun işlemin sıhhatine yönelik olmayıp sahtelik iddialarının önüne geçilmesi şeklinde olduğu söz konusu maddenin parlemento gerekçesinde de 118 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen; suç üstü hali ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu hususa uyma zorunluluğunun bulunmadığı açıklamalarından da bu eksikliğin mutlak hukuka aykırılık olarak görülmediği, nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 tarih ve 147-159 ve 13/03/2012 tarih 278-96 Esas ve Karar sayılı kararlarında "sırf arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanılarak yapılan arama işlemenin hukuka aykırı

sayılamayacağı gibi delillerin de hukuka aykırı biçimde ele geçirilmiş delil olarak nitelendirilemeyeceğinin belirtildiği, aynı hususta Anayasa Mahkemesinin Jakop Gabriel davasında 15.04.2015 tarih, 2013/2392 bireysel başvuru nolu kararında da "başvurucunun konutunda icra edilen arama işlemindeki kanunda belirtilen usule ilişkin eksikliğin bu işlemin sıhhatini ve bu işlem sonucunda elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheli hale getirmediği, anılan eksikliğe rağmen bu aramada ele geçen delillerin esas alınarak mahkûmiyetle sonuçlanan yargılamanın adilliğini zedelemediği" tespiti yapılarak bu şekli eksikliğini aramayı ve ele geçen delilleri şüpheli hale getirmediği dolayısı ile hukuka aykırı elde edilen delilden söz edilemeyeceği belirtilmek suretiyle; söz konusu kararlarla bir taraftan bireyin hukuk güvenliği sağlanırken diğer taraftan 5237 sayılı Kanun'un Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen orta okul önlerine kadar yaygınlaşmış olan ve her geçen gün mücadele etmenin zorlaştığı uyuşturucu madde ticaretine yönelik suçlarda yasal zeminde etkin mücadele etme yolunun sağlandığı, bu şekildeki amaçsal yorumun; yasa koyucunun yasama gerekçesine uygun olduğu gibi suç soruşturmalarında en önemli delillerden olan görevli kolluk birimlerince tutulan belgelerin aslı kanıtlanıncaya kadar geçerli resmi belge olma gerekliliği ile de uyumlu olduğu aşikardır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda somut olay incelendiğinde hakkında uyuşturucu madde sattığı şeklinde ihbar bulunan ve istihbari çalışma ile de ihbar içeriği doğrulanan sanığın evinde aynı gün 20.09.2019 tarihinde (gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında) Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararı doğrultusunda yapılan aramada kişisel kullanım sınırı üzerinde 4 parça halinde kokain ve 1 parça halinde esrar ele geçirildiği, arama tutanağının hazır bulunan aza ve yine hazır bulunan sanık tarafından itiraz edilmeksizin imzalandığı, tutanağın bu haliyle hem Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararlarında olduğu gibi delillerin oraya yerleştirildiği iddialarını önleyecek şekilde olduğu ve hükme esas alınmasının Anayasa Mahkemesinin kararı gereğince adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği gibi hem de yasama gerekçesindeki istisnai halini yani 5271 sayılı Kanun'un 118 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki halin gerçekleşmesi nedeniyle hazirun bulundurma

zorunluluğunun bulunmaması karşısında usulüne uygun olduğu, sanığın uyuşturucu madde ticareti yapmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan mahkûmiyetine dair verilen kararın bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılmamaktayız.

(Y.10 CD, 2022/15582 E., 2023/5298 K., T. 08.06.2023)[1]

1 Kararın tamamı için https://karararama.yargitay.gov.tr bknz, ET. 22.10.2023

YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ

ECZACI KALFASININ REÇETEDE YAZILI İLAÇ YERİNE MUADİL İLAÇ VERMESİ

SANIĞIN TAKSİRİNİN BULUNMAMASI

Taksirle yaralama suçundan sanığın beraatine ilişkin hüküm katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Katılanın çocuğu olan ...'ye pişik tedavisi amacı ile doktor tarafından düzenlenen reçetede bulunan ilaç ve ... temini için sanığın eczacı kalfası olarak çalıştığı eczaneye gidildiği, reçetede yazılan ilaç ve ... bulunmaması nedeniyle sanık tarafından "..." isimli ... yerine "..." isimli ..., "..." isimli ... yerine ise "..." isimli ... verildiği, katılanın verilen bu muadil ürünler nedeniyle çocuğundaki pişik tedavisinin başarısız olduğunu iddia ettiği olayda, Sağlık Bakanlığı tarafından eczanelere muadil ilaç verme yetkisi verildiği, dosya kapsamı ile uyumlu olan 24.11.2015 tarihli uzman çocuk doktoru tarafından düzenlenen bilirkişi raporu ile 07.08.2015 tarihli eczacı bilirkişi tarafından düzenlenen bilirkişi raporunun verilen muadil ürünlerin tedavi sürecinin olumsuz etkilemeyeceği yönünde görüş bildirdiği hususu da değerlendirildiğinde,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre katılan vekilinin eksik incelemeye, kusura, mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğine, bilirkişi raporlarının yetersiz olduğuna ve sair nedenlere ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Yüklenen suç açısından sanığın taksirinin bulunmaması nedeniyle sanık hakkında CMK'nın 223/2-c. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair mahkumiyetine yeter nitelikte delil elde edilemediğinden bahisle CMK'nın 223/2-e. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi suretiyle CMK'nın 232/6. maddesine aykırı hareket edilmesi;

Kanuna aykırı olup, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ……."sanığın yüklenen suç açısından kusurunun bulunmadığı anlaşıldığından CMK'nın 223/2-c. maddesi uyarınca" ibaresinin yazılması ve hükümdeki diğer hususların aynen bırakılması suretiyle, sair yönleri usul ve Kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA …karar verilmiştir.

(Y. 12. CD, 2019/10610 E., 2021/3277 K., T.06.04.2021)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET. 22.10.2023

EŞİNE AİT TELEFONA GİZLİCE CASUS PROGRAM YÜKLEME

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

HAKSIZ BİR SALDIRI ALTINDA OLMA

BAŞKA ŞEKİLDE İSPATLANMASI MÜMKÜN OLMAYAN BİR HAL İÇİNDE OLMA

EŞİNİN GÜVEN SARSICI DAVRANIŞLARINI KANITLAMA İHTİYACI

(…) Şikayet dilekçesi, sanık hakkında düzenlenen iddianame ve dosya kapsamına göre, resmi nikahlı eşi olan tanık Havagül'ün sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanık ...'ın, eşine ait cep telefonuna gizlice yüklediği casus program aracılığıyla eşi ile eşinin kardeşi olan katılan ...'ın yaptığı telefon görüşmelerini kayıt altına alması nedeniyle TCK'nın 133/1. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda;

Ses kayıtlarının çözümüne ilişkin 26.05.2014 tarihli bilirkişi raporu, dosyada mevcut diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde; katılan ... ile katılanın ablası olan tanık H.....arasındaki görüşmelerin yüz yüze değil, telefon aracılığıyla gerçekleşmesinden dolayı iddianamede kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu olarak nitelendirilen eylemin, iddianame anlatımı gözetilerek, TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebileceği; ancak, katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kaybolma olasılığı bulunan delillerin muhafazasını sağlayıp, boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın ablasının yani eşinin güven sarsıcı ve olumsuz davranışları olduğunu ispatlama

amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmaması nedeniyle sanık hakkında CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekirken, aynı Kanunun 223/2-c maddesi gereğince beraat hükmü kurulması,

Kanuna aykırı olup, katılanın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle ….BOZULMASINA; ancak, yeniden yargılama gerektirmeyen bu konuda, …hüküm fıkrasının ilk paragrafının "İddianamede TCK'nın 133. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu olarak nitelendirilen eylemin, iddianame anlatımı ve dosya kapsamı gözetilerek, TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebileceği; ancak, yapılan yargılama sonunda, sanığa yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu anlaşıldığından, sanığın, CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraatine," olarak değiştirilmesi suretiyle, sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, …karar verilmiştir.

(Y. 12. CD, 2020/974 E., 2021/3641 K., T. 14.04.2021)[1]

1 Kararın tamamı için, https://kararara ma.yargitay.gov.tr bknz, ET. 12.10.2023

DANIŞTAY KARARLARI

DANIŞTAY 3. DAİRE BAŞKANLIĞI

TRAFİK MÜŞAVİRLİĞİ
KAZANCIN KAYIT VE BEYAN DIŞI BIRAKILDIĞI İDDİASI
TAKDİR KOMİSYONU KARARI
RE'SEN SALINAN BİR KAT VERGİ ZİYAI CEZASI

Bölge İdare Mahkemesi, "2010 yılı matrah takdiri için 02/10/2015 tarihinde takdir komisyonuna sevk edilen ve 2010 yılında 23, 2011 yılında ise 9 adet binek ve ticari oto alım satımı gerçekleştirdiği tespit edilen davacının bu işlemlerinin, ticari faaliyet kapsamında olduğu açık olmakla birlikte takdir komisyonunca, söz konusu araçların alım-satım bedellerinin saptanmadığı, matrahın doğru olarak tespit ve takdirine dayanak bir belge niteliğinde olmayan kasko bedellerinin gösterildiği bir hesaplama tablosu ile EVDO kayıtlarının esas alındığı, kasko bedeliyle satıldığına ilişkin bir veri yer almadığı, gerçek satış tutarları kasko bedellerinin üstünde olabileceği gibi altında da olabileceğinden gerçek satış tutarlarının saptanmasına yönelik olarak ve taraflar arasında ispat niteliğini haiz tüm satış sözleşmeleri incelenmeksizin ve alıcıların ya da satıcı olan davacının beyanına başvurulmaksızın doğrudan kasko bedelleri esas alınıp %3 kar haddi esas alınarak hesaplanan matrah üzerinden yapılan tarhiyatın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle" istinaf başvurusunu reddetmiştir.

Danıştay kararın bozulması istemi ile yapılan başvuruda; "Davacı adına, motorlu araç alım-satımı faaliyetinden elde ettiği kazancını beyan dışı bıraktığından bahisle takdir komisyonu kararına dayanılarak dava konusu tarhiyatın yapıldığı, davacı tarafından trafik müşavirliği hizmetinde bulunulduğu, bu faaliyetin gereği olarak üzerine aldığı araçların, işlemlerinin ardından kısa sürede devredildiğinin iddia edildiği olayda, takdir komisyonunca, araç satış sözleşmelerinin temin edilmediği, davalı idare tarafından dosyaya sunulan araç bilgilerinden, davacı tarafından adına tescilin ardın-

dan kısa süre satıldığı anlaşılan araçların hangi bedelle satın alınarak kime hangi bedelle satıldığının araştırılmadığı, alıcı ifadelerine başvurulmadığı dolayısıyla uyuşmazlık konusu araç alım-satımlarının ticari kazanç elde etmek amacıyla gerçekleştirildiği ortaya konulmadan takdir edilen matrah üzerinden salınan cezalı vergilerin hukuka uygun olduğundan söz edilemeyeceğinden Vergi Mahkemesince kaldırılması yolundaki kararına yöneltilen istinaf başvurusunu yazılı gerekçeyle reddinde sonucu itibariyle hukuka aykırılık görülmemiştir."

(D 3 D, E.2022/4142, K. 2023/1712, T.04.05.2023)[1]

1 Tamamı için Danıştay Karar Arama, https://karararama.danistay.gov.tr bknz. ET.29.09.2023

DANIŞTAY 4. DAİRE BAŞKANLIĞI

VERGİ TEKNİĞİ RAPORU
İHBARNAMEYE EKLENEREK TEBLİĞ EDİLMEMESİ
SAHTE FATURA

"(….) Beyaz eşya toptan satışı konusunda herhangi bir deneyim veya birikmiş sermayesi olmayan davacının mükellefiyet tesis ettirmesinden itibaren çok kısa süre içinde beyan ettiği 16.853.660,53 TL gibi yüksek tutarlı katma değer vergisi matrahının ticari icaplara açıkça aykırı olması, iş yeri adresinde yapılan yoklamalarda davacıya ulaşılamadığı gibi, davacının yokluğunda yapılan tespitlerden de, kısa sürede bu denli büyük iş hacmine ulaşabilecek düzeyde bir ticari kapasite varlığı olmadığının anlaşılması ve vergi tekniği raporundaki diğer tespitler karşısında, davacının fiilen beyaz eşya toptan satışı ticaretiyle iştigal etmediği, münhasıran komisyon karşılığında sahte fatura ticareti işi ile iştigal etmek üzere söz konusu mükellefiyetini tesis ettirdiği ve bu işi de paravan olarak kullandığı anlaşıldığından, Danıştay içtihatları doğrultusunda, dava konusu dönemde davacı tarafından düzenlendiği tespit edilen faturaların katma değer vergisi dahil toplam tutarının % 2'sinin komisyon geliri olduğunun kabulü ile belirlenen matrah üzerinden yapılan dava konusu cezalı katma değer vergisi tarhiyatında hukuka aykırılık, aksi yöndeki Vergi Dava Dairesi kararında hukuku isabet bulunmamaktadır.

Ayrıca Mahkemece vergi tekniği raporunun ihbarnameye eklenerek davacıya tebliğ edilmediğinden davacının savunma hakkının kısıtlandığından bahisle dava konusu tarhiyatların bu nedenle de hukuka aykırı olduğu yönünde karar verilmiş ise de; davacı tarafından dava konusu cezalı vergilere ilişkin ihbarnamelerin tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde Vergi Mahkemesinde vergilendirme işlemine karşı dava açılıp uyuşmazlık yargı merciine taşınarak idarenin tüm iddia ve işlemlerine karşı itiraz etme imkanının elde

edildiği görülmekle, söz konusu gerekçede de yasal isabet bulunmamaktadır.(…)"

(D. 4 D, 2018/8461 E., 2022/4098 K., T.15.06.2022)[1]

1 Tamamı için, Danıştay Karar Arama, https://karararama.danistay.gov.tr bknz., ET. 29.09.2023

DANIŞTAY 10. DAİRE BAŞKANLIĞI

BİLGİ EDİNME HAKKI

BİLGİ EDİNME DEĞERLENDİRME KURULU KARARI

BDDK RAPORUNUN DAVACIYA İLİŞKİN KISMININ VERİLMESİ

(..) Uyuşmazlıkta davacının bir bankaya ait kredi kartının verdiği talimata rağmen banka tarafından süresinde kapatılmamasının bankacılık mevzuatına aykırı olduğu, söz konusu bankanın tutum ve uygulamasının ticaret ve bankacılık kuralları açısından değerlendirilmesi ve haksız olarak alınan kart aidatının faiz uygulanarak iade edilmesi talebiyle yaptığı 27/10/2010 tarihli başvurusuna davalı idarece 20/01/2014 tarihli işlemle "raporda yer verilen tespitler çerçevesinde, kanun uyarınca işlem tesis edilmiştir." şeklinde cevap verilmesi üzerine davacı tarafından, 29/01/2014 tarihinde yapılan, davalı idarenin 20/01/2014 tarihli işlemde adı geçen belgelerin bilgi edinme hakkı çerçevesinde verilmesi yönündeki başvurusunun davalı idarece reddedilmesi üzerine, bu işleme karşı Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz edildiği,

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun 08/05/2014 tarih ve 2014/720 sayılı kararıyla itirazın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmesi üzerine, davalı idarece itirazın kabulüne ilişkin kısmının yerine getirilmesi amacıyla, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararında bahsedildiği gibi, Bankanın Kredi Kartı Faaliyetleri ile ilgili olarak Müşteri Şikayet ve Dilekçelerinde Yer Alan Hususlar Hakkında Raporun davacıya ilişkin kısmının davacıya, dava konusu işlem ile verildiği görülmektedir.

Bu durumda, davacı tarafından başvurusunun cevabı niteliğinde olan davalı idarenin 20/01/2014 tarihli işlemine karşı dava açılmadığı; iptali istenen 04/06/2014 tarihli davalı idare işleminin de davacının bilgi edinme başvurusunun Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararına uygun şekilde cevaplandırılması amacıyla tesis

edildiği ve davalı idarece bilgi edinme başvurusunun gereğinin kurul kararına uygun şekilde yerine getirildiği görüldüğünden, dava konusu edilen ... tarih ve ... sayılı işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenle, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Dava konusu işlemin iptaline ilişkin temyize konu ... İdare Mahkemesinin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının BOZULMASINA, oy çokluğuyla karar verilmiştir.

(X)_KARŞI OY :

Usul ve hukuka uygun bulunan İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmesi gerektiği oyuyla aksi yönde oluşan Daire kararına katılmıyorum.

(D. 10. D, 2016/916 E., 2021/1605 K., T. 06.04.2021)[1]

1 Kararın tamamı için, https://karararama.danistay.gov.tr bknz, ET.22.10.2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ
GENEL KURUL KARAR

ŞERAFETTİN CAN ATALAY BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2023/53898) / Karar Tarihi: 25/10/2023

R.G. Tarih ve Sayı: 27/10/2023-32352

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	Kadir ÖZKAYA
Üyeler	Engin YILDIRIM
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Rıdvan GÜLEÇ
	Yusuf Şevki HAKYEMEZ
	Yıldız SEFERİNOĞLU
	Selahaddin MENTEŞ
	Basri BAĞCI
	İrfan FİDAN
	Kenan YAŞAR
	Muhterem İNCE
Raportörler	Yunus HEPER
	Kübra ÇİFTÇİ
Başvurucu	Şerafettin Can ATALAY
Vekilleri	1. Av. Fikret İLKİZ
	2. Av. Evren İŞLER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanan başvurucunun yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının, tahliye talebinin reddedilmesi nedeniyle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/7/2023 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

4. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

5. İkinci Bölüm, başvurunun Genel Kurul tarafından incelenmesine karar vermiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Bir avukat olan başvurucu; Taksim Yayalaştırma Projesini protesto etmek amacıyla 28 Mayıs - 30 Ağustos 2013 tarihleri arasında Gezi Parkında düzenlenen eylemlerin ülke çapında kitlesel şiddet olaylarına dönüşmesi nedeniyle yürütülen ve Gezi Parkı Davası olarak bilinen ceza davasının sekiz sanığından biridir.

8. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince görülen söz konusu davada, başvurucu hakkında *Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs*

suçundan 25/4/2022 tarihinde mahkûmiyet kararı verilmiş; başvurucunun suçu yardım etme niteliğinde görülerek 18 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükümle birlikte tutuklanmasına karar verilmiştir. Başvurucunun anılan karara yönelik istinaf başvurusu tahliye talebiyle birlikte, Bölge Adliye Mahkemesinin 28/12/2022 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

9. Anılan karar Yargıtay 3. Ceza Dairesinde temyiz incelemesindeyken başvurucu 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde Türkiye İşçi Partisi 28. Dönem Hatay milletvekili olarak seçilmiştir. Başvurucu, milletvekili seçilmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu belirterek ilgili Ceza Dairesinden Anayasa'nın 83. maddesi gereğince durma kararı verilmesini ve tahliye edilmesini talep etmiştir. Başvurucunun bu talebi, işin esası bilahare incelenmek üzere münhasıran Dairenin, 13/7/2023 tarihli kararıyla incelenmiş ve reddedilmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Yasama dokunulmazlığına getirilen ikinci istisna ise soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlardır. Anayasanın 14 üncü maddesi 03.10.2001 gün 4709 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce düşünce özgürlüğüne aykırı birçok yasak bulunmaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17 nci maddesine uyumun amaçlandığı düzenlemeyle maddenin kapsamı daraltılmış ve anlaşılır hale getirilmiştir.

Anayasanın 14 üncü maddesinde sayılan durumların yasama dokunulmazlığı kapsamının dışında olması için bulunması gereken şartlar Anayasanın 83 üncü maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre:

i) Suçun Anayasanın 14. maddesinde sayılan durumlarla ilgili olması,

ii) Suçun soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olması,

iii) Yetkili makamın, durumu hemen ve doğrudan doğruya TBMM'ye bildirmesi

gerekir.

Anayasanın 14 ‘ üncü maddesinde doğrudan doğruya bir suç tanımı yapılmış, bir suç ihdas edilmiş veya birtakım suç tipleri sayılmış değildir; ancak kavram, ilke ve faaliyetler ile genel çerçeveye yer verilmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması başlıklı 14. madde incelendiğinde kötüye kullanma olarak adlandırılan faaliyetler;

i) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak,

ii) İnsan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak,

iii) Devletin veya kişilerin, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlamak, şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa koyucu hangi suçların Anayasanın 14 üncü maddesi kapsamına gireceğine ilişkin somut bir niteleme yapmamış, bunun kapsamını belirlenmesini bilinçli olarak yargı içtihatlarına bırakmıştır. Anayasa Koyucunun iradesinin, milletvekilinin, Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığına kasteden bir faaliyette bulunduğu takdirde dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerektiği yönünde olduğu açıktır.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven kararlarında 'Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının metninin Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan 'Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar' ibaresini dolayısıyla da Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığı' ifade edilmiş ise de; Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45 vd. maddeleri gözetildiğinde asli görevi norm denetimi olan Anaya-

sa Mahkemesi'nin bir anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin şekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğu ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu ile bir anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılamayacağı veya uygulanmasının olanaksız hale getirilemeyeceği dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin meri anayasa normunu esastan iptal etme yetkisinin bulunmadığı, anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyip denetleyebildiği ve bireysel başvuru yoluyla meri anayasa normunun uygulanmasının ortadan kaldıracak veya işlevsiz hale getirecek şekilde bir karar vermesinin hukuken mümkün olmadığı cihetle, Anayasa Koyucunun 14 üncü maddede bilinçli olarak bıraktığı boşluğun maddede öngörülen faaliyetlerin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyete yönelen tehdidin ağırlığı ile orantılı olacak bir biçimde içtihatta süreklilik ve istikrar ilkeleri de gözetilerek yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi ilgili anayasa normunun yürürlüğünün ve işlevinin korunması bakımından hukuk devletinin bir gereğidir.

Belirlilik ilkesi yalnızca kanuni belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Buna göre hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlanamaz. Normlara dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir nitelikleri haiz olması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir.

O halde çözülmesi gereken hukuki mesele hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında değerlendirileceğine ilişkindir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 'Terör Tanımı' başlıklı 1 inci maddesine göre, terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu

düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir. Aynı Kanunun "Terör Suçları" başlıklı 3 üncü maddesinde ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, mutlak ve asli nitelikte terör suçu olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı Kanun'un 'Anayasayı İhlal' başlıklı 309. maddesi cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükmolunacağını bildirmektedir. Kanunun ilgili madde gerekçesinde; 'Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen 'Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı: Hiç bir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığını, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;' şeklindeki ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır. Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak islenen hukuki yarar Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir. Madde ile korunmak istenen hukuki yararın niteliği dikkate alınarak, 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen' ibaresi kullanılmış böylece korunmak istenen hukuki yarara açıklık getirilmiştir.' şeklinde ifadelere yer verilmiştir.

Keza 5237 sayılı Kanun'un 'Hükümete karşı suç'başlıklı 312. maddesi cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükumetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükmolunacağını bildirmektedir. Kanunun ilgili madde

gerekçesinde: 'Madde metninde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun oluştuğu üç güçten yönetim gücünü temsil eden Hükümetin ortadan kaldırılmasına veya böyle olmamakla birlikte görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tanımında da Anayasa düzeninin temel organlarından biri olan Hükümetin ortadan kaldırılmasına veya görevlerinin engellenmesine yönelik teşebbüse ait icra hareketlerini tam suç gibi cezalandırılmaktadır. Maddenin uygulamasına ilişkin diğer hususlar için Anayasayı ihlal ve Yasama organına karşı suça ilişkin maddelerin gerekçelerine bakılmalıdır' açıklamalarına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 14. maddesinde 'devletin ülkesi ve milleriyle bölünmez bütünlüğünü bozma' ve 'insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunma biçiminde' çerçevesi çizilen faaliyetlerin 3713 sayılı Kanunun terör ve terör suçları tanımında tam da aynı kavram ve kurumlara vurgu yapıldığı ve 5237 sayılı Kanunda düzenlenen anayasayı ihlal suçunun unsurları ve madde gerekçesinde özellikle Anayasa'nın başlangıç hükümlerine yaptığı atıf ve korunan hukuki yarar birlikte değerlendirdiğinde Anayasa'nın 14. maddesinin yargı organlarının kararlarıyla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığını değerlendirmek mümkün olmayıp, açık bir şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Aksi takdirde Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne kasteden pek çok kanlı terör eylemini gerçekleştirdikleri için haklarında yukarıda sayılan mutlak terör suçlarından soruşturma ve kovuşturma bulunup yakalanması mümkün olmayan ve kırmızı bültenle aranan şahısların milletvekili seçilmesinin ve yemin ederek göreve başlamalarının önü açılır ki bu durumun hukuken isabetli olduğunu savunmak mümkün değildir.

Muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlığı Meclis kararıyla veya 83 üncü maddenin 2. fıkrasında iki istisna olarak getirilen ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumların varlığı halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

...

Sanığın üzerine atılı cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükumetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçunun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yer alması ve soruşturmasına seçimden önce başlanmış olması dikkate alındığında Anayasa'nın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağı kanaatine varılmakla yargılamanın genel usul hükümlerine göre devam etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış ve aşağıdaki karar verilmiştir."

10. Başvurucu tarafından söz konusu karara, Yargıtay 4. Ceza Dairesi nezdinde yapılan itiraz da anılan kararda isabetsizlik, usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle ve oy çokluğuyla 17/7/2023 tarihinde kesin olarak reddedilmiştir.

11. Başvurucu nihai hükmü 18/7/2023 tarihinde öğrendikten sonra 20/7/2023 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

12. Söz konusu bireysel başvuru inceleme aşamasındayken Yargıtay 3. Ceza Dairesi 28/9/2023 tarihli kararıyla başvurucu hakkındaki mahkûmiyet hükmünü onamıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

13. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Hükûmete karşı suç*" kenar başlıklı 312. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir."

14. İlgili diğer mevzuat ve Yargıtay kararları için ayrıca bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, §§ 26-33; *Leyla Güven* [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022, §§ 43-50).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Anayasa Mahkemesinin 25/10/2023 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

16. Başvurucu, yargılama devam ederken milletvekili seçilmiş olması nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisinden (TBMM) dokunulmazlığın kaldırılmasına dair parlamento kararı alınıncaya kadar yargılamada durma kararı verilmesi gerektiği halde talebi reddedilerek yargılamaya devam edilmesinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca Anayasa Mahkemesinin *Ömer Faruk Gergerlioğlu* ve *Leyla Güven* kararlarında aynı konuyu nihai bir şekilde hükme bağladığını; ancak Yargıtayın, durma talebinin reddine dair kararda Anayasa Mahkemesi kararlarından açık bir şekilde bahsettiği halde bu kararlara bilinçli bir şekilde uymadığını belirterek adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir.

17. Bakanlık 22/8/2023 tarihli görüşünde, Anayasa Mahkemesinin *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç nedeniyle yasama dokunulmazlığının bulunmadığı yönünde karar verilirken yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacak değerlendirmenin usulünü belirlediğini, Yargıtay ilgili Dairesinin yargılamada durma kararı verilmesine yönelik talebi reddederken Anayasa Mahkemesinin *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında belirlediği usule uygun karar verdiğini belirtmiştir. Öte yandan, hangi suçların 14. madde kapsamındaki durumlara gireceğinin yargı kararlarıyla belirlenebileceğini, ayrıca mevcut başvurunun *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararına konu olaydan farklı yönlerinin bulunduğunu, anılan karara konu olayda başvurucu terör örgütü propagandası yapma

suçundan yargılanmakta iken mevcut başvuruda başvurucunun Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçundan yargılandığını, Yargıtayın mevcut başvurudaki suçun 14. madde kapsamında olduğuna dair içtihadının istikrarlı olduğunu, bu durumun başvurucu tarafından da öngörülebilir olduğunu ileri sürmüştür.

18. Başvurucu 28/8/2023 tarihinde Bakanlık görüşüne karşı beyanında; demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürdüğü Bakanlık görüşünün, hukuki değil siyasi bir görüş olduğunu belirterek başvuru formunda ileri sürdüğü ihlal iddialarını yinelemiştir.

2. Değerlendirme

19. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin "*Anayasa'nın Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması*" kenar başlıklı 14. ve "*Yasama dokunulmazlığı*" kenar başlıklı 83. maddelerinin ışığında ve bir bütün olarak Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 49).

20. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması*" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

21. Anayasa'nın "*Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları*" kenar başlıklı 67. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı ve dördüncü fıkrası şöyledir:

"Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak ... seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ... hakkına sahiptir.

Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir."

22. Anayasa'nın *"Yasama dokunulmazlığı"* kenar başlıklı 83. maddesi şöyledir:

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahaleler Anayasa Mahkemesinin konu bakımından inceleme alanına girer (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 123; *Sebahat Tuncel,* B. No: 2012/1051, 20/2/2014, §§ 56-58; *Kadri Enis Berberoğlu (2)* [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 55; *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 56-60).

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

25. Anayasa Mahkemesi, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ilgili genel ilkelere çok sayıda kararında yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi, seçilme hakkının sadece seçimlerde aday olma hakkını değil aynı zamanda ilgilinin seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini de kapsadığını kabul etmiş ve seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik sınırlamaların onların seçilme haklarına ve dolayısıyla siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik birer müdahale teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır (diğerleri arasından bkz. *Mustafa Ali Balbay*, § 132; *Mustafa Hamarat* [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 39; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 61, 62). Nitekim *Gergerlioğlu* kararında da Anayasa Mahkemesi, bir ceza mahkemesinde yargılanmakta iken milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığını kazanan başvurucunun hukuksal durumunu incelemiş ve durma kararı verilmeyerek yargılamaya devam edilmesinin başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 69).

26. Eldeki olayda başvurucu, 14/5/2023 tarihinde yapılan 28. Dönem Milletvekili Genel Seçimi'nde milletvekili seçilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun genel olarak yasama dokunulmazlığına

sahip olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte başvurucunun durumunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen istisna kapsamında olduğu gerekçesiyle yargılamaya devam edilmiş ve tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. Başvurucu, milletvekili seçildikten sonra tahliye edilmediğinden TBMM'de yemin edememiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirememiştir. Bu görevin yerine getirilmesine engel olan tutukluluk halinin milletvekili olarak siyasi faaliyet ve temsil hakkını engellemiş olması da seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına ayrıca bir müdahale teşkil etmektedir (yasama dokunulmazlığı müessesesine ve yasama dokunulmazlığı kapsamına giren yargılama işlemlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 61-68). Dolayısıyla yargılamaya ve tutukluluk halinin devamına karar verilmesiyle birlikte başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale edilmeye başlandığı kabul edilmiştir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

27. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 67. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

28. Somut başvuruya benzer nitelikte olan *Ömer Faruk Gergerlioğlu* başvurusunda Anayasa Mahkemesi dokunulmazlık müessesesinin teminat altına almaya çalıştığı güvenceleri yargı makamları eliyle sağlayacak yargısal mekanizmaların bulunmadığını, Anayasa'nın 14. maddesinin yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığını tespit etmiş; bu bağlamda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel

güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 119-134).

29. Buna karşın eldeki başvuruda Yargıtay 3. Ceza Dairesi, temyiz için önünde bulunan davanın sanığı olan başvurucunun üzerine atılı cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçunun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yer aldığı ve bu nedenle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağı kanaatine varmış, tahliye ve yargılamanın durması taleplerinin reddi ile yargılamanın devamına karar vermiştir.

30. Yargıtay 3. Ceza Dairesine göre Anayasa'nın 14. maddesinde doğrudan doğruya bir suç tanımı yapılmış, bir suç ihdas edilmiş veya birtakım suç tipleri sayılmış olmasa da kavram, ilke ve faaliyetler ile genel çerçeveye yer verilmiştir. Yine Daire, Anayasa koyucunun iradesinin, milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığına kasteden bir faaliyette bulunduğu takdirde dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerektiği yönünde olduğunu ifade etmiştir (bkz. § 9).

(1) Sınırlamanın Doğrudan Bir Anayasa Kuralına Dayanması

31. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunda kamu gücünü kullanan bir organ doğrudan doğruya bir Anayasa normuna dayanarak bir temel hak veya özgürlüğe müdahalede bulunmuş ise müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlere uygun olup olmadığını incelemektedir.

32. Söz konusu ölçütlerin başında "*kanunilik*" gelmektedir. Anayasa Mahkemesi 13. maddede yer alan *kanunilik* kavramını özerk olarak yorumlamaktadır (kanunilik ölçütüne ilişkin temel ilkelerin vurgulandığı kararlar için bkz. *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82 vd.; *Fikriye Aytin ve diğerleri*, B. No: 2013/6154, 11/12/2014,

§ 34 vd.; *Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019, §§ 35-36).

33. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "*kanunla sınırlanabilir*" lafzı açık olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi doğrudan Anayasa metnine dayanılarak gerçekleştirilen temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin *kanunilik şartını* sağlamadığının -kategorik olarak- ileri sürülemeyeceğinin altını çizmiştir. Somut olayda başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına Anayasa'nın 14. maddesi uyarınca müdahale edilmiştir. Derece mahkemeleri kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil doğrudan Anayasa hükmüne dayanarak başvurucunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağına karar vermiştir. Eldeki başvuruda olduğu gibi müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya, normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere çok daha yüksek güvence sağlayan Anayasa'nın bir kuralı olması da mümkündür. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklere müdahale belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir Anayasa normuna dayanmışsa müdahalenin kanuniliği şartı sağlanmış olacaktır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 75).

34. Bununla birlikte birçok kararda ifade edildiği üzere kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (*Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi* [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015, § 56; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 55; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 37). Tam da bu sebeple Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında, aynı şekilde sınırlama doğrudan doğruya bir Anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 76).

35. Nitekim *Gergerlioğlu* kararından önce verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasını, başvuruya konu müdahalenin koşullarında Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "*kanunla sınırlanma*" ölçütünü taşıyıp taşımadığı yönünden incelemiştir (*Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, B. No: 2016/54096, 30/6/2021). Anılan fıkrada Türkiye'de yayımlanan süreli yayınların *"Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma"* hâli söz konusu olduğunda mahkeme kararı ile geçici olarak kapatılabileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda süreli yayınların *geçici olarak* kapatılabilmesinin usulü ve şartları, 15/7/1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nun ek 2. maddesinde düzenlenmişti. 26/6/2004 tarihinde, 5680 sayılı Kanun'u tamamen yürürlükten kaldıran 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu alanda yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmasının sebebi Kanun'un genel gerekçesinde *"günümüzün düşünce ve basın özgürlüğü kavramına ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun yeni bir basın kanunu hazırlamak*" olarak belirtilmiştir. Kanun koyucu 5187 sayılı Kanun'da süreli yayınların geçici olarak kapatılabilmesi usulüne hiç yer vermemeyi daha uygun görmüştür. Dolayısıyla 5680 sayılı Kanun'un mülga olmasıyla birlikte hukuk sistemimizde süreli yayınların geçici olarak kapatılması yolunu basın özgürlüğüne getirilebilecek bir sınırlama tedbiri olarak düzenleyen yürürlükteki yegâne hüküm olarak Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrası kalmıştır. Başka bir deyişle Anayasa koyucu söz konusu fıkrada süreli yayınların kapatılabileceğini ve buna ilişkin asgari standartları belirlemiş ancak kanun koyucu süreli yayınların kapatılması usulüne ifade özgürlüğünü koruma gerekçesiyle kanunlarda yer vermemeyi tercih etmiştir (*Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri*, §§ 58-63). Bu kararda şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

"64. Anayasa'nın anılan hükmünde, süreli yayınlara ilişkin kapatma kararı verilebilmesinin şartları ve kararın geçiciliğine ilişkin koşul açıkça daraltıcı nedenler olarak sayılmıştır. Buna göre Türkiye'de yayım yapan bir süreli yayının kapatılabilmesi için ilk olarak söz konusu yayının devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyet'in temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlaka aykırılık oluşturması gerekir. İkinci olarak söz konusu yayında sorumluluğu olan kişinin yayın sebebiyle devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî güvenliğe ve genel ahlaka aykırılık kapsamında kalan bir suçtan dolayı mahkûm olması gerekir. Üçüncü olarak söz konusu ceza mahkûmiyeti nazara alınarak verilecek kapatma kararı ancak bir mahkeme tarafından verilebilir. Son olarak kapatma kararı yalnızca geçici olarak verilebilir.

65. Görüldüğü üzere 28. maddenin sekizinci fıkrası Anayasal düzlemde; sınırlandırma aracının kullanılabileceği meşru sebepleri sıralayan, bu aracı kullanabilecek merciyi ve aracın kullanılabileceği süreyi sınırlandıran bir çerçeve çizmekte ancak anılan aracın kullanılması ile ilgili usul ve şartları yeterli açıklıkta düzenlememektedir. Söz konusu hükümde süreli yayının geçici olarak kapatılabilmesinin şartı "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma" hâli olarak belirtilmiş olmakla birlikte hangi suçların bu hâl kapsamında değerlendirileceği belirli değildir. Dahası Anayasa hükmü, kapatma kararının verilebileceği azami süre, kararı vermeye yetkili mahkeme, izlenecek yargılama usulü gibi hususlara ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükümde süreli yayınların geçici olarak kapatılmasının, hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağının belirli bir kesinlik ölçüsünde düzenlendiğinden söz edilemez.

...

68. Kanun koyucu yasama sürecinde, 5680 sayılı mülga Kanun'da düzenlenen süreli yayınların geçici olarak kapatılması

usulüne 5187 sayılı Kanun'da yer vermemesinin gerekçesini açıklamamıştır. Bununla birlikte 5187 sayılı Kanun'un basın özgürlüğünün güçlendirilmesine ağırlık veren genel gerekçesi dikkate alındığında bu yola basın özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale aracı olması nedeniyle yeni kanunda yer verilmediği anlaşılmaktadır.

69. Müdahaleye dayanak olan kanunların öngörülebilirliği ve belirliliği bağlamında gereken kesinlik düzeyi, büyük ölçüde şikâyet konusu kuralın içeriğine, kapsaması öngörülen alana ve hitap ettiği kişilerin sayısına ve durumuna bağlıdır. Anayasal hükümlerin genel niteliği nedeniyle bunlardan beklenen kesinlik düzeyinin kanunlardan düşük olabileceği unutulmamalıdır (aynı yönde bkz. Rekvényi/Macaristan, B. No: 25390/94, 20/5/1999). Dolayısıyla ifade ve basın özgürlükleri yönünden oluşturduğu tehlikenin ağırlığı doğrultusunda süreli yayınların geçici olarak kapatılması, kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilebilecek muhtemel suistimalleri engelleyecek belirli ve kesin kurallar ile sıkı denetim öngören özel bir kanuni düzenleme gerektirmektedir. Bu doğrultuda eldeki başvuruda gazetenin süresiz olarak kapatılmasının süreli yayınların geçici olarak kapatılmasını düzenleyen "öngörülebilirlik ve belirlilik" ölçütlerini karşılayan kaliteli bir kanunun bulunmamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının soyut kuralına dayanarak (bkz. § 65) yapılan müdahalenin kanunilik şartını karşılamadığı sonucuna varılmıştır."

36. Görüldüğü üzere *Ersin Basın ve Yayıncılık* kararında Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının Anayasa'nın diğer maddelerine uygunluğunu incelememiş, kanun koyucuya süreli yayınların kapatılması için kanun çıkarması yönünde cevaz veren bu hükmün -bu hükme dayanarak çıkarılan kanunun ilga edilmesi nedeniyle- doğrudan doğruya uygulandığı başvuruya konu müdahalede, Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak "*öngörülebilirlik ve belirlilik*" ölçütlerini karşılayan kaliteli bir kanunun bulunmadığı ve bu nedenle Anayasa'nın 28. maddesinin se-

kizinci fıkrasının soyut kuralının yorumlanması suretiyle yapılan müdahalenin kanunilik şartını karşılamadığı sonucuna varmıştır.

37. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında da -bu hükme dayanarak çıkarılmış bir kanun bulunmaması nedeniyle- doğrudan doğruya uygulandığı müdahalede Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi yönünden Anayasa'nın 14. maddesinin belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu değerlendirmeyi yapmaya başlamadan önce dikkatli bir ayrıma gitmiştir:

"82. Belirtmek gerekir ki anayasa koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğunu açıkça belirlememiş, kanun koyucu da söz konusu suçları belirleyen bir kanuni düzenleme yapma yoluna gitmemiştir. Bu nedenle de derece mahkemeleri yargılamaya konu edilen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren bir suç olup olmadığını kanun koyucu tarafından çıkarılmış bulunan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil doğrudan Anayasa hükmünü yorumlayıp uygulayarak belirlemektedir. O hâlde derece mahkemelerinin Anayasa'nın 14. maddesine ilişkin olarak yaptığı yorumun öngörülebilirliği ve belirliliği ifade eden kanunilik ölçütüne uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (Kadri Enis Berberoğlu (2), § 71)."

38. Ayrıntılı bir değerlendirme sonucunda Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 14. maddesinin metninin Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığına karar vermiştir (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 79-134). Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında ve daha önce verdiği *Ersin Basın ve Yayıncılık* kararında herhangi bir Anayasa normunun şekil veya esas

bakımından denetimini yapmamış, Anayasa normlarının müdahalenin kanuni dayanağı olarak doğrudan doğruya uygulandığı müdahalelerde o tür müdahaleler yönünden belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlanmaya elverişli olup olmadığını incelemiş; her iki kararında da başvuruya konu ve benzer müdahaleler yönünden "*öngörülebilirlik ve belirlilik*" ölçütlerinin ancak ilgili Anayasa maddelerine dayanılarak yapılacak bir kanun ile sağlanmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Açıktır ki Anayasa koyucunun cevaz verdiği bu tür bir kanunun çıkarılması da ancak yasama organının takdirindedir.

(2) Yargı Kararları ile "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" belirlenemez

39. Anayasa koyucunun hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına gireceğine ilişkin somut bir niteleme yapmayarak bunun belirlenmesini bilinçli olarak yargı içtihatlarına bıraktığı şeklindeki başvuruya konu Yargıtay kararındaki değerlendirmelere *Gergerlioğlu* kararında ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle katılmak mümkün değildir. Başvuruya konu müdahale yönünden Anayasa'nın 14. maddesinin metninin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin kapsamına ilave olarak Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti yönteminde kötüye kullanmalara karşı usule ve esasa ilişkin yeterince güvence sağlanıp sağlanmadığını da incelemiştir.

40. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin kapsamı yönünden yaptığı değerlendirmelere Anayasa'nın 14. maddesi metnini inceleyerek başlamıştır. Anayasa Mahkemesinin değerlendirmeleri ve ulaştığı sonuçlardan eldeki başvuru için önem taşıyanları özet olarak şöyledir (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu,* §§ 85-93):

i. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde "*14 üncü maddede yer alan suçlardan birini seçimden önce işlemiş olanlar, milletvekili seçilmeden önce haklarında bu suça ilişkin olarak soruşturmaya başlanmış ise madde hükümlerine göre dokunulmazlıktan yararlanamayacaklardır.*" denilmiştir. Gerekçede "*14 üncü maddede yer alan suçlar*" ifadesine yer verilmiş ise de Anayasa'nın 14. maddesinde herhangi bir suça yer verilmemiştir.

ii. Anayasa'nın 14. maddesinin başlığı "*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması*" olarak belirlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca kötüye kullanmadan bahsedebilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Birincisi ortada her şeyden önce *Anayasa'da yer alan bir temel hak ve hürriyetin kullanımı* söz konusu olmalıdır. İkinci olarak da söz konusu temel hak ve hürriyetler "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler"* biçiminde kullanılmalıdır. Dikkat edilirse 14. maddede "*suçlar*" değil hakkın kötüye kullanılması "*durumları*" düzenlenmiştir. Bir hakkın kötüye kullanılmasının otomatik olarak suç kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun için bir kötüye kullanmanın ayrıca ve açıkça kanunla suç olarak düzenlenmesi gerekir. Nitekim kuralın üçüncü fıkrasında 14. maddedeki durumların müeyyidesinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 14. maddede ne bir suç tanımı yapılmış ne de bir suç listesi verilmiştir.

iii. Öte yandan Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının, 83. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi yönünden yorumlanması -atfın 14. maddeye bir bütün olarak yapılması nedeniyle- anlamsız sonuçlara neden olacaktır. Şöyle ki, bir milletvekilinin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerini temel bir hak veya özgürlüğü kullanma kapsamında gerçekleştirdiği iddia edildiğinde yasama dokunulmazlığından yararlanması mümkün değilken herhangi bir temel hak ve özgürlük kapsamına girmeyen ve çok daha ağır suçlara vücut veren eylemler işlediği iddia edildiğinde milletvekili yasama dokunulmazlığından yararlanabilecektir.

iv. Yukarıda sayılan nedenlerle Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının metni, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresini, dolayısıyla da Anayasa'nın 14. maddesinin *birinci fıkrası* kapsamına girmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları *salt yargı organlarının kararlarıyla* anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli değildir.

v. Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası ise hem devlete hem de kişilere hitap etmekte ve bunların Anayasa'nın hükümlerinden birini yorumlayarak temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmasını yasaklamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 17. maddesi hükmü Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası ile paralellik arz etmektedir. Nitekim eldeki başvuruya konu Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararında da kuraldaki değişikliklerin Sözleşme'nin 17. maddesine uyum amacıyla yapıldığı ifade edilmiştir. Buna karşın bugüne kadar bir suçun Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında temel hak ve özgürlüklerin kişi ve gruplarca kötüye kullanılması olarak değerlendirdiği fiiller dikkate alınmamıştır. Nitekim eldeki başvuruya konu Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararında da -atıf yapılmasına rağmen- AİHM'in Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamındaki içtihadı göz önüne alınmamıştır. Sonuç olarak bugüne kadar hangi suçların anılan fıkra kapsamına dâhil olduğunun ikinci fıkranın genel ifadelerinden hareketle tutarlı biçimde belirlendiğini söyleyebilmek zordur.

vi. Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir*." hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu ceza kanunlarında birçok suç tipini düzenlemiş olmasına karşın bu suç tiplerinden hangilerinin Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğu TBMM iradesinin ürünü olan bir kanun ile belirlenmiş değildir.

41. Yukarıdaki değerlendirmelerden çıkan sonuç ise *Gergerlioğlu* kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

"95. Görüldüğü üzere Anayasa'nın 14. maddesi bir taraftan temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla kullanılabileceğine, diğer taraftan Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri Anayasa'nın öngördüğünden daha geniş sınırlandıracak şekilde yorumlanmasını engellemeye ilişkin genel hükümler ihtiva etmektedir. Maddeyle engellenmek istenilen faaliyetlerin suç teşkil eden eylemlerle sınırlı olmadığı, maddenin suç teşkil etsin ya da etmesin belli amaçlarla yapılacak tüm faaliyetleri içeren geniş bir kapsama sahip olduğu anlaşılmaktadır. Asıl amacı yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında bırakılan suçları belirlemek olmayan Anayasa'nın 14. maddesinin genel ifadeler içeren metninden hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin yargı organlarınca belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayarak anlamlı bir şekilde yorumlanması mümkün görünmemektedir."

42. Yargıtayca değişik tarihlerde, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi yorumlanırken farklı sonuçlara ulaşılmış olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında bunun sebeplerine odaklanmıştır. Yargıtay'ın söz konusu ibarenin kapsamını kimi zaman 14. maddenin birinci, kimi zaman ikinci fıkrasına atfen belirlediği tespit edilmiştir. Nitekim *Gergerlioğlu* kararında atıf yapılan bir kararında Yargıtay, söz konusu ibarenin kapsamını sadece Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasını dikkate alarak belirlediğinden, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında olduğunda kuşku bulunmaması gereken halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçunu yasama dokunulmazlığına istisna olan suçlar arasında görmemiştir (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 27).

43. Yargıtayın *Gergerlioğlu* dosyasına sunulan kararları (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 26-33) ile başvuruya konu kararından (bkz. § 9) sadece terörle bağlantılı suçları "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi kapsamında görme eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Hâlbuki 14. maddenin kapsamı terörle bağlantılı meselelerden daha geniştir (bkz. §§ 37-40). Üstelik

Yargıtay kararlarında temel haklar kötüye kullanılmadan işlenen terörle bağlantılı suçların yasama dokunulmazlığı kapsamında kalıp kalmadığı ile kapsam dışı bırakılan suçların bir temel hak ve özgürlüğün kötüye kullanılarak işlenmesinin zorunlu olup olmadığı açıklanmamaktadır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 96).

44. Nitekim eldeki başvuruya konu Yargıtay kararında da "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi, "*Anayasa'nın 14. maddesinde 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma' ve 'insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunma biçiminde' çerçevesi çizilen faaliyetlerin 3713 sayılı Kanunun terör ve terör suçları tanımında tam da aynı kavram ve kurumlara vurgu yapıldığı"* gerekçesiyle "*5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine*" varıldığı ifade edilmiş, kapsam bir kez daha sadece terörle bağlantılı bazı suçlarla sınırlandırılmıştır. Ancak bu kez de Yargıtay, *Gergerlioğlu* kararına konu mahkûmiyet kararını onayan kararında *terör örgütünün propagandasını yapma suçunun* Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kaldığına karar vermesine karşın (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 20), Yargıtay 3. Ceza Dairesi eldeki başvuruya konu kararında "*mutlak ve asli nitelikte terör suçu*" olarak görmediği suçları ve bu kapsamda terör örgütünün propagandasını yapma suçunu Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında görmemiştir (bkz. § 9).

45. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında Anayasa'nın 83. maddesine getirilen istisnaların -Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı da dikkate alındığında- *dar ve özgürlük lehine yorumlanma*sı gerektiğini ifade etmiştir (*Mustafa Ali Balbay*, § 114; *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 99; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 91). Eldeki başvuruya konu 3. Ceza Dairesi kararında Yargıtay'ın önceki içtihatlarından farklı olarak Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kaldığı düşünülen suçlar sayma yoluyla gösterilmiş, ancak içtihadın neden değiştirildiğine, Anayasa'nın 83. maddesi-

nin ikinci fıkrasındaki "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi maddenin tümüne atıf yaptığı halde 14. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının niçin tamamen değerlendirme dışında bırakıldığına ilişkin makul bir gerekçeye yer verilmemiştir.

46. Hal böyle olunca Yargıtay 3. Ceza Dairesinin başvuruya konu kararında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresine ilişkin olarak Anayasa'nın 14. maddesi metni üzerinden yaptığı yorumların kuralda bir belirlilik ve öngörülebilirlik sağladığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki Yargıtay kararları söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmakta yetersiz kalmaya devam etmektedir.

(3) "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" İbaresindeki Belirliliği Sağlama Görevi Kanun Koyucunundur

47. Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında, Anayasa koyucunun "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresindeki belirsizliği giderme yetkisini münhasıran kanun koyucuya bıraktığının altını önemle çizmiştir. Gerçekten de Anayasa koyucu Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*" ve Anayasa'nın seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını düzenleyen 67. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir.*" hükümlerine yer vermiştir. Görüldüğü üzere Anayasa koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirliliğini sağlama görevini kanun koyucuya vermiş, yorum yoluyla 14. madde kapsamına giren suçları belirlemek için yargı organına açık bir yetki vermemiştir. Kuşkusuz ki yargı organı kural koyucu bir organ olmadığı için yorum yolu ile yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kapsamını belirleyemez (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 98; bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 89).

48. Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin iradesi olan bir kanun bulunmaksızın temel hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesi veya

diğer mahkeme içtihatları ile sınırlanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir (*Tuğba Arslan*, § 80 vd.; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 54; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 36; *Süleyman Kurtel* [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021, § 56). Esasen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin *"ancak kanunla"* sınırlanabileceği temel bir ilke olarak benimsenmiştir (kanunilik şartına başka bağlamlarda temel ilkelerin vurgulandığı kararlar için bkz. *Sevim Akat Eşki*, § 36; *Tuğba Arslan*, § 82; *Hayriye Özdemir*, §§ 56-61; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* § 35).

49. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere müdahale eden şeklî anlamda bir kanunun varlığını şart koşmasının sebebi, bunun biçimsel anlamda hukuk devletinin bir gereği olmasıdır. Kanun, TBMM'nin iradesinin ürünü ve Anayasa'da öngörülen usullere uyularak yapılan bir yasama işlemidir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence sağlar (*Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 36). Bu sayede yürütme ve yargı organlarının, yasamanın belirlediği ilke ve çizdiği sınırlara bağlı kalması ve hukuk düzeninde Anayasa'nın öngördüğü usule uygun olarak çıkarılan kanunların alt kademelerinde yer alan düzenlemelerle temel hak ve özgürlüklerin kolaylıkla sınırlandırılabilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında şeklî anlamda bir kanunun yokluğunu Anayasa'ya aykırılığın *ağır bir biçimi* olarak kabul etmektedir (*Tuğba Arslan,* § 98).

50. Anayasa Mahkemesi *Tuğba Arslan* kararında Anayasa'nın 87. maddesine göre "*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*" görev ve yetkisinin TBMM'ye ait olduğunun altını çizmiştir. Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*" kuralı, bir ayrım yapmadan, kanunun maddi ve şekli anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa'nın 7. maddesinin anlamı, kanun yapma yetkisinin başka bir mercie devredilemeyeceği ve bunun doğal sonucu olarak da Anayasa'ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır (bkz. *Tuğba Arslan* § 85).

51. Buna ilave olarak Anayasa'nın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" kenar başlıklı 138. maddesinde "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu bakımdan, Anayasa'nın 9. maddesi ile Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılan yargı yetkisinin "*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak*" kullanılması gerekir. Buna karşın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesinin amir hükmü, bir kanun hükmü olmaksızın mahkemelerin bir hak ve özgürlüğü ilk elden sınırlamasına izin vermez. Anayasa'nın açıkça yasama organına verdiği bir yetkinin mahkemelerce ilk elden kullanılması Anayasa'nın "*Egemenlik*" kenar başlıklı 6. maddesinde yer alan "*Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.*" ve "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*" hükümlerine açık aykırılık oluşturacaktır.

52. Kamu otoritelerinin kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyi kullanmalarının devlet ve toplum hayatı için ağır sonuçları olmuştur. Bunun tipik örneği yükseköğretim kurumlarında kız öğrencilerin başörtüleri ile öğrenim göremeyeceklerine dair mahkeme kararları olmuştur. Anayasal ve yasal temelleri bulunmayan ve önceleri idarenin keyfi uygulamaları ile yürütülen başörtüsü yasaklarına daha sonra Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 yıllarında verdiği iki kararla hukuksal dayanak bulunmaya çalışılmış, bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararları uzun yıllar boyunca başörtüsü bağlamında din ve inanç özgürlüğünü sınırlandırmanın hukuki dayanağı kabul edilmiştir (bahsi geçen kararlar için bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/2, K.T. 7/3/1989; AYM, E.1990/36, K.1991/8, K.T. 9/4/1991).

53. Daha sonra AİHM de başörtüsüne ilişkin *Leyla Şahin/Türkiye* kararında, hukuken öngörülmüş olma (*prescribed by law*) şartını kendi özerk yorum ilkeleri ışığında incelemiştir. Hakların biçimsel kanun hükümleri bulunmadan sınırlandırılabileceğini kabul eden AİHM, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarından uzun alıntılar yaparak bu kararların ve -kanuni ve anayasal dayanakları olmayan- yönetmeliklerin yeterli hukuki dayanak

oldukları sonucuna ulaşmıştır (bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, §§ 33-51).

54. AİHM'in Sözleşme'ye taraf ülkelerin farklı hukuk sistemlerini dikkate alarak yaptığı söz konusu değerlendirmelerine karşılık Anayasa Mahkemesi *Tuğba Arslan* kararında, hâkimin yarattığı hukukun insan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman "*kanun*" niteliğinde kural özelliği kazanamayacağına, Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararlarının, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan "*kanunilik şartı*"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir (bkz. *Tuğba Arslan* §§ 96, 98).

55. Bu kapsamda 3. Ceza Dairesinin başvuruya konu kararı yahut başka bir yargı merciinin içtihatları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükmünde yer alan "*kanunilik şartı*"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez. Anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir hususun "*boşluk*" olarak değerlendirilmesi (bkz. § 9) anayasal olarak mümkün olmadığı gibi bu yönde bir girişim Anayasa'nın açıkça parlamentoya verdiği bir yetkinin bir yargı merciince kullanılması anlamına da gelecektir. Aksine bir kabulün ne 14. maddenin lafzıyla ne de Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimiyle bağdaştırılması mümkündür. Kanun koyucuya Anayasa'yı yorumlarken belirli bir esneklik aralığı bırakan *soyut* anayasal normlar "*Anayasa Koyucunun bilinçli olarak bıraktığı boşluklar*" olarak nitelendirilemez. Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa normlarının yorumu eğer bir sınırlama niteliğinde ise yargı kararları ile değil Anayasa'nın 13. maddesinin amir hükmü gereği ancak kanun koyucu tarafından "*doldurulabilir*".

56. Anayasa Mahkemesinin 1/7/2021 tarihli *Gergerlioğlu* kararından bugüne kadar kanun koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirliliğini sağlamak için yasal bir düzen-

leme yapmamıştır. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında TBMM'nin rızası olmadıkça seçilmiş bir milletvekilinin görevi süresince hiçbir şekilde *tutulamayacağı, tutuklanamayacağı*, *sorgulanamayacağı* ve *yargılanmayacağı* belirtilmektedir. Meclis uygulaması ve geleneği gözönünde bulundurulduğunda bir milletvekili olan başvurucunun görev süresi esnasında -milletvekili seçilmeden önce soruşturmasına başlanmış olsa bile- yasama dokunulmazlığının bulunmadığının yargı makamlarınca tespit edilebileceğini makul bir şekilde öngörmesi beklenemez. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların kapsamını ortaya koyan yasama dokunulmazlığının güvencelerini sağlayacak öngörülebilirlikte anayasal veya kanuni kurallar bulunmadığının açık olduğunu bir kez daha tekrarlamaktadır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu,* § 102).

57. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın 14. maddesi ile Anayasa'nın seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını düzenleyen 67. maddesinin üçüncü fıkralarından hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği konusunda *kanun koyucunun düzenlemesi* dışında yargı organlarınca yapılan yorumlarla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu,* § 103). Bu itibarla *Gergerlioğlu* kararında varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

(4) Kötüye Kullanmalara Karşı Güvencelerin Varlığı

58. Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında kanunilik şartının sağlanabilmesi için ayrıca yasama dokunulmazlığının Anayasa'nın *14. maddesindeki durumlar* kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle bulunmadığının tespiti yönteminde usule ve esasa ilişkin güvenceler bulunup bulunmadığı yönünden de inceleme yapmıştır.

59. Temel hak ve özgürlüklere müdahaleye izin veren bir kanunun kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler de içermesi gereklidir. Zira kanunilik ölçütü, sı-

nırlamaya ilişkin kuralın öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini de garanti altına almaktadır. Belirlilik, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olmasına ilave olarak keyfîliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını da ifade eder. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlikte ortaya konmalıdır. Ancak böyle bir durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri mümkün olabilir (bkz. *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 100-178; *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 76-137; *Hayriye Özdemir*, §§ 56, 57; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri,* § 56; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 38; *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi,* § 57; norm denetimine ilişkin kararlarda belirliliğe ilişkin açıklamalar için çok sayıda karar arasından bkz. AYM, E.2009/51, K.2010/73, 20/5/2010; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012). Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (*Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, § 109; *Hayriye Özdemir*, § 58).

60. Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin hem kişiler hem de mahkemeler başta olmak üzere kamu gücünü kullanan organlar yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

61. Bir kez daha vurgulamak gerekmektedir ki yasama dokunulmazlığının Meclis kararıyla kaldırılması kuralının iki istisnasından biri olarak düzenlenmiş bulunan ve eldeki bireysel başvuruya konu olan, milletvekilinin *seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar*dan biri kapsamında işlediği suç nedeniyle yargılanmasına ilişkin olarak Anayasa'da, kanunlarda veya TBMM İçtüzüğü'nde esasa ve usule

yönelik güvenceler içeren hükümlere yer verilmemiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 114).

62. Bu çerçevede bir milletvekilinin *Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar* kapsamında görülen suçlardan dolayı yasama dokunulmazlığından yararlanamaması için tek şart olarak soruşturmanın seçimden önce başlamış olması gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi soruşturmanın seçimden önce başlatılmış olması şartının *Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar*ın belirsizliğine yönelik olarak asıl amacı milletvekillerinin demokratik işlevlerini gereği gibi yerine getirmesi olan yasama dokunulmazlığının korunması bağlamında seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik müdahaleler yönünden yeterli bir güvence oluşturmadığını ifade etmiştir. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının «*Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.*" biçimindeki son cümlesinde yer verilen zorunluluğun ise dokunulmazlığın bulunmadığının tespit edilmesinde kurucu bir etkisi bulunmadığını, dolayısıyla bu hükmün yargı makamlarınca dokunulmazlığın bulunmadığının tespiti yönteminde bir güvence olmadığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesinin yaptığı tespitlerden bir başkası ise bahsi geçen ve durumu TBMM'ye bildirmekle yükümlü olan *yetkili makam*ın kim olduğunun açıklanmamış olmasıdır (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 115-118).

63. *Gergerlioğlu* kararında, yargı mercilerinin seçilmiş bir milletvekilinin dokunulmazlığının bulunmadığına ilişkin bir kararı verebilmesi için Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarıyla ortaya koyduğu ve yapılmasını beklediği asgari değerlendirmeleri yapmadıkları, yalnızca başvurucuya isnat edilen suçun "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kalan suçlardan olup olmadığını değerlendirdikleri tespit edilmiştir (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 106-112, 119-123). Nitekim eldeki olayda da Yargıtay 3. Ceza Dairesi -kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu güvenceler içeren bir kanun bulunmadığı için- kendisinden beklenen ve *Gergerlioğlu* kararında gösterilen aşağıdaki asgari değerlendirmeleri yapmamıştır:

i. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*" ibaresinin kapsamını ortaya koyan bir kanunun bulunup bulunmadığı,

ii. Anayasa Mahkemesinin içtihadında ortaya konulduğu gibi suç isnadının milletvekilinin yasama dokunulmazlığından faydalanmasını engelleyecek derecede ciddi bulunup bulunmadığı, milletvekilinin görevini tam olarak yerine getirmesini engelleyecek gereksiz suçlamalardan olup olmadığı,

iii. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitine konu olan suçlamaların sırf siyasi amaçlarla yapılmış olup olmadığı ve özellikle suçlamanın gerçek amacının bir milletvekiline adil olmayan bir şekilde müdahale etmek ve görevini yerini getirirken özgürlük ve bağımsızlığını tehdit etmek amacı taşıyıp taşımadığı,

iv. Bu kapsamda suçlamaya temel teşkil eden gerekçelerin ciddiye alınması gerektiğini ortaya koyan ve olguları doğrulayan uygun bir soruşturma yapılıp yapılmadığı,

v. Söz konusu eylemin başta ifade özgürlüğü olmak üzere Anayasa'da koruma altında bulunan temel hak ve özgürlüklerin kapsamı içinde olup olmadığı ve hangi sebeplerle demokratik sisteme yönelik bir tehdit ve dolayısıyla bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirildiği,

vi. Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin bu hak ve özgürlükleri yıkmak "*amacıyla kullanılamayacağı*" hükmü yerine getirilen ve bu hak ve özgürlükleri yıkmayı "*amaçlayan faaliyetler*" olarak kullanılamayacağını öngören hükme göre isnat edilen suçlarda fiil, düşüncelerin açıklanması ve yayılması biçimindeyse bunların demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturup oluşturmadığı, gerçek bir zarara sebebiyet verip vermediği ve son olarak başvurucunun amacının başkalarının haklarını yok etmek olup olmadığı,

vii. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitinin milletvekilinin şeref ve haysiyetinin korunması ile parlamentonun çalışmalarını aksatmaması yönünden gerekli olup olmadığı, dokunul-

mazlık kapsamında kalan soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin -özellikle de koruma tedbirlerinin- uygulanmasının milletvekilliği süresinin sonuna kadar veya Meclisin dokunulmazlığın kaldırılması kararı vermesine kadar ertelenip ertelenemeyeceği,

viii. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti hâlinde isnat edilen suçlamaların hukuki nitelendirmelerinin sonradan değişme ihtimalinin yüksek olup olmadığı ve bu anlamda muhtemel yeni nitelendirmelerin de "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kalıp kalmayacağı,

ix. Anayasa'nın 14. maddesinin devlete verdiği yetki "*demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde*" kullanılması gerektiğinden bir milletvekilinin eylemlerinin "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kaldığı iddiasıyla yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitinin başvurulabilecek en son çare olup olmadığı.

64. Hukuk sistemimizde soruşturmaya veya kovuşturmaya devam etmeden önce bir milletvekilinin eylemi nedeniyle demokratik yaşam ve başkalarının hakları üzerinde meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığını ölçen bağımsız yargısal bir mekanizma bulunmamaktadır. Mevcut durumda ne böyle bir mekanizma ne de savcılıkların ve mahkemelerin milletvekilinin dokunulmazlığının bulunmadığını tespit yetkisini nasıl kullanacağını tarif eden, dahası değerlendirme yaparken yargı makamlarına milletvekillerinin dokunulmazlığının bulunmadığını tespit ederek seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına yaptıkları müdahalelerin Anayasa'ya uygun olup olmayacağını değerlendirmelerinde yardımcı olacak araçları sunan bir kanun bulunmaktadır. Mevcut uygulama milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarına bir ceza soruşturması veya kovuşturması ile yapılabilecek keyfî ve orantısız müdahaleleri önlemeye elverişli değildir. Milletvekillerinin gereksiz müdahale kaygı ve baskısı taşımalarına neden olacak olan bu uygulama, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına ağır bir müdahale biçimidir ve dokunulmazlığın Meclisçe kaldırılması veya yargılamanın milletvekilliği görevinin sonuna kadar bekletilmesi gibi daha güvenceli diğer başka usuller varken kanun koyucu bu alanı anayasal güvenceleri sağlayan bir kanun ile düzenlemediği müddetçe başvu-

rulmaması gereken bir yöntemdir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, §§ 124-125).

(5) Anayasa'nın 14. Maddesinin Kapsamı ve Sağladığı Koruma

65. Anayasa Mahkemesinin *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında vardığı sonuç "*meri anayasa normunun uygulanmasının ortadan kaldırılması veya işlevsiz hale getirilmesi*" (bkz. § 9) olarak nitelendirilemez. Bu kapsamda tekrar belirtilmelidir ki Anayasa'nın 14. maddesi, yasama dokunulmazlığının dışında bırakılan suçları belirleme amacı ile vazedilmemiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu,* § 84). Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bazı genel ilkeleri belirlemek üzere getirildiği anlaşılan Anayasa'nın 14. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin *Ömer Faruk Gergerlioğlu* ve *Leyla Güven* kararlarının Anayasa hükmünü ortadan kaldırmasının yahut işlevsiz hale getirmesinin söz konusu olmadığı açıktır.

66. Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasında "*Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma*" ve "*insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırma*" amaçlarıyla kullanılması temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması olarak sayılmıştır. Şüphesiz bir temel hak ve özgürlüğün kötüye kullanılmasının hukuk tarafından himaye edilmesi beklenemez. Bunun Anayasa koyucu tarafından ayrıca belirtilmesi maddede belirtilen halleri vurgulamak içindir. Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın 14. maddesinin metninin Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirliliği ve öngörülebilirliğini sağlayıp sağlamadığına ilişkin değerlendirmelerinin 14. maddenin birinci fıkrasında yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının anlam ve kapsamına ilişkin hukuk aleminde doğuracağı bir sonuç yoktur.

67. Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında ise Anayasa hükümlerinin nasıl yorumlanacağına ilişkin bir yorum kuralına yer verilmiştir. Söz konusu kural ile Anayasa koyucu Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ve Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlanmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanmasını yasaklamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, *Gergerlioğlu* kararında Anayasa'nın 83. ve 14. mad-

delerini demokrasinin korunması bağlamında sistematik ve hak eksenli bir yoruma tabi tutmuş, milletvekili olan başvurucunun Anayasa'nın 83. maddesinde koruma altına alınan yasama dokunulmazlığından faydalanamaması nedeniyle aynı zamanda Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına yapılan müdahalenin Anayasa'yı ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin *Gergerlioğlu* kararının, Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkra hükmünün "*uygulanmasının ortadan kaldırılması veya işlevsiz hale getirilmesi*" sonucunu doğurduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir.

68. Anayasa'nın 14. maddesinin son fıkrasında hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranılması halinde müeyyidelerin kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bir kere bir milletvekilinin bir faaliyeti ile temel bir hak veya özgürlüğünü kötüye kullandığı tespit edilse ve müeyyide olarak Anayasa'nın 83. maddesinde yer alan yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağı kuralı getirilebileceği kabul edilse bile *Anayasa'nın amir hükmü gereği söz konusu müeyyidenin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir*. Böyle bir kanun bulunmadığı gibi Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararlarında ceza kanunlarındaki suçlardan hangilerinin 14. madde kapsamında kötüye kullanma olarak kabul edileceği ve dolayısıyla yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında tutulacağına ilişkin bir kanun hükmünün bulunmadığı da ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi içtihadının bu yönden Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasını da "*ortadan kaldırması*" yahut "*işlevsiz bırakması*" söz konusu değildir.

69. Esasen somut olayda ve Anayasa Mahkemesinin bahsi geçen *Gergerlioğlu* kararına konu olayda bir anayasal hükmün ortadan kaldırılması veya işlevsiz bırakılması değil, Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğin ruhuyla bağdaşmayan, "*kötüye kullanma*" yasağının açıkça ihlali söz konusudur. 2001 değişikliği sonrasında Anayasa'nın 14. maddesi ile yalnızca temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanan kişilere karşı bir koruma sağlanmasının amaçlanmadığı, Anayasa ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunan

devlete ve bu bağlamda kamu gücünü kullanan organlara karşı da bir koruma sağladığı tekrar hatırlatılmalıdır. Buna göre *devletin*, temel hak ve hürriyetlerin "*Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlanmasını amaçlaması*" da artık bir kötüye kullanma biçimi sayılacaktır. Başka bir deyişle *devlet*, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ve temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da gösterilen sınırlamalardan daha geniş sınırlamalar getirmesini amaç edinen bir faaliyette bulunamayacaktır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu,* § 100).

70. *Gergerlioğlu* kararında Devlet için getirilmiş bu yeni "*kötüye kullanma*" yasağının varlığına rağmen mahkemelerin "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresine ilişkin olarak Anayasa'nın 14. maddesi metni üzerinden yapacağı her yorum denemesinin -kuralda geçen kavram ve ilkelerin ceza hukukunda hangi suçlara tekabül ettiklerinin ancak kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerektiği ve mahkemelerce objektif olarak belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle- kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerini kaçınılmaz olarak zedeleyeceği ve Anayasa koyucunun kuralda gerçekleştirdiği 2001 yılı değişiklikleri ile ortaya koyduğu *temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmaması* yönündeki iradesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir (*Ömer Faruk Gergerlioğlu,* § 101).

71. Anayasa koyucunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresindeki belirliliği sağlama görevini münhasıran kanun koyucuya verdiği, yargı içtihatlarının Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan "*kanunilik şartı*"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Buna karşın Anayasa'nın TBMM'ye verdiği bu yetki yargı organlarınca kullanılarak başvurucunun Anayasa'nın 83. maddesinde koruma altına alınan yasama dokunulmazlığından faydalanamamasına ve dolayısıyla Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını kullanamamasına yol açan bir karar verilmiştir. Somut olayda Anayasa'nın açık hükmüne ve Anayasa Mahkemesinin açık içtihadına rağmen *temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekil-*

de sınırlandıran bir yorum tercih edilerek Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*" kenar başlıklı 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yorum yasağına aykırı hareket edilmiştir.

(6) Kanunilik Kapsamında Ulaşılan Sonuçlar

72. Kanunilik başlığı altında yapılan değerlendirmeleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

i. Anayasa'nın 14. maddesinin metni, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli değildir.

ii. Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararında ve Anayasa Mahkemesine sunulan bugüne kadar aynı konuda verilmiş diğer mahkeme kararlarında ulaşılan farklı sonuçlar Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerini doğrulamış, kuralın belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde tutarlı ve sürdürülebilir bir yoruma ulaşmaya elverişli olmadığını göstermiştir.

iii. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresindeki belirliliği sağlama görevi münhasıran kanun koyucuya aittir ve kanun koyucu söz konusu ibarenin belirliliğini sağlamak için bugüne kadar yasal bir düzenleme yapmamıştır.

iv. Seçilmiş milletvekillerinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına müdahalenin dayanağı haline gelen yargı içtihatları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan "*kanunilik şartı*"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez.

v. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirliliğinin yargı kararları ile sağlanması seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına bir müdahale oluşturacağı için anayasal olarak mümkün

olmadığı gibi Anayasa'nın açıkça parlamentoya verdiği bir yetkinin de kullanılması anlamına gelecektir.

vi. Milletvekilinin *seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar*dan biri kapsamında işlediği suç nedeniyle yargılanmasına ilişkin olarak Anayasa'da, kanunlarda veya TBMM İçtüzüğü'nde esasa ve usule yönelik güvenceler içeren hükümlere yer verilmemiştir.

vii. Mevcut uygulama yargı makamlarının takdir yetkisini düzenleyen ve keyfî davranışların önüne geçebilmek için gerekli usule ilişkin bütün güvenceleri içermemekte; yargı makamlarını yasama dokunulmazlığına müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediğini ve orantılı olup olmayacağını değerlendirmeye zorlayan -dokunulmazlıkların Meclisçe kaldırılması usulünde sağlanan güvence düzeyinde- bir usul ihtiva etmemektedir.

(7) Anayasa'nın Yeknesak Yorumu ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Objektif İşlevi

73. Anayasal organların görev ve yetkileri bizzat Anayasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. Yargıtay adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak görevlendirilmişken Anayasa hükümlerinin yeknesak bir biçimde uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlama görevi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa koyucunun 148. maddenin gerekçesinde de ifade ettiği üzere Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda verdiği kararlar "*kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayıcı*" niteliktedir. Esasen 153. maddesinin son fıkrası da, Anayasa Mahkemesi kararlarının mahkemeler dahil kamu gücünü kullanan tüm organlar bakımından bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir.

74. Öte yandan Anayasa'nın nihai yorum yetkisine dayanarak Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu içtihatlara kamu gücünü kullanan organların ve bilhassa mahkemelerin aykırı davranmaları yorum karmaşasına yol açar ve anayasanın üstünlüğüne dayanan bir hukuk düzeninde kabul edilemez. Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuru yolunda verdiği karar-

larından sonra kamu gücünü kullanan organların işlem ve eylemlerini, mahkemelerin mevcut içtihatlarını Anayasa'nın 138. maddesi gereğince öncelikle Anayasa'ya uygun karar verme yükümlülüğü karşısında yeniden gözden geçirmeleri gerekir. Anayasal düzenin yeknesak bir biçimde işlemesinin başka türlü sağlanması mümkün değildir.

75. Kamu gücünü kullanan organlar, Anayasa Mahkemesince ihlalin saptandığı andan itibaren, Mahkemenin benzer davalarda ihlal tespitlerini yinelemesine gerek kalmadan, onu telafi etmek için gerekli olan tedbirleri almakla yükümlüdür. Mevcut başvuruda olduğu gibi yapısal bir sorun tespit edilmişse, Anayasa Mahkemesi kararının objektif etkisinin çok daha kuvvetli olduğu kabul edilmelidir. Farklı bir kabul halinde, hakkında Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış olan aynı hukuksal durumda bulunan kişilerden yalnızca bir kısmının hukuki korunmadan yararlanabileceği ve bunun ise anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği kabul edilmelidir. Buna ilave olarak kamu gücünü kullanan organların Anayasa Mahkemesi kararlarına uymamaları, yahut kararlarda varılan sonuçları gözardı etmeleri bu organların kararlarının anayasal meşruiyetine gölge düşüreceği gibi demokratik bir hukuk devletinde anayasa yargısının temel amacı olan ve kamu gücünü kullanan tüm aktörlerin Anayasa'da belirtilen ilke ve normlara göre hareket etmesini ifade eden *anayasanın üstünlüğü* ilkesini de işlevsiz hâle getirir (bkz. *Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK]*, B. No: 2020/32949, 21/1/2021,§§ 107-108).

76. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi Anayasa hükümlerini yorumlama konusunda *yegâne* makam değildir. Anayasa hükümlerini uygulamak, temel hak ve özgürlükleri korumak ve uyuşmazlıklarda somutlaştırmak diğer yargı organlarının ve kamu gücünü kullanan tüm organların da yükümlülüklerindendir. Bu bağlamda, bir kez daha vurgulamak gerekirse, Anayasa'da yer alan kuralların, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence ve ölçütlerin yorumlanması bakımından bütün anayasal organların yetkisi bulunmakla birlikte norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin *nihai* yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 71).

77. Nitekim, Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında, mahkemelerin Anayasa'nın 14. maddesine ilişkin olarak yaptığı yorumların öngörülebilirliği ve belirliliği ifade eden kanunilik ölçütüne uygun olmadığı sonucuna ulaşmış ve Anayasa'nın 14. maddesini *dar, özgürlükler lehine ve nihai bir şekilde* yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesinin *Gergerlioğlu* kararındaki tespitleri o başvurucuya benzer durumdaki diğer bireyler yönünden olduğu gibi eldeki başvuru için de geçerlidir. Buradaki benzerlik suç isnadındaki benzerlik değil Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında dokunulmazlığın bulunmadığı yönünde yapılan tespitte ortaya çıkan benzerliktir.

78. Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının objektif işlevi, genel olarak Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif işlevi ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmektir (bkz. *K.V.* [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, §§ 52-53; *F.N.G.,* B. No: 2014/11928, 21/6/2017, §§ 37-38).

79. Bireysel başvuru kararlarından sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin incelemelerinde, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması, temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ve insan haklarının gerekli kıldığı hâllere ilişkin olarak verdiği kararları dikkate almaları ve Anayasa hükümlerinin yorumuyla varılan sonuçları değerlendirilmeleri gerekir (*İbrahim Er ve diğerleri* [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 47). Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda belirlediği ilkeler, vardığı sonuçlar ve bir ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirlemelerine göre hareket ederek kamu gücünü kullanan organların temel hak ve özgürlüklerin mevcut ihlallerinden kaynaklanan Anayasa'ya aykırılığı kaldırması ve yeni ihlallerin önlenmesi için tedbirler alması Anayasa Mahkemesi kararının objektif işlevidir. Böylece Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlükleri yorumlarken diğer organlar ve kişilerin uygun davranmakla yükümlü oldukları bir hukuk düzeni yaratarak objektif bir işlev üstlenir.

80. Anayasa Mahkemesi kararlarının genel olarak Anayasa'yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir. Bunun sebeplerinden biri Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edildiği gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden birinin "*insan haklarına saygılı*" demokratik bir hukuk devleti olmasının ve Anayasa'nın 14. maddesinde ifade edildiği üzere devletin "*insan haklarına dayanan demokratik*" bir devlet olmasının doğal sonucu olarak Anayasa Mahkemesince tespit edilen bir ihlalin altında yatan sorunları giderme yönünde devletin bir yükümlülüğünün bulunmasıdır. İnsan haklarına *saygı gösterme* ve *dayanma* yükümlülüğü devlete, Anayasa'daki bütün hak ve özgürlükleri yetki alanı içerisindeki herkese sağlama ve hak ihlallerini önleme sorumluluğu getirir.

81. İkincillik ilkesi uyarınca Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ancak diğer yargı organlarınca ortadan kaldırılmayan ihlaller bakımından bir hak arama imkânı sunmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Bu durum da göstermektedir ki Anayasa Mahkemesi kararlarının öncelikli işlevi anayasal haklar ve özgürlüklerin yorumlanmasıdır. Böylece bireysel başvuru yolu somut bir başvuru ile başlatılmış olmasına rağmen sonuçları itibariyle objektif bir niteliğe bürünmektedir ve bu anlamda aynı zamanda objektif bir hukuk koruması aracı haline gelmektedir.

82. Öte yandan aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunun doğmaması için *objektif işlev* bireysel başvuru açısından yaşamsaldır. Anayasa Mahkemesince çözümlenmiş meselelere ilişkin tüm uyuşmazlıkların tekrar bireysel başvuruya konu edilerek Anayasa Mahkemesince karara bağlanmasının beklendiği bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi imkânsızdır. Bireysel başvuru yolunun işlerliğini devam ettirmesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı yorumlamasının kritik önemi vardır. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Anayasa Mahkemesinin daha önce Anayasa'yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *K.V.*, § 53; *F.N.G.*, § 38; *İbrahim Er ve diğerleri*, § 47).

83. Kamu gücünü kullanan organların aynı ihlallerinin devam etmesi, Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırarak bireysel başvuru yolunu etkisizleştireceği gibi kararların sonuçlarının yalnızca somut olaya uygulanması bireysel başvurunun temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini de olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle kamu gücünü kullanan organlar gerektiğinde, ihlalin tekrarlanmamasına yönelik genel tedbirler almak ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda bu ihlalin hukuk aleminde sebep olduğu sonuçları telafi etmek zorundadır.

84. Nitekim *Gergerlioğlu* kararında Anayasa Mahkemesi yasama dokunulmazlığının sağlanması için yeterli güvenceler ihtiva etmeyen mevcut sistemin yasama organına seçilmiş milletvekillerinin halkın görüşlerini serbestçe açıklamalarını ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasal hayatına katılımlarını engelleyici nitelikte olduğu, bu itibarla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının etkisini ortadan kaldırdığını (bkz. *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 130) tespit ettikten sonra seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden ihlalin giderimi için yapılması gerekenlere ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"198. Diğer taraftan mevcut başvuruda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden ulaşılan ihlal, yasama dokunulmazlığına ilişkin olarak Cumhuriyet savcılıklarının veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân verecek açıklıkta bir Anayasa veya kanun hükmünün bulunmamasından kaynaklanmıştır.

199. Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yetkili adli makamlarca yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti yönteminin hukuk aleminde etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gerek 14. maddedeki durumlar kapsamına giren suçların belirlenmesi ve gerekse de usul ve esasa ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin kurulması konusunda takdir yetkisi yasama organına aittir.

200. Bununla birlikte böyle bir kanunun çıkartılmaması anayasal bir boşluk meydana getirmeyecektir. Zira Anayasa'nın 83.

maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulmazlıkların Meclisçe kaldırılması usulünün tüm suçlar yönünden uygulanması mümkündür.

201. Bu itibarla başvurucunun yargılama sırasında milletvekili olması, başvuruya konu olayın dokunulmazlığın istisnalarından birini oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararının bu konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiği değerlendirilmiştir."

85. Belirli durumlarda Anayasa Mahkemesi, ihlale sebep olan durumları ortadan kaldırmak için devletin alabileceği veya alması gereken tedbirleri belirtmeyi faydalı veya gerekli görebilmektedir. Bununla beraber bazı durumlarda, tespit edilen ihlalin doğası gereği alınması gereken bireysel veya genel tedbirler de bulunabilmektedir.

86. *Gergerlioğlu* kararında Anayasa Mahkemesi, mahkemelerce yapılması gerekenin, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını koruyan temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, başvurucu hakkında TBMM tarafından dokunulmazlığın kaldırıldığına dair karar alınıncaya kadar yargılamada durma kararı verip başvurucunun tahliye edilmesine hükmetmekten ibaret olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında genel bir tedbir olarak "*anayasal veya yasal bir düzenleme*" gereğine dikkat çektikten sonra mevcut sistemde milletvekillerinin dokunulmazlığının ancak TBMM tarafından kaldırılmasının mümkün olduğunu belirtmiş ve özel bir tedbir olarak da böyle bir karar alınıncaya kadar başvurucunun tahliye edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

87. Anayasa Mahkemesi *Gergerlioğlu* kararında seçilmiş milletvekillerinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına müdahalenin dayanağı olan Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi kapsamında ortaya çıkan meseleyi çözümlemiş, yapısal sorunu ortaya koymuştur. Açıktır ki Anayasa Mahkemesinin *Gergerlioğlu* kararındaki yapısal sorunları ortaya koyan değerlendirmeleri baş-

vuruculara isnat edilen suçlara bağlı değildir ve bu nedenle sonuçları itibariyle objektif niteliği çok daha belirgindir.

88. Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlalin altında yatan sorunları giderme yönünde kamu gücünü kullanan makamlar genel bir yükümlülüğe sahip olmasına karşın Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi içtihadına aykırı davranmış, benzer ihlalleri önleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş; aksine başvurucunun anayasal haklarını -Anayasa'nın parlamentoya verdiği bir yetkiyi kullanarak- daraltıcı bir şekilde yorumlamak suretiyle ihlal etmiştir.

(8) Nihai Değerlendirmeler

89. İncelenen başvuruda bir ceza davasında tutuklu olarak yargılanmakta iken milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığını kazanan başvurucunun durumunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen istisna kapsamında olduğu gerekçesiyle durma kararı verilmeyerek hakkındaki yargılamanın devamına karar verilmiş, tahliye edilmemiş, TBMM'de yemin edememiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirememiştir.

90. Yasama dokunulmazlığının sağlanması için yeterli güvencelerin olmadığı bir hukuk düzeninde seçmenini temsil eden ve onların taleplerine dikkat çekerek menfaatlerini savunan halkın seçilmiş temsilcilerinin kendileri için vazgeçilmez olan -başta ifade özgürlüğü ve siyasi faaliyetlere katılma hakkı olmak üzere- çok sayıda temel hak ve özgürlükleri üzerinde ciddi ve caydırıcı bir baskı oluşacak, söz konusu hak ve özgürlüklerden serbestçe yararlanmaları mümkün olmayacaktır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 128).

91. Oysa milletvekilliği görevi demokratik bir siyasal hayatın bahşettiği üstün bir kamusal yarar ve öneme sahiptir. Tam da bu sebeple milletvekilleri anayasal bir koruma alanına sahip kılınmıştır. Seçilmiş milletvekillerinin ifade özgürlüğüne veya milletvekilliği görevini yerine getirmek için kullandıkları diğer hak ve özgürlüklerine yapılacak Anayasa'ya aykırı müdahaleler halk iradesiyle oluşan siyasal temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımasını önleyecektir (*Mustafa Ali Balbay*, § 129; *Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 129).

92. Gerek yasama dokunulmazlığını koruma altına alan Anayasa'nın 83. maddesi ve gerekse temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan Anayasa'nın 14. maddesi ancak demokrasinin korunması bağlamında ve hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir. Mahkemeler söz konusu anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamadıkları gibi onları böyle bir yorum yapmaya sevk edecek esasa ve usule ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistem de bulunmamaktadır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, § 133).

93. Netice olarak eldeki başvuruda da Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında varılan sonuçtan ayrılmayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

94. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı başvurucuya isnat edilen suçlardan tamamen bağımsız, yapısal bir sorundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle başvurucunun yargılandığı davanın esasına ilişkin bir değerlendirme içermemektedir.

B. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

95. Başvurucu, 25/4/2022 tarihinde verilen mahkûmiyet hükmüyle birlikte tutuklandığını, ancak 14/5/2023 tarihinde milletvekili seçildiğini, TBMM kararı olmadıkça tutuklanamayacağını ve yargılanamayacağını, dolayısıyla Anayasa'nın 83. maddesinin gereği olarak tutukluluk halinin derhal sonlandırılması gerektiğini belirterek Yargıtayca tahliye talebinin reddedilmesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür.

96. Bakanlık, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak, öncelikle sadece seçilme hakkından inceleme yapılması gerektiğini, eğer kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından da inceleme yapılacaksa seçilme hakkı başlığı altında yapılan açıklamaların bu hak için de dikkate alınması gerektiğini, öte yandan başvurucunun mahkûmiyet hükmüne bağlı olarak tutulması nedeniyle bu hak kapsamındaki ihlal iddialarının kabul edilemez olduğunu, ayrıca mahkemenin tutuklamanın devamına karar verirken sonuç ceza miktarını dikkate aldığını, başvurucunun kaçma şüphesinin bulunduğunu da değerlendirerek bu karara hükmettiğini belirtmiştir.

97. Başvurucu Bakanlık görüşüne karşı vermiş olduğu beyanında da başvuru formunda ileri sürdüğü ihlal iddialarını yinelemiştir.

2. Değerlendirme

98. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetleri, mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen tutuklama kararı sonrasında milletvekili seçilmesi ve dolayısıyla yasama dokunulmazlığından yararlanmasına rağmen Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından tutukluluğun devam ettirilmesine yöneliktir. Dolayısıyla bu kısımdaki iddiaların Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

99. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

100. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca suç soruşturması veya kovuşturması sırasında *"kanunlarda belirtilen koşullar dışında ... tutukluluğunun*

devamına karar verilen" kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten istemeleri mümkündür. Buna karşılık Yargıtay 3. Ceza Dairesi, başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesinin bireysel başvuruya konu dosya bakımından yasama dokunulmazlığından yararlanması sonucunu doğurmadığını kabul etmiş ve tutukluluğu devam ettirmiştir. Yargıtay tarafından yapılan bu değerlendirme sebebiyle 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi uyarınca açılacak davada derece mahkemelerinin başvurucunun milletvekili seçildikten sonra tutukluluğunun devam ettirilmesinin kanuna uygun olmadığı sonucuna varmaları mümkün görünmemektedir. Buna göre anılan başvuru yolunun somut olayın koşullarında başvurucu bakımından etkili ve sonuç almaya elverişli bir hak arama yolu olarak değerlendirilmemesi gerekir (benzer değerlendirmeler için bkz. *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 103).

101. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

102. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konulduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

103. Kişilerin fiziksel hürriyetlerini güvence altına alan Anayasa'nın 19. maddesinin kişi hürriyetinin kısıtlanmasına imkân tanıdığı durumlardan biri de maddenin ikinci fıkrasında *"mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* olarak belirlenmiştir. Bu nedenle yargı organlarınca verilecek mahkûmiyet kararları kapsamında hapis cezasının veya güvenlik tedbirlerinin infaz edilmesi kişi hürriyeti ve

güvenliği hakkını ihlal etmez (*Tahir Canan (2)*, B. No: 2013/839, 5/11/2014, § 33).

104. Buna karşılık mahkûmiyet hükmüne bağlı tutmanın hukukiliğini etkileyen bir durum söz konusu olduğunda tutulma hâli *"mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* kapsamında olsa bile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline sebebiyet verebilir. Özellikle tutmanın önünde doğrudan Anayasa'dan veya kanunlardan kaynaklanan bir engelin bulunduğu (mahkûmiyete konu olan eylemin suç olmaktan çıkarılması, bir cezasızlık hâlinin bulunduğunun anlaşılması, mahkûmiyet hükmünü geçersiz kılan bir kanun değişikliği yapılması gibi) ya da tutmayı sona erdirmeyi zorunlu kılan yargısal bir kararın mevcut olduğu durumlarda özgürlükten yoksun bırakma ile mahkûmiyet kararı arasındaki bağ ortadan kalkar. Bu hâllerde tutmaya devam edilmesi hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurur (*Kadri Enis Berberoğlu (3)*, § 127).

105. Somut olayda başvurucunun Yargıtay 3. Ceza Dairesi önünde temyiz incelemesinde bulunan mahkûmiyet hükmüne bağlı olarak hürriyetinden yoksun bırakıldığı dönemde gerçekleştirilen genel seçimler sonucunda milletvekili seçildiği görülmektedir. Başvurucunun milletvekili seçilmesi halinde Anayasa'nın 83. maddesinde güvence altına alınan yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanmayacağı meselesi, hükme bağlı tutmanın hukukiliğini doğrudan etkileyen bir durumdur (*Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, §§ 78-86).

106. Anayasa Mahkemesi, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında olduğu gibi eldeki başvuruda da başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını koruyan temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bir kimsenin milletvekili seçildikten sonra yargılanıp yargılanmayacağı meselesi ile tutuklanıp tutuklanamayacağı meselesi aynı niteliğe sahiptir. Bu sebeple seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden yapılan tüm tespit ve değerlendirmeler kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden de geçerlidir.

107. Buna göre, başvurucunun 14/5/2023 tarihinde yapılan genel seçimlerde milletvekili seçilmesi nedeniyle -seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını koruyan temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenleme yapılmadığı müddetçe- yasama dokunulmazlığından yararlanmaya başladığı açıktır. Bu durumda başvurucunun tahliye talebine rağmen tutulmaya devam ettirilmesinin Anayasa'nın 83. maddesiyle bağdaşmadığının kabulü gerekir.

108. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

C. Diğer İhlal İddiaları

109. Başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden, tutukluluk haliyle ilgili olarak Yargıtay tarafından kırkdört gün sonra karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki diğer şikâyeti hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

D. Giderim

110. Başvurucu; ihlalin tespit edilerek yargılamada durma kararı verilmesini, tahliyesine karar verilmesini ve 50.000TL manevi tazminat ödenmesini talep etmiştir.

111. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

112. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar 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 (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

113. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 57).

114. Ayrıca Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilen hâllerde derece mahkemesinin yeniden yargılamaya karar vermesi için lehine ihlal kararı verilenin ya da ilgili başka kişi veya kişilerin talepte bulunması gerekmemektedir. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararı kendisine ulaşır ulaşmaz -ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak- taraflarca başvuru yapılmasını beklemeksizin yeniden yargılama yapmak yükümlülüğündedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereği olarak yeniden yargılama ya-

pılacak hâllerde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak bir kabule değerlik incelemesi aşaması da bulunmamaktadır (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 58).

115. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı gereğince yeniden yargılamaya başladığına dair karar almaktır. Esasen derece mahkemesinin yeniden yargılama yapılması yönünde karar almasıyla birlikte bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği Anayasa Mahkemesince tespit edilen önceki kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Mahkeme sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 59).

116. İncelenen başvuruda yasama dokunulmazlığına rağmen hükümle birlikte uygulanan tutukluluğun sürdürülmesi sebebiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; tutukluluğun sürdürülmesi, yargılamaya devam olunması nedenleriyle de seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

117. Başvurucu yargılandığı dava kapsamında bireysel başvuru anında tutuklu statüsünde iken mahkûmiyet hükmünün onanmasıyla hükümlü haline gelmiştir (bkz. § 12). Bu durumda başvurucu milletvekili seçildiği halde tutuklu yargılanmaya devam edilmiş ve hakkındaki mahkûmiyet hükmü de onanmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesince başvurucu hakkında tespit edilen hak ihlallerinin sonlandırılmasına ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik olarak;

i. *Yeniden yargılama işlemlerine başlanması,*

ii. *Mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması,*

iii. *Başvurucunun hükümlü statüsünün sona erdirilmesi,*

iv. *Yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi*

işlemlerinin yerine getirilmesi zorunludur (*Kadri Enis Berberoğlu (3)*, §§ 140; ayrıca aynı kararın *Anayasa Mahkemesi İhlal Kararlarının Gereğinin Yerine Getirilmesi Usulü* başlığı altındaki

ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. §§ 93-100).

118. Bu amaçla iş bu kararın ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

119. Ayrıca eski hâle getirme kuralı çerçevesinde başvurucuya manevi zararları karşılığında taleple bağlı kalınarak net 50.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Diğer ihlal iddialarının İNCELENMESİNE GEREK BULUNMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

D. Kararın bir örneğinin hak ihlallerinin ortadan kaldırılması için başvurucunun yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi şeklindeki işlemlerin yerine getirilmesi için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2021/178) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucuya net 50.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

F. 2.220,60 TL harç ve 18.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 21.020,60 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

G. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/10/2023 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Başvurucu Şerafettin Can Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin çoğunluk görüşüne, Anayasa Mahkemesi'nin 2019/10634 Başvuru Sayılı ve 01/07/2021 tarihli Ömer Faruk Gergerlioğlu kararına eklenen "Farklı Gerekçe" ve 2018/26689 Başvuru Sayılı ve 07/04/2022 tarihli Leyla Güven kararının ekinde yer alan "Karşı Oy" muhtevasında dile getirilen görüşler çerçevesinde, iştirak edilmemiştir.

Üye	Üye
Muammer TOPAL	Yıldız SEFERİNOĞLU
Üye	Üye
Basri BAĞCI	İrfan FİDAN

KARŞIOY

Bu kararda tartışılan temel anayasal sorun ile aynı mahiyetteki sorunun tartışıldığı Leyla Güven ([GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022) kararında karşı oy kullanan üyelerin karşı oylarında belirttikleri gerekçelerle Mahkememiz çoğunluğunun tespit ettiği ihlal sonucuna katılmıyorum.

Üye

Muhterem İNCE

T. C.
YARGITAY
3. CEZA DAİRESİ

TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY KARARI

Esas No : 2023/12611
D. İş Karar **No** : 2023/

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2021/178 esas sayılı, Şerafettin Can Atalay hakkındaki 30.10.2023 tarihli yazısı ve bu yazıya ilgi tutulan Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2023 tarihli ve 2023/53898 sayılı yazısı ile ekinde gönderilen Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.2023 tarihli ve 2023/53898 sayılı kararı ve İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin heyet halinde 2021/178 esas sayılı dosyası üzerinden verdiği 01.11.2023 tarihli ek kararı **incelendi;**

Şerafettin Can Atalay'ın 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu 2023/53898 numaralı bireysel başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından 25.10.2023 tarihinde verilen hak ihlali kararı, 27.10.2023 tarihli ve 32352 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmakla, dosya içeriği incelendiğinde;

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.04.2022 tarihli ve 2021/178 esas 2022/178 sayılı kararı ile şu anda hükümlü olan Şerafettin Can Atalay hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 312. ve 39. maddeleri kapsamında Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs etmeye yardım suçundan hükmedilen 18 yıl hapis cezasına karşı istinaf kanun yoluna başvurulduğu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 28.12.2022 tarihli ve 2022/1270 esas 2022/1463 sayılı kararı ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, anılan karara yönelik **temyiz** kanun yoluna başvurulması nedeniyle dosyanın tebliğname düzenlenmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderildiği, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nda tebliğname düzenlenmesi için bulunduğu sırada Şerafettin Can Atalay'ın 14.05.2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde Hatay milletvekili olarak seçildiği, 07.07.2023 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan tebliğnamenin Dairemize gönderildiği, akabinde Şerafettin Can

Atalay'ın milletvekili seçilmesi nedeniyle hakkında yasama dokunulmazlığının bulunduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 83. maddesi gereğince durma kararı verilmesi ve buna bağlı olarak tahliye edilmesinin Dairemizden talep edildiği, Dairemizin 13.07.2023 tarihli ve 2023/12611 esas 2023/112 değişik iş sayılı kararı ile bu talebin gerekçeli şekilde reddedildiği, Şerafettin Can Atalay tarafından söz konusu karara karşı yapılan itirazın da Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından incelenerek 17.07.2023 tarihinde kesin olarak reddedildiği, akabinde Şerafettin Can Atalay'ın 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne *"milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanması nedeniyle yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi sebebiyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının, tahliye talebinin reddedilmesi nedeniyle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiaları ile"* bireysel başvuruda bulunduğu, söz konusu bireysel başvuru inceleme aşamasındayken Dairemizin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 esas 2023/6359 sayılı kararı ile Şerafettin Can Atalay hakkındaki mahkumiyet hükmünün onanmasına karar verildiği ve Şerafettin Can Atalay'ın hükümlü sıfatını kazandığı,

Anayasa Mahkemesi tarafından 25.10.2023 tarihinde 2023/53898 sayılı başvuru hakkında seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden hak ihlali kararı verilerek, hak ihlallerin ortadan kaldırılması amacıyla başvurucu Şerafettin Can Atalay'ın yeniden yargılanmasına başlanması, mahkumiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi şeklindeki işlemlerin yerine getirilmesi için bu ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildiği, bunun üzerine İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesi dayanak gösterilmek suretiyle *"Anayasa Mahkemesince verilen bireysel başvuruya konu ihlal kararı Mahkememizin kararına ilişkin olmayıp, Yargıtay ilgili Ceza Dairesince verilen* tahliye *talebinin reddi kararına ilişkin olduğu, dosyanın ilgili Daire önünde bulunduğu sırada başvurucunun milletvekili seçildiği ve bireysel başvuruya konu ihlalin bu Dairenin kararından kaynaklandığı, ayrıca bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendiği ve karara bağlandığı, bu sebeple oluşan yeni hukuki durum karşısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu"* gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın Dairemize gönderildiği, Dairemiz tarafından da bu konuda mütalaa alınması için 03.11.2023 tarihinde dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmekle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 03.11.2023 tarihli mütalaasında;

"...Çözümlenmesi gereken temel sorunun, Anayasanın 14. maddesinin Devletin Güvenliğine karşı işlenen eylemleri kapsayıp kapsamadığı, 3. fıkrasında öngörülen yasal düzenlemenin TBMM tarafından yapılmasının gerekip gerekmediği noktasmda toplandığı anlaşılmaktadır.

...

Aslında yürürlükte bir Anayasa kuralının bulunmaması nedeniyle başvurucunun seçilme ve faaliyette bulunma temel hakkının ihlal edildiği şeklinde bir belirlemeyle Adli yargı merciince yapılan TCK ve 3713 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak gerçekleştirilen yargısal faaliyetlerin yerinde olmadığı tamamıyla hükümsüz sayılarak

yerindeliği denetlenmiştir.

Halbuki, 5237 sayılı TCK'nın 302 ila 308. maddelerinde 'Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar' ile 309 ila 316. maddelerinde 'Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar'ın Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken suçlar arasında yer aldıklarında kuşku yoktur.

Şöyle ki; böylesi bir öneme haiz konuda boşluk bırakmayan Kanun Koyucu 3713 sayılı Kanunun 1. maddesinde terörü; 'cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir' şeklinde tanımladıktan sonra 3. maddesinde; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar terör suçlarıdır.' şeklinde açıklanmıştır.

Bu noktada ayrıntılı hükümler içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunundan farklı olarak anayasa, büyük ölçüde kapsamı geniş ve ucu açık hüküm niteliğinde bulunan 14. maddesinin geniş kapsamlı anayasa yargısı ile yorumlamanın önemi daha da artmaktadır. Anayasa Mahkemesi soyut anayasal kuralların muhtevasını belirleme noktasında o kadar etkin bir konuma sahiptir ki, bu normlara anayasa koyucunun gerçek iradesi ile çelişen yorumlar yapılmaması, yorum yaparken anayasanın içeriğini belirleyen kararlar vermesi gerekir. Aksi halde yorumun bağlayıcı etkisinin temeli ve meşruluğu ortadan kalkar. Tutarlı bir yorum teorisi geliştirilerek anayasal ilkeler arasındaki hiyerarşiyi nedensellik bağlarını vurgulayan 'anayasanı bütünlüğü ilkesi'ni esas alarak ilmi ve objektif kriterlere, şeffaf denetlenebilir ölçütlere göre yorumlaması gerekmektedir. Anayasa yargısının, anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu anayasal yetki *alanı 'hukukilik denetimi' yapmakla sınırlıdır. Şöyle ki,*

Anayasal demokratik bir rejimde, AYM'nin aktif olmasının meşru görülebileceği alan, sadece kişisel ve siyasi haklar alanıdır. Yasamanın üstünlüğü ilkesinin, yürütmenin eylem ve işlemleri ile yargısal uygulamalar sırasında oluşacak hak ihlallerinin önüne geçilmesi bağlamında bu alandaki görev ve yetkilerinin istisnasını teşkil edecek iptal ve ihlal kararı verme yetkisine haiz AYM'nin, anayasal demokratik meşruiyetini temin edecek en önemli husus, temel hak ve hürriyetlerin anayasallık denetimi yoluyla korunmasıdır.

AYM, soyut hukuki kurallardan somut hukuk üreterek, önüne getirilen kuralların anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Ancak bu durum kendi içinde zorluklar içermekte kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali, sonuçlarına neden olabilmektedir. Bu bağlamda; Anayasal normlara uygunluğunun denetlenmesi oldukça zorluk arz etmektedir. Bu zorluklardan ilki, anayasalarda yer alan hükümlerin bir çoğunun, genel, soyut, belirsiz, yorumlamaya ihtiyaç duymasıdır. Yorum, insanoğlunun, farklı manalara gelme ihtimali bulunan metin ya da kavramlann ne manaya geldiğini belirlemeye yönelik gerçekleştirdiği bir zihni faaliyettir. Hukuki normlann uygulanmasma ilişkin yorum vasıtasıyla, soyut hukuk kurallarının somut olaylara

uygulanarak doğru bir neticeye ulaşılabilmesi için, ilgili hukuk kuralının anlamlarının iyice ortaya konulması yönünde çaba sarf edilmelidir. Yorumlama faaliyetleri aynı zamanda hukukun şekillendirilmesidir. Kanun koyucunun çıkardığı kuralları iptal etme ya da Anayasaya aykırı bulmama şeklinde neticelenen faaliyet kapsamında, mahkemenin denetlediği konuya ilişkin yeni bir yaklaşım ortaya konulmuş olmaktadır.

Her şeyden önce AYM'nin, anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu 'hukukilik denetimi'nin sınırlarının çok iyi tayin edilmesi gerekir. AYM hakimlerinin yapmış olduklan hukukilik denetimi, 'yasama, yürütmenin yapmış oldukları işlemlerin, anayasal olarak sahip oldukları yetki sınırları içerisinde yapılıp yapılmadığını Denetleme' yargı alanında ise bireysel başvuruya konu hakkın ihlal edilip edilmediğini belirlemek ile sınırlıdır. Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, anayasallık denetimi yapan yargı merciinin, her şeyden önce diğer organlara ait bir yetkiyi kullanmaktan imtina etmesi gerekir.

Şayet bir konu, anayasal hükümler çerçevesinde yasama, yürütme, adli ve idari yargı alanına giriyorsa, AYM, bu mercilerin bu alanda anayasaya aykırı olmayan işlemlerini iptal ederek geçersizleştiremez. Çünkü kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları ve sınırları Anayasada belirtilmiştir. Anayasa yargısı mercii de dahil hiçbir merci yasama, yürütme ve yargının, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına mani olamaz.

'Hukukilik denetimi' ile sınırlı bir anayasallık denetimi icra eden AYM, AYM hakimi, bu yönü itibariyle vazifesini ifa ederken, yeni hukuk normları ihdas edemez, sadece mevcut anayasal normları yorumlayıcı yönde kararlar verir. Soyut bir anayasal norma anlam vermek durumunda olan AYM hakimi yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik manalardan istediği manayı keyfi olarak öne çıkararak karar veremez. Anayasallık denetimi yapan Mahkemeler, bir hakem gibi konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını tespit mercii olmalı, oyunun kurallarını yeniden yazan yerler olmamalıdır. Aksi yönde bir tutum, kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır; kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurala uyulup uyulmadığını da tespit eden yargıdır.

Özbudun'a göre, Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini tahkim edecek bir diğer faktör de, özellikle temel siyasi tercihleri ve değer yargılarını ilgilendiren alanlarda AYM'nin aktivist bir tutum takınmaları yerine, kendi kendini sınırlama yaklaşımı izlemesidir. Anayasa hakimleri kararlannda kendi deger yargılarının tesirinde kalırlar, değerlerinden tümüyle arındırılmış bir Anayasa yargısı ve yorum faaliyeti düşünülemez. Fakat Anayasa hakimleri, kararlarına toplumun çoğunluğu tarafından meşruluk izafe edilmesine de önem verirler ve bu anlamda stratejik düşünürler. Bu da onlan kendi kendilerini sınırlandırmaya sevk edebilir. Bu vesileyle AYM hakimlerinin kendi kendilerini sınırlamaları ve aktivist bir tutum izlememeleri Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini güçlendirir. (Bkz: Özbudun, Ergun, 'Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu', Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, 04-06 Ocak 2005 Ankara, Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005)

Yusuf Şevki Hakyemez'e göre, yargısal aktivizm, gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama

tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur. Yargı sistemi içerisinde birbirine üstünlüğü yerine, yargısal sınırlılık ilkesi ile uyumlu olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve demokratik sürece dayandırmak bir zorunluluktur. (Bkz: Hakyemez, Yusuf Şevki, 'Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması', Anayasa Yargısı D., C. 24, Yıl 2007)

Bu noktada belirtilmelidir ki; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 14. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin bağımsızlığı ve demokrasisi, yani varlığı için olmazsa olmaz unsurlan belirlemiştir. Zira, hiçbir devlet varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan bir kimsenin dokunulmazlığını kabul etmez. Aksi bir kabul, hak ve nesafet ilkeleri ile eşitlik kuralıyla bağdaşmayacağı gibi adalete olan inancı sarsarak kamu vicdanını da rahatsız eder.

Bütün bunlara rağmen hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlanamaz. Kaldi ki, İngiltere diğer ülkelerin aksine tek bir anayasal metin bulunmamaktadır. Birleşik Krallık'ın, siyasi yapısını oluşturan yasalar ve ilkeler bütünüdür. İngiliz Anayasasının büyük bir bölümü kanunlar, mahkeme kararları ve antlaşmalar gibi yazılı ve yazısız kurallar doğrultusunda şekillenmiştir. İlk Anayasa çalışmasının olduğu ülke Amerika Birleşik Devletleri ise Birleşik Krallığa bağlı koloniyken daha sonra bağımsızlığını ilan eden 250 yıllık tarihe sahiptir.

Somut olayda da, Şerafettin Can Atalay'ın, 2013 yılında işlediği suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturmaya milletvekili seçilmesinden çok önce başlandığı, mahkumiyetine esas sevk ve uygulama maddelerinin TCK'nın 312. maddesi kapsamında kalan suça ilişkin olduğu anlaşıldığından, seçimden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaktır.

Anayasanın 14. maddesinde madde kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılmaması, kanun koyucunun bilinçli tercihidir. Hükümlünün mahkumiyetine konu suç ve eylemleri Devlet güvenliğine karşı işlenen suçlardandır ve madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 28.09.2023 tarih, 2023/12611 Esas, 2023/6359 karar sayılı temyiz incelemesi sonucu Şerafettin Can Atalay hakkında verdiği onama kararı ile hüküm kesinleşmiş ve infazı kabil hale gelmiştir. Sanık onama kararı sonrasında hükümlü statüsündedir ve Yüksek Daire de kararını TBMM'ye göndermiştir. Bu aşamada, Yiiksek Daire temyiz incelemesi sırasında tahliye hususunda da bir değerlendirme yapmış olmakla; tahliye talebinin reddi veya kabulü konusunda takdir yüksek Dairenindir." şeklinde mütalaada bulunmuştur.

Dairemizce öncelikle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun kapsam ve koşulları belirlendikten sonra Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara yönelik ihlal kararlarının hüküm ve sonuçları değerlendirilecek; akabinde konuyla ilgili yasama dokunulmazlığının istisnası olarak Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlara yönelik tespitler yapılacak ve son olarak hükümlü sıfatındaki Şerafettin Can Atalay'ın yeniden yargılanma ve tahliye durumu değerlendirilecektir.

I-ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilen 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 148. ve 149. maddelerinde meydana getirdiği değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu hukuk sistemimize girmiştir *(Selin Kandemir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Olağan Kanun Yollarının Tüketilmesi Kriteri, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, s. 5).*

Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında *"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"* düzenlemesi yer almaktadır. Anılan maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında bu yeni usulün adı bireysel başvuru olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün konuyla ilgili maddelerinde bireysel başvuru terimi kullanılmıştır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, bir mahkeme kararının aynı veya bir üst ya da yüksek mahkemede tekrar gözden geçirilmesini amaçlayan temyiz yolu gibi bir kanun yolu olarak getirilmemiştir. Bireysel başvuru yolunda bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediği araştırılmakta olup, bireysel başvurunun önceki yargılamanın devamı niteliğinde olduğundan söz edilemez. Bu nedenle bireysel başvuruyu "olağanüstü kanun yolu" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bireysel başvuru sui generis bir hukuki yoldur. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin, diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve kendine özgü, ikincil nitelikte, anayasal bir hak arama yolu şeklinde tanımlanabilir *(Özcan Özbey, Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 76-78).*

1-Anayasa Mahkemesi'nin Konu Bakımından Yetkisi İçinde Kalan Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasa'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuruya konu olacağı belirtilmiş olmasına karşın ek protokollerde yer alan haklar yönünden açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anayasa'da öngörülmeyen bu konu, 6216 sayılı Kanun ile netlik kazanmıştır. Anılan Kanun'un 45. maddesinde AİHS'e ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hakların da bireysel başvuruya konu yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'e ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir *(Mustafa Seven, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 21-23).*

2-Bireysel Başvuru Sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sonucunda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaması kuralı mevcuttur. Bu kural, Anayasa Mahkemesi'ne yönelik olarak ve bireysel başvurunun kabulü ile birlikte getirilmiştir *(1982 Anayasası'nın 148. maddesinin ek 4. fıkrası).*

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bireysel başvuru incelemesinde temel hak ve hürriyetler çerçevesinde bir inceleme yapılabilecek; deliller veya maddi vakıalar hakkında derece ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelere ilişkin herhangi bir inceleme yapılamayacaktır *(Esra Bahar, Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Bağlamında Adil Yargılanma Hakkının Niteliği, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 84)*. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi yaptığı bireysel başvuru incelemesinde yalnızca başvuruya konu olan hakkın ihlal edilip edilmediğini tespit etmekle görevlidir. Söz konusu kural özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin kendini yüksek yargı makamları üzerinde bir denetim makamı, bir başka deyişle "süper temyiz mercii" haline getirmesine engel olmak amacıyla kabul edilmiştir.

Bireysel başvurunun, niteliği gereği kural olarak ihlale neden olan işlem veya eylem aleyhine öncelikle kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir *(6216 sayılı Kanun'un 45/2. maddesi)*. Bu durumda söz konusu işlem ve eylem, derece mahkemelerinin incelemesinden geçerek kesinleşmiş mahkeme kararına bağlanmış olmaktadır *(Zübeyr Bayram Sevim, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Kabul Edilebilirlik Kriteri Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 53-54)*. Dolayısıyla bireysel başvuruların büyük çoğunluğunu mahkeme kararlarına karşı yapılan başvurular oluşturmaktadır. Fakat bu başvurular, Anayasa Mahkemesi'nin kendisi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunan Yargıtay ve Danıştay üzerinde "süper temyiz mercii" sıfatıyla hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olduğu ve Anayasa'ya göre eşit olan yüksek yargı mercileri arasında altlık üstlük ilişkisi kurulduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sonucunda AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'e ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini inceleyen, Yargıtay ile Danıştay'ın yetki ve görev alanında bulunan temyiz incelemesinde gözetilmesi gereken hususlara müdahale yetkisi bulunmayan ve AİHM'e yapılan bireysel başvurular öncesinde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak yetki ve görev alanı dahilinde süzgeç görevi görmesi gereken bir yüksek mahkemedir.

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvurunun esas incelemesinde uyacağı prensipleri belirlemiştir. 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 *(6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi)*. Buna göre, yapılacak incelemenin, başvuruya konu edilen kamu işleminde bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir *(Özlem Öztürk Atalar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Olağan Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması Şartı, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 20-21)*. Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi tarafından bu sınırlamanın dışına çıkılarak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılması mümkün değildir. Bu belirlemeye uygun şekilde Anayasa'nın 148/4 maddesi: *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.";* 6216 sayılı Kanun'un 49/6 maddesi: *"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." şeklinde düzenlenmiştir.

2709 sayılı Kanun olarak 9 Kasım 1982 tarih ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa'nın Başlangıç kısmının 4. fıkrası özetle; *"Kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu",* 5. fıkrasında ise özetle; *"Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasına aykırı hiçbir faaliyetin koruma göremeyeceği"* açıkça ifade edilmiştir.

Yine, Anayasa'nın egemenlik başlığı altında düzenlenen 6. maddesi; *"...Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.";* Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrası; *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla, 1982 Anayasası'nda, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'ni bağlamayacağına yönelik hiçbir madde bulunmamaktadır.

Hukukta yorum farklılıkları söz konusu olabilir. Ancak, hukuktaki yorum farklılıkları hukuk açısından bir zenginlik olsa da Anayasa'nın hiçbir maddesi yorum farklılığı gerekçe gösterilerek uygulanamaz hale getirilemez.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolundaki görevi; diğer mahkemelerin, bireylerin Anayasal haklarına yönelik müdahalelerinin hukuka uygun olup olmadıklarını belirledikleri esnada Anayasa'da belirtilmiş olan güvenceleri gözetip gözetmediklerini tespit etmektir *(Fatih Şahbaz, Bireysel Başvurunun Türk Anayasa Yargısını Dönüştürücü Etkisi ve Hukuk Düzenine Katkısı, Doktora Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 98-99)*. Bu bakımdan bireysel başvuru, mahkemelerdeki davaların bir devamı olmadığı gibi diğer mahkemelerin kararlarını düzeltmeyi amaçlayan bir temyiz incelemesi de değildir. Bireysel başvuru, konusu ve tarafları diğer mahkemelerdeki yargılamalardan tamamen farklı olan, temel hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu ise bu ihlalin tespit edilmesine yarayan, Anayasa Mahkemesi'nin ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yaptığı suigeneris bir hukuki yoldur. Bireysel başvuru, yeni bir itiraz veya temyiz yolu olmayıp; Anayasa Mahkemesi de diğer mahkemelerin kararlarını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden inceleyebilecek olan bir süper temyiz makamı değildir. Anayasa Mahkemesi, başvurucu yönünden diğer mahkemelerde yapılan yargılamalarda somut olay bağlamında Anayasa ile AİHS ve ek protokollerinde korunan temel haklarından birinin ihlal edilip edilmediği yönünde bir denetim yapmakla yükümlüdür. İhlalin tespiti halinde ise, bunu ortadan kaldıracak gerekli tedbirlere görev ve yetkisi dahilinde hükmedecektir. Anayasa Mahkemesi bu görevini yerine getirirken diğer mahkemelerin yerine geçmek suretiyle karar veremez *(Şermin Birtane, Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 160-161)*.

Bu çerçevede, derece ve temyiz mahkemelerinin mevzuat hükümlerini maddi olaya uygularken yaptığı yorumu denetlememekte; ancak, mahkemeler tarafından verilen kararın gerekçesinin ilgili temel hak bakımından AİHS ve ek protokolleri ile

Anayasa'da öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını, temel hak ve özgürlüğün güvencelerine uyulup uyulmadığını tespit etmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sırasında, yargı kararına temel oluşturan maddi olguların veya olaya uygulanacak kuralın belirlenmesi ya da kararı veren mahkemenin takdir yetkisinin değerlendirilmesi yönünden değerlendirme yapılamaz.

Bu kabule uygun şekilde Anayasa Mahkemesi verdiği bazı kararlarında, bireysel başvurular için benimsediği temel yaklaşım doğrultusunda kural olarak, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanmasının, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasının, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece ve temyiz mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmamasının değerlendirmeye tabi tutulamayacağını ifade etmiştir *(Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12.02.2013; Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23.01.2014).*

Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece ve temyiz mahkemelerinin kararları bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece ve temyiz mahkemelerinin delilleri değerlendirmesindeki ve hukuk kurallarını yorumlamasındaki takdirine Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesi söz konusu olamaz. Mevzuat ve kendisini bağlayıcı şekilde verdiği kararlar doğrultusunda Anayasa Mahkemesi,

a) Davadaki olayların, maddi vakıaların kanıtlanması,

b) Hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması,

c) Yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi,

d) Medeni hak ve yükümlülüklere dair bir uyuşmazlığa derece ve temyiz mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması hallerinde, kural olarak derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine müdahale edemeyecektir *(Sencer Başat ve diğerleri[GK], B. No: 2013/7800, 18.06.2014, § 89-90).*

Anayasa Mahkemesi'nin diğer yargı kolları ile olan ilişkilerinde fonksiyon gaspına neden olmayacak biçimde kendi kendini sınırlama eğilimi içinde olması beklenirken, bazı kararlarında hukuka uygun düşmeyecek şekilde yetkisini açıkça aştığı görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi Erdem Gül ve Can Dündar kararında ortaya koyduğu gerekçeyle ağır ve haklı eleştiriler almış ve bu kararda inceleme yetkisini açık şekilde aşmıştır (*Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25.02.2016).* Söz konusu kararda başvurucu sıfatındaki gazeteciler, MİT tırlarının aranması konusunda farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme, Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve Devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama suçları kapsamında tutuklanmışlardır. Gazeteciler bireysel başvuruda, tutuklanmalarının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında öncelikle tutuklulukla ilgili kanun hükümlerinin yorumunun ve somut olaylara uygulanmasının derece ve temyiz mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirlese de tutuklamaya yönelik bireysel başvuru yapıldığında, Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan koşulların tutuklama kararlarının gerekçelerinde gösterilmiş olup olmadığını ve somut olayın

koşulları altında tutuklama tedbirine başvurulurken Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemenin kendisinin görevi olduğunu belirtmiştir. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının temel gerekçesi, başvuruculara tutuklanması kararına esas alınan asıl olgunun, durdurulan ve aranan tırları konu alan iki haberin Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlanması ve söz konusu haberler dışında somut herhangi bir delilden bahsedilmemiş olmasıdır. Ancak, Devletin gizli kalması gereken mahiyetteki bilgilerinin gazete haberleriyle kamuoyuna duyurulması hususunun, atılı suçlar açısından tutuklama tedbirine başvurulmasındaki yorumu ve uygulaması derece ve temyiz mahkemelerine ait bir yetki olup; ölçülülük ilkesini keyfi şekilde yorumlamak suretiyle genişleterek diğer mahkemelerin bu konudaki takdir ve belirleme yetkisine müdahale etmesi, Anayasa Mahkemesi'nin bu bireysel başvuru yönünden inceleme yetkisini açık şekilde aştığını göstermektedir. Nitekim, verildiği tarihler itibariyle karar, hukuk çevrelerinde bu yönlerden haklı olarak ağır şekilde eleştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin görev sınırlarını aştığı belirtilmiştir. İhlal kararına konu olan tutuklama kararını veren İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, ihlal kararının gereğini yerine getirse de bu kararında, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu belirtmek suretiyle mezkur kararı hukuken desteklemediği halde, sanıkların tahliyesine karar vermiştir. Örneği verilen karardan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi bu şekilde belirleme yaparken yasal dayanağı bulunmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisine sığınmaktadır.

3-Bireysel Başvuruya Yönelik Yapılan İnceleme Sonucunda Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İhlal Kararının Kapsamı ve Sonuçları

Anayasa'nın 154. maddesine göre; *"Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir"*. Anayasa'nın 155. maddesine göre; *"Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir".*

Bireysel başvuru üzerine yapılacak inceleme sonucunda ise, Anayasa Mahkemesi tarafından başvuruya konu olan işlem, eylem veya ihmalin, başvurucunun Anayasa'da güvence altına alınan ve AİHS ile ek protokolleri kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi halinde, ihlal kararı verilecektir. Bir temel hakkın ihlalinin tespiti kararı yeni bir hukuki durum ortaya çıkarır ve Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere yetkisi dahilinde karar verir *(Murat Güven, Bireysel Başvuru Hakkı Kapsamında Tutuklama Tedbiri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 100-101).* 6216 sayılı Kanun'un kararlar başlıklı 50. maddesi:

"(1) 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.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan 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.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.

(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.

(5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir." şeklinde düzenlenmiştir. Bireysel başvuruların büyük çoğunluğunu da mahkeme kararlarına yönelik yapılan başvurular oluşturmaktadır.

İhlalin mahkeme kararlarından kaynaklanması durumunda 50. maddesinin 2. fıkrasına göre, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Ancak, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. Bu maddeye göre, Anayasa Mahkemesi tarafından bir hakkın ihlalinin mahkeme kararından kaynaklandığının tespit edilmesi halinde, ihlalin niteliğine göre üç türlü karar verebilir:

a) Yeniden yargılamaya hükmedilmesi,

b) Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa tazminata hükmedilmesi,

c) Tazminat miktarının tespitinin daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi halinde, genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesi *(Muhammed Tikici, Ceza Hukuku Bağlamında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 25-28)*.

Bu kapsamda verilen kararlar, temel hak ve özgürlükler yönünden tespit edilen ihlal kararları ile uyumlu olmalı ve neticeye tesiri olmayacak hallerde, hukuki değerden yoksunluk durumu da gözetilerek yeniden yargılamaya hükmedilmesi yoluna gidilmemelidir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi kendisini yüksek mahkemeler üzerinde süper bir temyiz mercii olarak görmemeli, temyiz mahkemeleri olan ve kendisi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunan Yargıtay ile Danıştay kararlarını, yeniden yargılama görüntüsü altında dosyanın esasına da girip, bozmak suretiyle kendi görev ve yetkilerine yasal dayanaktan yoksun olarak gereğinden fazla ve yetkisini aşacak şekilde anlam yüklememelidir.

II-YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ İSTİSNASI OLARAK ANAYASA'NIN 14. MADDESİNDE SAYILAN DURUMLAR

Hükümlü Şerafettin Can Atalay'ın durumu ile ilgili olması nedeniyle bu başlık altında yasama dokunulmazlığının istisnası olarak Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlar ve milletvekilliğinin düşmesi kurumu incelenecektir.

Anayasa'ya göre ağır cezayı gerektiren suçüstü hali haricinde Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlar yasama dokunulmazlığının istisnasını oluşturmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması başlığı altında düzenlenen Anayasa'nın 14. maddesinde; *"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir." hükmünü taşımaktadır. Hangi suç tiplerinin Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlardan olduğu açıkça belirtilmemiş; bu konu, soruşturma ve kovuşturma makamlarının takdir yetkisine bırakılmıştır *(Enes Öner, 1982 Anayasası ve Mahkeme Kararlarında Yasama Dokunulmazlığı Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 65)*. Anayasa'nın 14. maddesinde bir suç ihdas edilmemiş olması ve soyut bir tanımlama yapılmış olması, Anayasa koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olup; bu madde, her somut olayda ilgili milletvekiline atılı suçun ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığının, soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından değerlendirilmesine imkan tanımaktadır. Yapılan bu hukuki değerlendirme sonucunda, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında kabul edilen bir fiilin bulunduğu kanaatine varılması halinde, yasama dokunulmazlığı ortadan kalkacak ve bu durum, TBMM'ye bildirilecektir. Bir Anayasa ya da kanun hükmünün kazuistik şekilde düzenlenmemiş olması, soyut şekilde o normun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve öngörülebilir olmadığı anlamına gelmez. Hakeza ilgili Anayasa hükmünün düzenlenme şeklinden dahi somut bir suç listesi sayılma yolunun tercih edilmediği, ortalama bir hukuk bilgisi ile anlaşılmaktadır.

14. maddedeki durumların yasama dokunulmazlığı kapsamından çıkarılabilmesi için "seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olması" gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasına göre; yasama dokunulmazlığının istisnası olan durumlarda "yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır". Anayasa'da ve gerekçesinde belirtilmese de bu şekilde derhal bildirim yükümlülüğünün amacının, TBMM'nin kovuşturma erteleme hakkındaki yetkisini kullanabilmesini sağlamak olduğu da ifade edilmektedir *(Murat Sevinç, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, Kırlangıç Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 151)*. Ayrıca, bu konuda TBMM'ye bilgi verilmesi halinde, dokunulmazlık kendiliğinden kalkmış olduğundan; buradaki bilgi verme işlemi, TBMM tarafından yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik bir istem değildir *(Nurhan Atalay, Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2008)*.

Tekraren vurgulamak gerekir ki Anayasa'nın 14. maddesinde bir suç tanımı yapılmamıştır ve yapılması da beklenmemektedir. Bu maddenin içeriği, soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından bu hususta içtihatlar değerlendirilmek suretiyle doldurulacak olup; asli nitelikteki terör suçlarını düzenleyen TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın Başlangıç kısmı da

nazara alındığında 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu madde kapsamında kaldığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Milli güvenliğe aykırı yaptırımların, bu şekilde Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nda yukarıda sayılan suçlar açısından kanun koyucu tarafından belirlenmiş olduğu konusu da tartışmadan varestedir. Bunun aksinin savunulmasına hukuki bir değer izafi edilemez.

Nitekim, seçimden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Anayasa'nın 83/2. maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaktır. Bu itibarla, esasında Anayasa koyucu, hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğunu tahdidi olarak belirlememişse de yukarıda sayılan ve bu kapsamda kaldığı kabul edilen mutlak terör suçları dışında suç olarak düzenlenen fiiller arasından da kapsamı belirleme görevini, özellikle soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmıştır.

Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bu kapsamda kaldığında kuşku bulunmasa da bu suçları işlemek amacı ile oluşturulan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu tartışmaya muhtaçtır. Bu şekilde bazı suç tipleri açısından tartışma bulunması, Anayasa'nın 14. maddesinin hiçbir şekilde uygulanamayacağına yönelik bir sonuç doğurmaz. Bu maddede 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak *"amacı ile kullanılamayacağı"* hükmü yerine, bu hak ve özgürlükleri yıkmayı *"amaçlayan faaliyetler" o*larak kullanılamayacağı hükmü getirilmiştir. Yapılan değişiklik ile madde metninde yer verilen *"faaliyet"* deyiminin sadece eylemi mi yoksa düşünce açıklamasını da içerip içermediği sorunun özünü teşkil etmektedir. Bu gibi hallerde, her somut olayda gerçekleştirilen fiilin ağırlığı ve niteliği gözetilmek suretiyle Anayasa md. 14 hükmünde sayılan durumların mevcut olup olmadığı gerekçeli şekilde değerlendirilecektir. Nitekim, 27. Dönem milletvekili olan Ömer Faruk Gergerlioğlu hakkında, kendisinin seçilmesinden önce sarf ettiği sözler nedeniyle Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21 Şubat 2018 tarihinde verdiği ve silahlı terör örgütü propagandası yapma suçunu işlediğine dair karar, Yargıtay (Kapatılan) 16. Ceza Dairesi tarafından faaliyetin, düşünce açıklamasını da kapsadığı kabul edilmek ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığı gözetilmek suretiyle 28 Ocak 2021 tarihinde onanmıştır. Bu süreçte ilk derece mahkemesinin kararından sonra milletvekili seçilmesine ve mazbatasını almasına rağmen kovuşturma süreci, yapılan değerlendirme sonucunda ilgili suç tipinin Anayasa'nın 14. maddesinde düzenlenen durumlar kapsamında olduğu gerekçesiyle gerçekleştirilen fiilin ağırlığı da dikkate alınarak devam ettirilmiştir. Bu itibarla, derece mahkemeleri, yasama dokunulmazlığı sebebiyle sağlanan hak ve yetkilerin kötüye kullanıldığı ve ilgili suç tipinin Anayasa'nın 83/2 maddesindeki istisnalardan biri kapsamına girdiği gerekçesiyle yargılamaya devam etmiş; Yargıtay incelemesi sonucunda da ilk derece mahkemesince verilen hapis cezası onanmıştır. Bundan sonraki süreçte Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun milletvekilliği düşürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'ne milletvekilliğinin düşürülmesinin iptali istemiyle yapılan başvuru ise, Anayasa'nın 84/2 maddesi yönünden Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkanı tanınmadığı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir

(Anayasa Mahkemesi E. 2021/33, K. 2021/23, T. 31.03.2021). Bu gibi yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında kaldığı belirlenen hallerde, ilgili milletvekilinin yasama dokunulmazlığı yoktur. Dolayısıyla hakkındaki yargılama devam edecek ve üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti gözetilerek tutukluluk tedbirine dahi başvurulabilecektir.

Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması ile Milletvekilliğinin Düşmesi Arasındaki İlişki;

Milletvekilliğinin düşmesi, bazı yönlerden yasama dokunulmazlığının kaldırılması prosedürünü akla getirse de, başka bir Anayasal müessesedir. Yasama dokunulmazlığında olduğu gibi milletvekilliğinin düşmesi bakımından da farklı kurallar ile karşılaşılmaktadır. Türk hukukunda milletvekilliğinin düşmesi kurumuna, 1982 Anayasası'nda 1995 yılında yapılan değişiklik ile son hali verilmiştir. Anayasa'nın 84/2 maddesine göre milletvekilliğinin düşmesi sebepleri; istifa, hüküm alma ve kısıtlanma, milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görevi sürdürme, devamsızlık halleridir. Bunlardan, Anayasa'nın 84/2. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden biri olarak "kesin hüküm giyme veya kısıtlanma hali" düzenlenmiş olup; Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilliği ile bağdaşmayan suçlardan alınan mahkumiyet hükmü milletvekilliğini düşürecektir (*Erdal Onar, 1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 14, 1997, s. 437-438; Hamit Eşen, Parlamento Hukukunda Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Yasama Dergisi, Sayı 19, 2011, s. 50).* Anayasa'nın 84/2 maddesine koşut şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 136. maddesinin 2. fıkrasında; Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurul'un bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatının sona ereceği düzenlenmiştir *(Aydın Meydan, 1982 Anayasası'nda Yasama Dokunulmazlığı ve Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 21).*

Milletvekili hakkındaki mahkumiyet hükmü TBMM'ye bildirildiğinde milletvekilliği düşmekte, buna bağlı olarak yasama dokunulmazlığı koruması da ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 83/3 maddesi bağlamında infaza engel olan/erteleyen yasama dokunulmazlığından faydalanılabilmesi için milletvekili seçilmeye engel suçlar dışındaki suçlardan mahkumiyet hükmü alınması gerekmektedir *(Mehmet Tunç, Yasama Dokunulmazlığının Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 32).* Milletvekili seçilmeye engel suçlar ise, Anayasa'nın 76. maddesinde ele alınmıştır. Bu hükme göre söz konusu suçlar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarıdır. Yani burada sayılan suçların birinden kesin hüküm ile sonuçlanmış olan mahkumiyetler, af ile infaz gerçekleşmemiş olsa dahi bir kişinin milletvekili olarak seçilmesine engel olmakla birlikte Anayasa md. 84/2 gereği mevcut milletvekilliğini de düşürmektedir *(Murat Saltuk Bilgili, 1982 Anayasası'na Göre Yasama Dokunulmazlığı, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018, s. 106-107).*

III-HAKKINDA KURULAN MAHKUMİYET HÜKMÜ KESİNLEŞMEDEN MİLLETVEKİLİ SEÇİLEN VE DAİREMİZİN VERDİĞİ ONAMA KARARI İLE HÜKÜMLÜ SIFATINI KAZANAN ŞERAFETTİN CAN ATALAY'IN YENİDEN YARGILANMA VE TAHLİYE DURUMU

Soruşturmasına seçimden önce başlandığı tespit olunan Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmeye yardım suçundan yargılanarak hakkında TCK'nın 312. maddesinin birinci fıkrası ve 39. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurularak tutuklanmasına karar verilen ve Dairemizin hakkında kurulan mahkumiyet hükmünü onaması ile hükümlü sıfatını kazanan Şerafettin Can Atalay'ın, Dairemizin kesin hükmünden önce 14.05.2023 tarihinde milletvekili genel seçimlerinde milletvekili seçildiği anlaşılmakla, atılı suçun mahiyeti itibariyle Anayasa'nın 83. ve 14. maddeleri kapsamında yasama dokunulmazlığına ilişkin hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın "Yasama dokunulmazlığı" başlıklı 83. maddesi;

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Yine, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması" başlıklı 14. maddesindeki düzenlemeye ise, kararımızın yukarıdaki II. bölümünde yer verilmiştir.

Yasama dokunulmazlığı, yasama organı üyelerinin korkusuzca görev yapabilmelerini sağlayan; niteliği yönünden ise, milletvekilinin fikir ve söz hürriyetini eksiksiz ve serbestçe kullanması amacını güden bir anayasal hukuk kuralıdır. Milletvekilleri aleyhinde yasama sorumsuzluğuna girmeyen ve suç olan fiiller dolayısıyla meclisin kararı olmadıkça kovuşturmaya girişilememesini ifade eder.

Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrası yasama sorumsuzluğunu ifade etmekte iken, aynı maddenin ikinci fıkrası milletvekillerine nispi ve geçici bir koruma sağlayan yasama dokunulmazlığını düzenler. Dokunulmazlık kapsamında kalan eylemleri nedeniyle milletvekilleri, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden

önce soruşturmasına başlanılmış olması kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar saklı kalmak üzere, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddiasıyla TBMM kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Görüldüğü üzere, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası yasama dokunulmazlığına iki istisna getirmektedir:

Bunlardan ilki, ağır cezayı gerektiren suçüstü halidir. Milletvekilleri yasama dokunulmazlığından, ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı suçüstü yakalanmaları halinde yararlanamayacaktır. CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının j bendinde suçüstü hali; işlenmekte olan suçu; henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu; fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu ifade eder. Ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar ise, 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmektedir.

Yasama dokunulmazlığına getirilen ikinci istisna ise, şu anda hükümlü olan Şerafettin Can Atalay yönünden uygulanan seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olması kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlardır. Anayasa'nın 14. maddesinde 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine uyumun amaçlandığı bir düzenleme yapılmış, maddenin kapsamı daraltılmış ve madde anlaşılır hale getirilmiştir. Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumların yasama dokunulmazlığı kapsamının dışında olması için bulunması gereken şartlar, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre atılı suç; Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlarla ilgili olmalı, suçun soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olmalı ve yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya TBMM'ye bildirmelidir. Anayasa'nın 14. maddesinde, doğrudan doğruya bir suç tanımı yapılmış, bir suç ihdas edilmiş veya birtakım suç tipleri sayılmış değildir; ancak, kavram, ilke ve faaliyetler ile genel çerçeveye yer verilmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması başlıklı Anayasa'nın 14. maddesinde kötüye kullanma şeklinde kabul edilen faaliyetler; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma, insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunma ve Devletin veya kişilerin, Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerinin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlama olarak düzenlenmiştir. Anayasa koyucu, hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına gireceğine ilişkin somut bir niteleme yapmamış, bunun kapsamının belirlenmesini bilinçli bir tercihin ürünü olarak soruşturma ve kovuşturma makamlarına bırakmıştır. Bu itibarla, Anayasa koyucunun iradesinin, Türkiye Cumhuriyeti'nin ve bu minvalde yürütme organının varlığını ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyette bulunulduğu takdirde milletvekilinin dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerektiği yönünde olduğu izahtan varestedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven kararlarında; *"Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası metninin, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Anayasanın 14. maddesindeki durumlar ibaresini, dolayısıyla da Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası kapsamına*

girmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığını" belirlemişse de Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45 ve devamı maddeleri gözetildiğinde; asli görevi norm denetimi olan Anayasa Mahkemesi'nin bir Anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin şekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğu ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu ile bir Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılamayacağı veya uygulanmasının olanaksız hale getirilemeyeceği dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlükte olan Anayasa normunu esastan iptal etme yetkisinin bulunmadığı, Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyerek denetleyebildiği ve yürürlükte bulunan Anayasa normunun uygulanmasını bireysel başvuru yoluyla ortadan kaldıracak veya işlevsiz hale getirecek şekilde bir karar vermesinin hukuken mümkün olmadığı dikkate alındığında, anılan maddede öngörülen faaliyetler konusunda, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyete yönelen tehdidin ağırlığı ile orantılı olacak bir biçimde içtihatta süreklilik ve istikrar ilkeleri de gözetilerek Anayasa koyucunun 14. maddede bilinçli bir tercihin ürünü olarak bıraktığı boşluğun, yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi, ilgili Anayasa normunun yürürlüğünün ve işlevinin korunması bakımından hukuk devletinin bir gereğidir. Belirlilik ilkesi, yalnızca kanuni belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Buna göre, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması, yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlama şeklinde gerçekleştirilemez. Normlara dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir nitelikleri haiz olması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. O halde çözülmesi gereken hukuki mesele hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında değerlendirileceğine ilişkindir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör Tanımı" başlıklı 1. maddesine göre terör: cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir. Söz konusu Kanun'un "Terör Suçları" başlıklı 3. maddesinde ise, TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, mutlak ve asli nitelikte terör suçu şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nın "Anayasayı İhlal" başlıklı 309. maddesinde cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükmolunacağını düzenlenmektedir. Mezkur Kanun'un ilgili maddeye ilişkin gerekçesinde: *"Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen 'Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen*

hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı' şeklindeki ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmakladır. Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukukî yarar, Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir. Madde ile korunmak istenen hukukî yararın niteliği dikkate alınarak, 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen' ibaresi kullanılmış, böylece korunmak istenen hukukî yarara açıklık getirilmiştir." şeklinde ifadelere yer verilmiştir.

Benzer şekilde, TCK'nın "Hükûmete karşı suç" başlıklı 312. maddesinde cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un ilgili maddeye ilişkin gerekçesinde: *"Madde metninde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun oluştuğu üç güçten yönetim gücünü temsil eden Hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya böyle olmamakla birlikte görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tanımında da, Anayasa düzeninin temel organlarından biri olan Hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya görevlerinin engellenmesine yönelik teşebbüse ait icra hareketleri tam suç gibi cezalandırılmaktadır. Maddenin uygulamasına ilişkin diğer hususlar için Anayasayı ihlâl ve Yasama organına karşı suça ilişkin maddelerin gerekçelerine bakılmalıdır"* şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

Anayasa'nın 14. maddesinde, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma" ve "insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunma" şeklinde çerçevesi çizilen faaliyetler konusunda 3713 sayılı Kanun'un terör ve terör suçları tanımında aynı kavram ve kurumlara vurgu yapıldığı ve TCK'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunun unsurları ve madde gerekçesinde özellikle Anayasa'nın başlangıç hükümlerine yaptığı atıf ve korunan hukuki yarar birlikte değerlendirdiğinde;

Anayasa'nın 14. maddesinin yargı organlarının kararları ile belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığını söylemenin isabetsiz olduğu ve açık bir şekilde TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. **Aksi halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne kasteden, pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan ve haklarında yukarıda sayılan mutlak terör suçlarından soruşturma veya kovuşturma bulunup, henüz yakalanamayan ve kırmızı bültenle aranan Fethullah Gülen, Şerif Ali Tekalan, Recep Uzunallı, Adil Öksüz, Ekrem Dumanlı, Cemil Bayık, Murat Karayılan, Duran Kalkan, Sabri Ok ve Ali Ekber Doğan ve bunlar gibi şüpheli ya da sanıkların, milletvekili seçilmelerinin, yemin ederek göreve başlamalarının ve TBMM'ye girmelerinin önü açılır ki bu durumun hukuken isabetli olduğunu**

savunmanın izahı kabil olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu itibarla, esasında Anayasa koyucu, hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğunu tahdidi olarak belirlememişse de yukarıda sayılan ve bu kapsamda kaldığı kabul edilen mutlak terör suçları dışında suç olarak düzenlenen fiiller arasından da kapsamı belirleme görevini, özellikle soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmıştır. Bu belirlemelere koşut şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yerleşik içtihatlarında, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaya ilişkin kuralın, kanunilik ölçütünü karşılayıp karşılamadığını incelerken, mezkur kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini incelemektedir. Bununla birlikte, bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmemektedir. AİHM içtihatlarında, birçok kanunun kaçınılmaz olarak az veya çok belli bir derecede muğlaklık içerdiğini, muğlaklık barındıran bu kanunların yorumlanması ve uygulanmasının ise bir uygulama sorunu olduğunu belirtmiştir *(Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, no. 21279/02 and 36448/02, 22/10/2007, § 41)*. AİHM içtihatlarında, bir yasal hüküm ne kadar açık şekilde kaleme alınmış olursa olsun, ceza hukuku da dahil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur olduğunu kabul etmiştir *(Kafkaris v. Cyprus, no. 21906/04, 12/2/2008, § 141)*. Hatta AİHM, istisnai olmakla birlikte, konuya ilişkin iç hukukta bir düzenleme bulunmamasına rağmen, belli durumlarda common law kuralları veya uluslararası hukukun prensiplerinin de müdahaleye hukuki temel oluşturabileceğini belirtmiştir *(The Sunday Times v UK, no. 6538/74 26 Nisan 1979, § 49; Groppera Radio AG and others v Switzerland, 28 Mart 1990, Autronic AG v. Siwitzerland, 22 Mayıs 1990).*

Muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlığı, Meclis kararı ile veya 83. maddenin 2. fıkrasında iki istisna olarak öngörülen ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olması kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların varlığı halinde, kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Hangi suçların "Anayasanın 14. maddesindeki durumlar" ibaresinin kapsamına gireceğine ilişkin yargısal makamlar tarafından yapılacak yorumlarla ceza kanunlarında tipik bir suç olarak düzenlenmeyen faaliyetlerin, 14. madde kapsamındaki durumlar içerisinde telakki edilmesi zaten söz konusu değildir. Bilakis, yargısal makamlar kararlarında ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmış faaliyetlerin hangilerinin Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına girdiğini, Anayasa'nın sözünü, ruhunu ve bütününü göz önüne alarak değerlendirmektedir. Bu kapsamda, Yargıtay tarafından da bugüne kadar önüne geldiği kadarıyla verilen ve süreklilik kazanan içtihatlarda, Devletin birliği ve ülke bütünlüğü aleyhine veya Anayasa'nın öngördüğü siyasal düzeni değiştirmeye yönelik suçlar, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kabul edilmiştir. Bu belirlemeye uygun olarak Yargıtay (Kapatılan) 16. Ceza Dairesi'nin 28.01.2019 tarihli ve 2018/4803 Esas 2019/647 Karar sayılı kararında: "*...Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağına, 1982 Anayasasının 14., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ise 17. maddelerinde yer verilmiştir. Anayasamızın 14/1. maddesinde 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.' şeklinde temel ilkeyi*

ortaya koyduktan sonra, aksine davranışlara ilişkin müeyyidelere mevzuatta yer verilmiştir. Nitekim seçimden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Anayasanın 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaktır. Kanun koyucu, hangi suçların bu madde kapsamında olduğunu tahdidi olarak saymamıştır. Kapsamı belirleme görevi uygulayıcıya aittir. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma ile Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bu kapsamda kaldığında kuşku yoktur..." şeklinde tespitlerde bulunulmuştur.

Ülkemizde Arap Baharı'nın bir yansıması ve uyarlaması olarak, İstanbul Taksim Bölgesi Yayalaştırma Projesi kapsamında Taksim Gezi Parkı'ndaki bazı ağaçların 27.05.2013 tarihinde başka yere nakledilmesi bahanesi ile başlayan ve Gezi Parkı olayları olarak isimlendirilen protesto eylemlerinin, ülke çapında cebir ve şiddet içerikli, meşru ve seçilmiş hükümetin ortadan kaldırılmasına yönelik eylemlere dönüştüğü, bu kalkışma eylemleri neticesinde 78 ilde 746 gösterinin yapıldığı, 280 iş yerinin, 259 aracın, 103 polis otosunun, 1 konutun, 1 polis merkezinin ve 5 kamu binasının hasar gördüğü, 1'i Cumhuriyet Halk Partisi'ne ve 11'i Adalet ve Kalkınma Partisi'ne ait 12 parti binasında hasar meydana geldiği, yine çok sayıda MOBESE kamerasının, sinyalizasyon sisteminin, aydınlatma direğinin, otobüs durağının, reklam panosunun, trafik levhasının, park ve peyzaj düzenlemesinin, çöp konteynerinin ve polis noktasının zarara uğradığı, ayrıca açık kaynak bilgilerine göre 8 vatandaşımız ile 2 polisimizin hayatını kaybettiği ve 9.063 kişinin yaralandığı, toplam kamu zararının o tarih itibariyle 140 milyon TL olduğu tespit edilmiştir.

Hükümlü Şerafettin Can Atalay'ın, bir plan ve gevşek de olsa bir organizasyon dahilinde yürütülen kalkışma hareketinin başlaması ve tüm ülke sathına yayılarak derinleştirilmesi kapsamında faaliyetlerinin bulunduğu, Gezi Parkı eylemleri sürecinde yaptığı paylaşımlar ve eylem çağrıları ile şiddet olaylarının tırmanmasına neden olan Taksim Dayanışması'nı yöneten ve yönlendiren kişilerden olduğu, atılı eylemin müşterek faili bulunduğu ve yapılan temyiz incelemesi sonucunda dosya kapsamındaki eylemlerinin, Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçu kapsamında kaldığı anlaşılmıştır. Bu suçun, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yer alması ve soruşturmasına seçimden önce başlanmış olması dikkate alındığında, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağı kanaatine varılmış, yargılamanın genel usul hükümlerine göre devam etmesi ile Şerafettin Can Atalay'ın yargılamanın durmasına ve tahliyesine ilişkin taleplerinin reddine karar verilerek temyiz incelemesi yapılmış ve üzerine atılı suçun onanması ile birlikte Şerafettin Can Atalay hükümlü sıfatını kazanmıştır.

Yukarıda yapılan ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler **sonucunda;**

Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.2023 tarihinde hükümlü Şerafettin Can Atalay hakkında yapılan bireysel başvuru açısından verdiği ihlal kararının hüküm kısmının D nolu bendinde, başvurucunun yeniden yargılanmasına başlanması, mahkumiyet hükmünün infazının durdurulması ve ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması şeklinde işlemlere başlanması yönünde karar verdiği; ancak, Şerafettin Can Atalay hakkındaki mahkumiyet hükmünün onanması ile hükümlü sıfatını kazandığı halde, Anayasa Mahkemesi tarafından Dairemizin verdiği bu konudaki hükmün yok sayıldığı, yine Anayasa'nın 84. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden

biri olarak "kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinin" düzenlenmiş olduğu, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilliği ile bağdaşmayan suçlardan kurulan mahkumiyet hükmünün milletvekilliğini düşüreceğinin de anlaşılması karşısında TBMM Başkanlığı'na Dairemizin ilamının ulaştığı tarihte ivedilikle milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması gerekirken, Anayasa Mahkemesi'nin Dairemizin verdiği onama kararından yaklaşık 1 ay sonra ihlal kararı verdiği halde, TBMM tarafından bu süreçte hükümlü Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliğinin düşürülmesi işlemlerinin Anayasa'nın açık hükmüne rağmen tamamlanmadığı anlaşılmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlar kapsamındaki mutlak terör suçu olan Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçu nedeniyle Anayasa'nın 83/2 maddesinde düzenlenen yasama dokunulmazlığından faydalanamayacak olan hükümlü Şerafettin Can Atalay hakkında kurulan mahkumiyet hükmü yönünden temyiz incelemesi tamamlanmış olup; bireysel başvurunun yeni bir itiraz veya temyiz yolu olmadığı ve Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay gibi yüksek bir mahkemenin kararını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden inceleyebilecek olan bir süper temyiz makamı olmadığı halde, temyiz mahkemesi olan Dairemizin kararını, yeniden yargılama görüntüsü altında dosyanın esasına da girip, adeta bozmak suretiyle kendisine yasal dayanaktan yoksun, gereğinden fazla ve yasal yetkisini aşacak şekilde anlam yüklediği anlaşılmıştır.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi temyiz incelemesi sonucu verdiği Dairemizin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 Esas 2023/6359 Karar sayılı infazı kabil ve kesinleşmiş kararını dikkate almaksızın inceleme yaptığı belirlenmiştir. Ayrıca, hakkındaki kesin hüküm TBMM'ye bildirildiğinde, bu husus Genel Kurul'a sunulmak suretiyle milletvekilliğinin derhal düşürülmesine dair karar verilmiş olması gerektiği halde, her ne kadar süreç içerisinde TBMM tarafından bu hususta bir karar verilememiş olsa da bu konuyu düzenleyen Anayasa'nın 84/2 maddesi açısından Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkanı tanınmadığı gibi Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda da inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay hakkında vermiş olduğu hak ihlali kararında, önceki Ömer Faruk Gergerlioğlu ve Leyla Güven kararlarından farklı olarak milletvekili dokunulmazlığı yönünden Anayasa'nın 14. maddesinin hangi suçları kapsadığının anayasal ya da yasal düzenleme dışında yargısal bir yorumla belirlenmesinin ciddi sıkıntılara yol açacağını belirtirken, kendisinin daha önceden yargısal aktivizm sonucu vermiş olduğu ve kamuoyunda üniversitelere başörtü yasağı olarak bilinen, bizce de kabul görmeyen bir kararını gerekçe göstermesi tarafımızdan dikkat çekici bulunmuş ve bir ironi olarak değerlendirilmiştir.

Kararında, yargı organlarının Anayasa'nın 14. maddesine hangi suçların gireceğini yorumlamalarının sağlıklı olmayacağını, mutlaka anayasal ya da yasal düzenleme yapılmasının gerektiğini söyleyen Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar hem norm denetimi kararlarında *(mesela yürütmeyi durdurma kararı vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun doğru uygulanmadığından bahisle iptali vb.)* hem de sonradan kendisine tali görev olarak verilen bireysel başvuru kararlarında, anayasal veya yasal bir yetkisi olmamasına rağmen hiçbir organ tarafından denetlenmememin vermiş olduğu rahatlıkla da, içtihat yoluyla anayasal yetkisini sürekli artırmak ve kötüye kullanmak suretiyle kendisinin, daha önceden

norm denetimi görevi sırasında sıkça dile getirilen yasama organı üzerinde vesayet organı olduğuna yönelik eleştirilerin, bireysel başvuruya ilişkin yetkinin verilmesi üzerine yüksek mahkemeler dahil tüm yargı üzerinde de ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Hatta gelinen noktada Anayasa Mahkemesi, hükümlü Şerafettin Can Atalay'a yönelik vermiş olduğu ihlal kararında, yasal bir dayanağı olmamasına ve doktrinde bile tartışmalı bir konu olmasına rağmen, *"Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif işlevinden"* bahsederek, kararı veren Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerini *"ihmal suçunu işlemişlerdir"* şeklinde tehdit etme boyutuna kadar işi vardırmıştır.

Bugüne kadar birçok terör örgütü veya üyesi tarafından hem sosyal medya hem de yazılı ve görsel basın üzerinden ya da ilk derece yargılamaları veya temyiz incelemesi sırasında gönderilen dilekçelerle sürekli tehdit edilen Dairemiz üyelerinin, bir de Anayasa Mahkemesi tarafından bu şekilde tehdit edilmesi de esef verici ve manidar bulunmuştur.

Ülkemizde Anayasa Mahkemesi sadece yasaları iptal ederek yasama organının alanına müdahale etmemekte; ayrıca, bazen yasa koyucu gibi davranarak Anayasa'ya göre aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunmayan yüksek mahkemeler üzerinde de süper temyiz mahkemesi olarak vesayet makamı gibi davranmaktadır.

Yasama, yürütme ve yargı erki sadece bir görev dağılımıdır. Yargının yeri ise, diğer iki erkten farklıdır. Yargı ne zaman aktivist davranış sergilerse, o zaman meşruiyetini yitirecek ve sorgulanmaya başlayacaktır. Yargıdan beklenen, kanunlara, Anayasa'ya ve en önemlisi hukuka uygun kararlar alabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi, bu şekilde yargısal aktivizim yaparak, *"şeklen denetleyemediği Anayasa hükmünü uygulanamaz hale getirme, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuruları kabul etme, soruşturmalara müdahil olma, kovuşturmaları yapılamaz hale getirme"* şeklinde Anayasa'ya aykırı olarak verdiği kararları ile görev ve yetkilerini, Anayasa ve kanunlardan üstün görmek suretiyle bir nevi Anayasa'yı uygulanamaz hale getirerek, kendisinin sorgulanmasına ve meşruiyetinin tartışılmasına yol açmıştır.

Devletin cebri gücünü ve görevleri gereği Devletin kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin, sahip oldukları kamu gücünü sürekli Anayasa'ya aykırı bir şekilde kullanmalarının, Anayasayı ihlal etme eyleminin işlenmesinde kolaylık sağlayacağı aşikardır.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ;

1-Yukarıda açıklanan nedenlerle; Anayasa Mahkemesi'nin 2023/53898 numaralı, Şerafettin Can Atalay'ın bireysel başvurusu hakkında 25.10.2023 tarihli ihlal kararına hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, bu bağlamda Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmamakla; keza Şerafettin Can Atalay hakkında verilen mahkumiyet kararının temyizi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucu 28.09.2023 tarihinde Dairemizin 2023/12611 esas 2023/6359 sayılı kararı ile onanarak kesinleşen ve infazı kabil bir hükmün mevcudiyeti karşısında; Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına **UYULMAMASINA,**

2-Şerafettin Can Atalay hakkındaki mahkumiyet hükmünün 28.09.2023 tarihinde Dairemiz tarafından onanması ile hükümlü sıfatını kazandığı ve Anayasa'nın 84/2. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden biri olarak "kesin hüküm giyme

veya kısıtlanma halinin" düzenlenmiş olduğu, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilliği ile bağdaşmayan suçlardan kurulan mahkumiyet hükmünün milletvekilliğini düşüreceği, Anayasa'nın 84/2 maddesi yönünden Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkanı tanınmadığı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda inceleme yetkisinin de bulunmadığı gözetilerek; hükümlü Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması için kararın bir örneğinin TBMM Başkanlığı'na **GÖNDERİLMESİNE,**

3-Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını yasal olmayacak şekilde aşarak hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında gereğinin takdir ve ifası için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda **BULUNULMASINA,**

Dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde mütalaaya uygun olarak, dosyanın İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na **TEVDİİNE,** 08.11.2023 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Muhsin Şentürk	Hakan Yüksel	Mustafa Doğru	Şerafettin Saka	Mustafa Karayıldız

UYGULAMADA AVUKAT

SÜRELİ İPOTEKLERDE ALACAKLI "BU SÜRE DOLDUKTAN SONRA MI" YOKSA "SÜRE DOLMADAN MI" İCRA TAKİBİ YAPABİLİR?

Av. Talih UYAR[1]

KONU

İpotek senedinde; ipoteğin –*"... lehine, 01.07.2023 tarihine kadar (süre ile) taşınmazın ipotek edildiği" şeklinde-* 'süreli' olarak kurulmuş olması halinde, alacaklı ne zaman 'ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile' takipte bulunabilir?

Yani böyle bir durumda, alacaklı (01.07.2023 tarihi; ipoteğin vadesi olduğundan, ipoteğin vadesi dolduktan sonra "01.07.2023 tarihinden sonra") mı yoksa (01.07.2023 tarihinde ipotek sona ereceğinden/ortadan kalkacağından, "01.07.2023 tarihine kadar ve en geç TMK. 883/II uyarınca; 01.07.2023 tarihinden itibaren 30 gün içinde") mi ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunabilir?

*

Türk Medeni Kanunu'un 881. maddesi 'halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası olan herhangi bir alacak için ipotek kurulabileceğini' belirtmektedir. Böylece, şarta bağlı veya şartsız belirli veya belirsiz her türlü alacağın veya hatta ileride doğacak veya doğması ihtimal dahilinde olan alacakların dahi ipotekle teminat altına alınabileceği kabul edilmiştir.[2]

Bilindiği gibi ipotek Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan üç taşınmaz *rehni* türünden biridir. Diğer taşınmaz rehni türleri ise, *ipotekli borç senedi* ve *irat senedi*dir (TMK.m. 850). İpotek, sadece güvence işlevi olan bir taşınmaz rehni olup hak sahibine

1 İzmir Barosu Avukatlarından (Yaşar Ünv.Huk. Fak. Öğr. Görv.)

2 OĞUZMAN,M.K./SELİÇİ,Ö./OKTAY-ÖZDEMİR,S. Eşya Hukuku, 24. Bası, 2022, s: 1101

alacağının vadesinde ödenmemesi halinde, alacağını rehin hakkının konusu olan taşınmazın değerinden alma yetkisi verir.[3]

İpoteğin geçerli şekilde kurulması için mutlaka *'belirli bir süre ile sınırlı olarak kurulması'*[4] zorunlu değildir. Yani, ipotek süresiz olarak da kurulabilir.[5] Uygulamada, süresiz ipotek kurulduğunu belirtmek için 'süresiz' yahut 'fekki (kaldırılması, silinmesi) bildirilinceye kadar'[6] yahut –bu kelimelerin kısaltılmış şekli olarak- 'F. B.K.' ifadeleri kullanılmaktadır.

İpotek, belirli bir süre ile sınırlı olarak kurulacaksa Tapu Sicil Tüzüğü'nün 31. maddesinin (d) bendi gereğince, rehin süresinin, tapu kütüğünün, 'Beyanlar Hanesi'nde 'Taşınmaz Rehin hakları' bölümünde 'Müddet Sütunu'na yazılması gerekir.[7]

A- 7181 sayılı 04.07.2019 tarihli Torba Kanunu[8] ile TMK.'nun 883. maddesine 2. fıkra eklenmeden önceki dönemde:

• 'İpotek süresi'ni düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı…[9]

• TMK.'nun 858. maddesi[10] ile "Kamulaştırma hali dışarıda bırakılarak, taşınmaz rehninin 'terkin' yahut 'taşınmazın yok olması' ile sona ereceği" belirtilmişti.

• TMK.'nun 883. maddesi[11] ile "alacak sona erince, taşınmaz malikinin, ipoteğin terkinini isteyebileceği" öngörülmüştür.

Bu dönemde, konumuz olan süreli ipoteklerde, ipotekli ala-

3 AKKAYA,T. İcra Hukuku Bakımından Süreli İpotek (Tür. Ad. Ak. D. "TAAD", Ocak/2013, Yıl: 4, S: 13, s: 162)

4 HELVACI,İ. Eski Medeni Kanunu'muzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'muza Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, 2008, s: 409 – ÇETİNER,B. Taşınmaz Teminatı, 2015, s: 265

5 AKKAYA,T. agm., s: 164

6 ZORA,F. İpotek Süresi ve Bu Sürenin Geçmesinin İcra Hukuku'na Etkileri (ABD. 2022/3, Temmuz/2022, s: 345)

7 AKKAYA,T. agm., s: 164

8 Bknz: Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G. 10.07.2019 T. ve sayı: 30827)

9 HELVACI,İ. age., s: 409 – ÇETİNER,B. age., s:264 – ACAR,F. Rehin Hukuku, kn. 470

10 TMK. 858: "Taşınmaz rehni, tescilin terkini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer. Kamulaştırmaya ilişkin kanun hükümleri saklıdır."

11 TMK. 883: "Alacak sona erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteğin terkin ettirmesini isteyebilir."

caklının 'ne zaman icra takibinde bulunabileceği' *'ipotek süresi dolduktan sonra mı'* (yani; "ipoteğin vadesi geldikten sonra mı") yoksa *'ipotek süresi dolmadan mı'* (yani; "ipotek ortadan kalkmadan, ipotek devam ederken mi") icra takibinde bulunabileceği gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında farklı görüş ve uygulamalara neden olmuştu.[12] Gerçekten;

a-Doktrinde; bir görüş *"ipoteğin, sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona ereceğini"*[13] savunurken diğer bir görüş ise *"kanun koyucunun ipoteğin nasıl sona ereceğini TMK.m. 858'de açıkça beyan ettiğini, olsa olsa burada bir bilinçli susmadan bahsedilebileceğini"*[14] ileri sürmüştür.

b-Yargıtay içtihatlarında; yüksek mahkeme kimi içtihatlarında *"İpoteğin süreli olması halinde sürenin dolmasıyla ipotek sona ereceğinden (hüküm ifade etmeyeceğinden) alacaklının ipotek süresi dolmadan önce ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapması gerekeceğini"* aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

"Süreli ipoteklerde ipotek süresi içinde (ipotek süresi dolmadan) icra takibinin yapılması gerekeceği- İpotek süresi içinde icra takibi yapılmaması (ipoteğin süresi dolduktan sonra) icra takibinin yapılmış olması halinde ipotek sona ermiş olduğundan takibin iptaline karar verilmesi gerekeceği-

Davacı vekili, borçluya ait taşınmaz üzerinde müvekkili lehine 20.000.000.000.TL bedelli ipotek tesis edildiğini, düzenlenen sıra cetvelinde müvekkiline pay ayrılmadığını ileri ipotekli alacaklı olan müvekkiline öncelikle pay ayrılması gerektiğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

---

12 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C: 2, 2014, 3. Baskı, s: 2731 vd.

13 HELVACI,İ. age., s: 409 – OĞUZMAN,M.K./SELİÇİ,Ö./ OKTAY-ÖZDEMİR,S. age., 21. Baskı, s: 912 – AKİPEK,J./AKINTÜRK,T./ATEŞ,D. Eşya Hukuku, 2018, s: 767 – ERTAŞ,Ş. Eşya Hukuku, 15. Baskı, 2020, s: 583 – ŞENER,Y.S. Türk Hukuku'nda İpotek ve Uygulaması, 2010, s: 169 – ESENER,T./GÜVEN,K. Eşya Hukuku, 2008, 4. Baskı, s: 463 – ALTAY,S./ESKİOCAK,A. Taşınmaz Rehni, 2007, s: 162 – GÜRSOY,K.T./EREN,F./CANSEL,E. Türk Eşya Hukuku, 1978, s: 1052 – AYAN,M. Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 2. Baskı, 2000, s: 174 – KÖPRÜLÜ,B./KANETİ,S. Sınırlı Ayni Haklar, 1982-1983, s: 174 – KARAHACIOĞLU,A.H./DOĞRUSÖZ,E./ALTIN,M. Türk Hukuku'nda Rehin, 1996, s: 126 – ÖĞÜTÇÜ,T./DOĞRUSÖZ,E. Rehin Hukuku, 1982, s: 167

14 ÇETİNER,B. age., s: 265 – ESENER,T./GÜVEN,K. Eşya Hukuku, 8. Baskı, 2019, s: 530

Davalı vekili, satışa konu taşınmaz üzerinde davacı lehine bir yıl süreyle ipotek tesis edildiğini, bir yıllık süre geçtiğinden dolayı ipoteğin hükümsüz kaldığını belirterek şikayetin reddini istemiştir.

Merci hakimliğince, bir yıllık süre ile verilen ipoteğe dayanarak bu sürede işlem yapılmaması nedeniyle pay ayrılmamasında usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, *delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle davacı lehine tesis edilen ipoteğin süreli olmasına, süreden sonra bir hüküm ifade etmediğinin kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre,* davacı vekilini yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarını reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan Merci Kararının İİK.nun 366. maddesi uyarınca onanmasına .

19. HD. 17.04.2003 T. E:2002/10571, K:4064" (www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

19. HD. 22.09.2010 T. 6497/10143

19. HD. 22.04.2009 T. 3565/3497

19. HD. 08.04.2009 T. 2201/2861

19. HD. 17.04.2003 T. 10571/4064

Yüksek mahkeme kimi içtihatlarında ise *"İpoteğin ödeneceği tarihin (ipoteğin vadesinin) kararlaştırılmış olması, yani ipoteğin 'süreli ipotek' olması halinde, icra takibinin bu tarih (vade) geçtikten sonra yapılması gerekeceğini"* aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

"Karz ipoteğinin vade tarihi gelmeden takip yapılamayacağı-

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

1-Borçlu ... adına kararı temyiz eden Avukat ...'in temyiz isteminin incelenmesinde;

Avukat ...'in, borçlu ...adına usulüne uygun olarak sunulmuş bir vekaletinin bulunmadığı, Dairemizin geri çevirme yazısına rağmen ... adına vekaletnamenin sunulmadığı, borçlu ...'ya gerekçeli karar tebliğ edilmesine rağmen temyiz dilekçesi sunmadığından, borçlu ... adına yapılan temyiz isteminin REDDİNE,

2-Borçlu ... yönünden yapılan temyiz itirazlarına gelince;

Alacaklı tarafından borçlular hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan ilamsız takipte, borçluların itirazı üzerine, alacaklının itirazın kaldırılması talebinde bulunduğu, mahkemece, davanın kabulü ile itirazın kaldırılmasına, takip konusu alacağın %40'ı oranında hesaplanan 15.000,00TL tazminatın davalılardan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

İcra takibinin dayanağı 15.05.2009 tarih ve ... yevmiye nolu ipotek akit tablosunda; "iş bu taşınmazın tamamı ... adına kayıtlı iken; bu defa adı geçen ...'den aldığı 60.000,00 TL bedel mukabilinde borca karşılık için ... lehine 1. Derecede, bila faiz ve 10 yıl süre ile ipotek tesis ettiği" sözcüklerinin yazılı olduğu görülmüştür. Bu hali ile takip dayanağı ipotek kesin borç (karz) ipoteği olup, akit tarihi 15.05.2009 tarihinden başlamak üzere 10 yıllık sürenin sonunda alacağın tahsili için takibe konulabilir. 10 yıllık süre dolmadan ve borçlunun temerrüdü bu şekilde gerçekleşmeden, alacaklı, ipotek alacağını takibe koyamaz. İpotek, vadeli tesis edildiğine göre vade gelmeden takibe girişilmesi akde aykırılıktır.

O halde, ipotek vadesi dolmadan 23.07.2010 tarihinde takip başlatılamayacağından alacaklının itirazın kaldırılması davasının borçlu ... yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu ...'un temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar

düzeltme yolu açık olmak üzere, 28/11/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

12 HD 28.11.2018 T. E.9986, K.12402

Aynı doğrultuda:

14. HD. 08.02.2000 T. 9079/707

13. HD. 16.03.2001 T. 528/2529

13. HD. 16.03.2001 T. 578/2530

13. HD. 29.11.2002 T. 6835/13024

12. HD. 16.05.2003 T. 8135/11219

1. HD. 21.10.2003 T. 9012/11096

12. HD. 21.04.2005 T. 4803/8569

14. HD. 11.05.2006 T. 3363/5588

14. HD. 05.06.2007 T. 6149/6785

12. HD. 22.06.2009 T. 5918/13626

14. HD. 05.10.2010 T. 6706/9813

12. HD. 25.04.2011 T. 26745/7357

12. HD. 11.10.2012 T. 22973/29022

12. HD. 14.10.2014 T. 20657/23743

12. HD. 28.11.2018 T. 9986/12402

Antalya BAM. 12. HD. 1038/1111

B-7181 sayılı ve 04.07.2019 tarihli Torba Kanunu[15] ile TMK.'nun 883. maddesine 2. fıkra eklenmesinden sonraki dönemde:

04.07.2019 tarihinde, 7181 sayılı Torba Kanunu'nun 19. maddesiyle TMK.'nun 883. maddesine;

"İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerine 09.06.1932 tarihli ve

15 Bknz: Yuk. dipn. 7

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 153/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması halinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir."

şeklinde bir fıkra –ikinci fıkra- olarak eklenmiştir.

Maddeye yeni eklenen bu fıkra uyarınca; İcra ve İflas Kanunu'nun 150/c maddesine göre icra memuru 'ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıldığını' tapu müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Bu bildirimi alan tapu müdürlüğü de 'takibin başladığını' ipotekli taşınmazın siciline şerh vermek zorundadır. Bu şerh, madde metninden de anlaşılacağı üzerine 'takibin başladığına' yöneliktir. Bu nedenle, bu şerhin konulması için, ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmesine gerek bulunmadığı gibi, takibin kesinleşmesine de gerek yoktur.[16]

Burada bahsi geçen *"...taşınmaz üzerine İcra ve İflas Kanunu'nun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulması"*ndan maksat borçlu hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasıdır. Çünkü 'taşınmaz üzerine 150/c şerhinin konulması' ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılınca konur.

Türk Medeni Kanunu'nun 883/II maddesine göre, en geç *'ipotek süresinin dolmasından itibaren otuz günlük süre içerisinde'* tapu siciline bu şerh konulmamış ise (yani; ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmamış ise) taşınmaz malikinin talebi ile ipoteğin terkini mümkün olacaktır.

Kanun'un *'ipotek süresi dolduktan sonra'* şerh konulması için otuz günlük ek bir süre düzenlemesinin temel sebebi, hazırlık ve tebligat gibi işlemler için harcanacak süre nedeniyle, ipotek süresi içinde takibe başlanılmasına rağmen, henüz tapu müdürlüğüne bildirilmemiş takiplerin semeresiz kalmasını önlemektir...[17]

Sonuç olarak; süreli ipoteklerde ipotekli alacaklının –TMK.m. 883/II uyarınca- *ipotek süresi dolmadan* (veya; *sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde*) –önceden borçluya/borçlulara ihtarname göndererek- ipotekli takip yapması gerekecektir. Aksi tak-

16 ZORA,F. agm., s: 360

17 ZORA,F. agm., s: 361

tirde taşınmaz malikinin TMK.'nun 883. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartlar kapsamında ipoteği –alacaklının iradesine yahut dava açmaya gerek olmaksızın- doğrudan doğruya terkin ettirmesi mümkün olacaktır.

İpotek süresinin dolmasında –ve otuz günlük sürenin geçmesinden- sonra alacaklı tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmak istenmesi halinde, bu talebin icra müdürü tarafından reddedilmesi gerekecektir. İcra müdürünün bunun terine işlem yapıp takip talebini kabul etmesi, borçlunun (süresiz) şikayetine neden olur.[18]

Bu dönemde, yani 04.07.2019 tarihinde, TMK.'nun 883. maddesine ikinci fıkra olarak;

"*"İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerine 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 153/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması halinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir."*

şeklinde yeni bir fıkra eklendikten sonra, yüksek mahkeme bu konuda verdiği tüm kararlarında *"alacaklının ipotek resmi senedinde ipoteğin belirli bir süre içinde geçerli olacağının belirtilmiş olması halinde, alacaklının bu tarih sona ermeden ve en geç otuz gün içinde, borçlu hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunması gerekeceğini (yani; ipoteğin, süresinin sona ermesiyle kalkacağından, bu tarihten sonra borçlu hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunulamayacağını)"* aşağıdaki şekilde açık-seçik olarak belirtmiştir:

-"İpotek resmi senedinde, dava konusu ipoteklerin 'bila faiz ve 15.10.2014 süre ile' tesis edildiği belirtilmiş, icra takipleri ise 11.12.2014 tarihinde başlatılmış olduğundan, bu durumda, 15.10.2014 tarihinde ipotek kalkacağından, ipotek süresinden sonra bu ipoteklere dayanılarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağını"[19] (EK-2)

18 ZORA,F. agm., s: 389

19 Bknz: 11. HD. 09.03.2022 T. E: 2020/5250, K: 2022/1680 (www.e-uyar.com)

- "İpotek belgesinde ‹ipoteğin 30.08.2020 yılına kadar süre ile konulduğu' yazılı olup, 25.03.2021 tarihinde başlatılan takipte TMK'nın 883/2. maddesi gereğince belirlenen süreden sonra konulan İİK.m.150/c şerhinin yok hükmünde olduğu, yapılan takibin ‹usulsüz olduğu*nu, zira yasal bir aylık süre içerisinde takip başlatılmaması nedeniyle taşınmazın teminat niteliğini kaybettiğini, bu nedenle takibin iptaline karar verilmesi gerekeceğini'- Her ne kadar ipoteğin kesin borç ipoteği olarak kurulduğu ve asıl borçlunun şikayetçi ..... olduğu* görülmekte ise de, ipoteğin, taraflar arasında ihtilafsız olan Dış Cephe Mantolama İşleri Sözleşmesi gereğince, bu sözleşmenin teminatı olarak verildiği hususunun alacaklının kabulünde olduğu*nu, buna göre ipotek konusu borcun asıl borçlusunun ..... Ltd. Şti, ipotekli taşınmaz malikinin ise şikayetçi ..... olduğu, buna göre* İİK'nın *149 ve 149/b maddeleri gereğince ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte ipotek verenin 3. kişi olması halinde takip talebinin borçlu kısmında asıl borçlu ile birlikte ipotek veren 3. kişinin de taraf olarak gösterilmesi gerekmekle, somut olayda asıl borçlu ..... Ltd.* Şti'nin *takipte taraf olarak gösterilmediği anlaşıldığından takibin 'zorunlu takip arkadaşlığı'na da aykırı olduğunu"* [20] (EK-3)

-"TMK.m.883/II uyarınca; ipoteğin süreli olarak kurulmuş olması halinde, alacaklının en geç ipotek süresi içinde ipotekli takip yapıp, tapu kaydına İİK.m.150/c şerhi koydurmak zorunda olduğunu- Alacaklı tarafından takipteki zorunlu dava arkadaşlığı hususundaki eksikliğin yargılama sırasında giderildiği, öte yandan dayanak ipotek akit tablosunun 2011 tarihli olduğu, Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesindeki değişikliğin 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe girdiğini, bu tarihten önce süreli olarak tesis edilen ipoteklerin de, şayet süre sona ermiş ise 01.01.2020 tarihinden itibaren 30 günlük sürenin sonunda takibin başlatılması gerekeceğinin açık olduğunu- Bu süre zarfında belirtilen şerhin konulmaması halinde ipoteğin, malikin talebi ile tapu müdürlüğünce terkin edileceğini"[21] (EK-4)

---

20 Bknz: 12. HD. 09.02.2023 T. E: 2022/8171, K: 757 (www.e-uyar.com)

21 Bknz: 12. HD. 27.03.2023 T. E: 2022/8444, K: 2053 (www.e-uyar.com)

Bu konuyla ilgili olarak ayrıca ilave edelim ki Anayasa Mahkemesi, -bir başvuru üzerine- 26.07.2023 T. ve E: 2022/128, K: 2023/136 sayılı kararı ile;

"Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine 4/7/2019 tarihli ve 7181 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle eklenen 'İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması hâlinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir.'

şeklindeki ikinci fıkranın Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırı olmadığına"

- oybirliğiyle- karar vermiştir. (EK-1)

Bir olayda;

• Alacaklı (A)'ın alacağına karşılık olarak borçlu (B) tarafından, …. ili, …… ilçesi, Künarlar Mah. 1680 Ada, 10 Parsel numaralı taşınmaz üzerine 47350 yevmiye numaralı ve 05/12/2022 tarihli 6.000.000,00 TL. alacak için ipotek şerhi işlenmiştir.

Bu şerh, ipotek senedinde *"Borçlu (B) adına, alacaklı (A)'dan borç olarak aldığı 6.000.000,00 TL (altımilyon TL) bedel mukabilinde alacaklı (A) lehine 01.07.2023 süre ile ipotek tesis ettiği ...."* şeklinde belirtilmiştir. (EK-5)

İpotek şerhi işlendiği sırada taşınmazın maliki, borçlu (B)'dir. Daha sonra taşınmaz (C) isimli kişiye ipotekli olarak satılmıştır.

• Alacaklı (A) tarafından hem ipotek senedi borçlusu (B)'ye hem de yeni malik (C)'ye …… 7'nci Noterliği aracılığıyla 30/01/2023 tarihli ve 01644 yevmiye numaralı ihtarname gönderilmiş (EK-6) ve 3 gün ödeme süresi verilmiştir. İhtarname; 30.01.2023 tarihinde borçlu (B)'nin e-tebligat adresine gönderilmiş ve aynı gün okunmuştur. Bu ihtarname yeni malik (C)'ye ise 03.02.2023 tarihinde tebliğ edilmiştir.

• Alacaklı tarafından ……. İcra Müdürlüğü'nde 2023/171297 sayılı 'ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibi' başlatılmıştır.

•..... 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2023/576 Esas ve 2023/917 Karar sayılı dosyasında; davacı-borçlu (C) dava dilekçesinde *"ödeme emrinin ve takibin iptaline"* karar verilmesini istemiş, mahkemece "ödeme emrinin iptaline ve takibin *devamına"* karar verilmiştir.

•..... 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2023/145 Esas sayılı dosyasında davacı-borçlu (B) 'ipotek takibinde verilen sürenin gelmemesi sebebiyle borcun muaccel olmadığını' ileri sürerek *"ödeme emrinin ve takibin iptaline"* karar verilmesini istemiştir. Mahkemece dosya, bankacı-bilirkişiye gönderilerek bu konuda rapor düzenlenmesi istenmiş ve bankacı bilirkişi 01.11.2023 tarihli raporunda (EK-7) *'borcun muaccel olmadığı bu nedenle, davacı-borçlunun takibin iptali isteminin uygun olduğu'* yönünde görüş belirtmiştir. Bu rapora davalı-alacaklı (A) vekili tarafından karşı çıkılarak Yargıtay'ın –TMK.'nun 883. maddesinde 2019 tarihinde yapılan değişiklikten sonraki tarihli –yeni içtihatlarına dayanılarak- itiraz edilmiştir. Dosya, gerekli karar verilmek üzere 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nce tetkike alınmıştır…

*

HUKUKİ DEĞERLENDİRMRE:

Yukarıda[22] ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi; 7181 sayılı ve 04.07.2019 tarihli Torba Kanunu ile TMK.'nun 883. maddesine

"İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerine 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 153/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması halinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir."

şeklinde ikinci fıkra olarak eklenen yeni hüküm nedeniyle ipotekli alacaklının –TMK.m. 883/II uyarınca- *ipotek süresi dolmadan* (veya; *sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde*) –önceden borçluya/borçlulara ihtarname göndererek- ipotekli takip yapması gerekecektir. Aksi taktirde taşınmaz malikinin TMK.'nun 883. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartlar kapsamında ipoteği –

22 Bknz:Yuk. dipn. 14-17

alacaklının iradesine yahut dava açmaya gerek olmaksızın- doğrudan doğruya terkin ettirmesi mümkün olacaktır.

İpotek süresinin dolmasından –ve otuz günlük sürenin geçmesinden- sonra alacaklı tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmak istenmesi halinde, bu talebin icra müdürü tarafından reddedilmesi gerekecektir. İcra müdürünün bunun terine işlem yapıp takip talebini kabul etmesi, borçlunun (süresiz) şikayetine neden olur.[23]

Somut olayda; borçlu (B) tarafından, alacaklı (A)'ya olan 6.000.000,00 TL. borcundan dolayı …… ili, …… ilçesi, Künarlar mah. 1680 ada, 10 parsel numaralı taşınmaz üzerine 05.12.2022 tarihinde 47350 yevmiye numarası ile ipotek kurulmuş ve ipotek senedinde *"ipoteğin 01.07.2023 süre ile tesis edildiği"* belirtilmiş, alacaklı da borçluya gönderdiği 30.01.2023 tarihli İHTARNAME ile, borçluya borcunu ödemesi için üç gün süre verilmiş ve bu sürede borcun ödenmemesi üzerine Mart/2023 tarihinde *–yani; ipotek süresi olan 01.07.2023 tarihinden önce-* Denizli İcra Dairesi'nde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibinde bulunmuştur. Yapılmış olan bu icra takibinde bir usulsüzlük yoktur…

Nitekim –yukarıda dipn. 18,19 ve 20'de- tam metinleri sunulan içtihatlarında yüksek mahkeme bu hususu açıkça belirtmiştir…

23 ZORA,F. agm., s: 389

SAVUNMA HAKKININ KUTSALLIĞI VEYA "AVUKATIMI İSTİYORUM"

Av. Casim YILMAZ[1]

Avukatlık mesleğinin kutsallığı; herkesin mevki ve makam gözetilmeksizin zamanı geldiğinde mutlaka bir avukata ihtiyaç duyması ve avukatın yargılamanın "olmazsa olmazı" olması ile "Savunma hakkı kutsaldır, bir gün mutlaka herkese lazım olur" ya da "Avukatımı istiyorum" veciz söylemleriyle doğrulanmıştır.

Bilindiği üzere avukatlar, Barolar ve Barolar Birliği namıyla birer sivil toplum kuruluşlarıdır.

Yargılamada "olmazsa olmaz" unsurunu taşıyan avukatların oluşturduğu barolar geçmişten beri belli ağırlığa sahip olan kamu kurumları arasında olup, bu kurumların ön saflarında yer almayı başarmışlardır.

Son 10 yıldan beri ülkemizde mantar misali açılan hukuk fakültelerinin çoğunda profesör ve doçent unvanına sahip olmayan hocalar tarafından öğrenciler yetiştirilmekte, yasaklarla üniversite öğrenimini tamamlayan hukuk fakültesi öğrencilerinin son iki yılda gerekli ve zorunlu eğitimlerini almadan işbaşı yapmaları, fikri hür ve vicdanı hür olarak yetişmeyen çoğu öğrencinin yargıda yer almaları ve bu durumun kamuoyunda yargıya olan güveni sarsması artık ne yazık ki büyük bir sorun haline gelmektedir.

Avukatlık mesleğinin savunma mesleği olması ve savunmanın bir gün mutlaka herkese lazım olacağı kutsallığından hareket edildiğinde avukatlık mesleğinin ve bu mesleğin kurumsal temsilcisi olan Baroların ve Barolar Birliğinin işlev, önem ve değeri tartışılamaz.

Ne yazık ki istisnalar hariç genellikle başkan adayının seçim öncesinde avukatların hangi sorunlarla karşılaştıklarını, bu sorunlardan hangileriyle mücadele edeceklerini, avukatlara karşı yaygın-

1 İstanbul Barosu

laşan saldırıların nereden kaynaklandığı ve ne suretle önleneceği, keza aynı yaygınlıkla baş gösteren avukat intiharları sorunuyla ne şekilde ilgileneceklerini, stajyer avukatların staj dönemlerinde ne şekilde denetlenmesi gerektiğini ve stajyer arkadaşlarımızın karşılaştıkları sorunların neler olduğu ve bunların çözümleri konusunda hiçbir açıklamada bulunmadıklarına tanık olmaktayız.

Avukatlık serbest bir meslektir. Bu serbestlik hiç kimseden emir ve talimat almadan savunmanın kutsallığına halel getirmeden avukatlık görevini icra etmesinden kaynaklanmaktadır.

Avukatlık serbest bir meslektir. Ancak başı boş bir meslek değildir. Kendi içinde otokontrole sahip bir meslektir. Avukatlık mesleğindeki serbestlik çerçevesi dahilinde görevin icra edilmesi için avukatlık stajı çok önemli bir aşamadır. Ancak avukatlık stajı yapan arkadaşlarımızın gerek adliyedeki staj süresince ve gerekse avukat yanındaki staj süresince kendileriyle mesleki açıdan ilgilenilmediğine ve sadece staj süresini doldurmak suretiyle mesleğe adım attıklarına tanık olmaktayız. Bu durum avukatlık mesleğinin icrası sırasında mesleğin bağımsız olarak icra edilmesine halel getirmektedir.

Mantar misali çoğalan hukuk fakültelerinde genç arkadaşlarımızın çoğu zaman profesör veya doçent olmayan hocalar tarafından "fikri hür, vicdanı hür" olarak değil de fikrini söylemekten çekinen bireyler olarak mezun olmaları, amaca uygun nitelikte olmayan staj sonrası avukatlık ruhsatı alan avukat meslektaşlarımızın iş bulma sorunları kangren haline gelmiştir. Tanık olduğumuz ve kısaca sıraladığımız birkaç hususu bu yazıda dile getirmek zorunluluğu duymaktayım. Örneğin avukatlık ruhsatı alan sayın genç meslektaşlarımızın sermaye yokluğu ve deneyim noksanlığından kendi adlarına büro kuramadıkları, avukat bürolarında iş bulamadıkları böylece ortalama 25 yaşında avukatlık ruhsatı almasına rağmen işsiz avukatların çoğaldığı her aşamada göze çarpmaktadır. Bu işsizliğin verdiği psikolojik ve mali çöküntü altında kalan genç avukatların maalesef bir kısmının intihara yöneldiği, bir kısmının ise garson, kurye, güvenlik görevlisi olarak çalışmak zorunda kaldıklarına sıklıkla rastlanılmaktadır. Gerek fazla hukuk fakülteleri açılmasına ve gerekse mevcut hukuk fakültelerinden mezun olup

avukatlık ruhsatı alan avukat meslektaşlarımıza iş bulması konusunda baroların ve Barolar Birliğinin görünür ve etkin bir şekilde çaba göstermeleri gerekmektedir.

Başta metropol niteliğinde kentlerin baro başkanları olmak üzere büyükşehir konumunda olan illerin baro başkanlarının başkanlık süresince fiili avukatlık yapmamaları gerekmektedir. Gerektiğinde bu baro başkanlarına belli bir düzeyde maaş ödenmelidir. Böylece baro başkanlığı ve yönetiminin üye avukatların mesleki sorunlarıyla uğraşmalarına kolaylık ve zemin hazırlanmış olur.

Baro başkanlarından beklediğimiz çalışma ve vaatlerin başında şu hususlar sıralanabilir:

1-Yukarıda nitelikleri sıralanan ve seçilen baro başkanının başkanlık görevi süresince fiilen avukatlık yapmaması, böylece avukatların sorunlarıyla doğrudan uğraşmalarının istenmeli ve bu konuda kendilerine olanak tanınmalı,

2-Stajyerlerin gerek altı aylık adli staj dönemlerinde ve gerekse ikinci altı aylık avukat gözetimindeki staj dönemlerinde mutlak ve etkin bir şekilde baro tarafından denetim yapılmalı. Böylece adli staj döneminde "oturacak yerimiz yok, hafta sonu da gelir imza atarsın" gibi baştan savmaların ve avukat gözetimi sürecinde baroya bildirilen gözetimci avukatla ilginin kesilip küçük bir ücret karşılığı başka bürolarda çalışmalarıyla stajdan beklenen mesleki tecrübeden uzak kalınmasının önüne geçilmiş olur.

3-Stajyerlerin karşılaştıkları zorlukların neler olduğu hususunda bizzat kendileriyle görüşmek suretiyle sorunları öğrenilmeli ve başta kredi olmak üzere stajyerlerin gerekli ve zorunlu mesleki ihtiyaçları giderilmeli,

4-15 Temmuz sonrasında ortaya çıkan fiili uygulamayla engellenen avukat-hakim/savcı görüşmeleri yeniden rayına oturtulmalı, zira sayfalar dolusu dilekçe ile anlatılamayan bir husus avukat tarafından hakimle/savcıyla yüz yüze görüşme sırasında aktarılan üç beş cümleyle çok daha rahat bir şekilde anlatılabilmektedir. Bu durum yargılamanın sürüncemede kalmasını önleyecek ve isabetli bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olacaktır.

5-Duruşma günlerinin tayininde duruşma hakiminin adeta sadaka verircesine avukatın talebi es geçilerek uzunca talik günü vermesi ve buna karşı avukat itirazlarının mutlak bir şekilde nazara alınmasına çalışılmalıdır. Zira beş-altı ay sonrasına talik edilen bir duruşmanın veya tayin edilen bir keşif günü yaklaşmadan duruşma gününden itibaren on beş günlük kesin süreyle gider yatırılması, aksi takdirde davanın reddedileceği şeklindeki ihtarlarının önüne geçilmesi gerektiği gibi bu şekildeki ihtarların hazırlanması sırasında "kopyala yapıştır" uygulamasından vazgeçilmesi gerektiğine ilişkin Adalet Komisyonu Başkanlığı ve Adalet Bakanlığı ile görüşmeler yapılmalıdır. Ayrıca yeniden oluşturulacak böyle bir uygulama ile yaptırımların cezadan çok adeta eza haline gelmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.

6-Beş- altı ay sonrasına talik edilen bir davanın fahiş derecede gider masraflarının on beş günlük kesin sürede karşılanmasının zorunlu hale getirilmesi adliye veznelerinin adeta banka gibi para depo edilmesi için kullanıldığı ve bu durumun adaletin parası olan açısından gerçekleşeceği intibaı ortadan kaldırılmalı,

7-İcra müdürlükleri ve harçlarının yatırıldığı banka şubeleri önündeki adeta işkence haline gelen kuyrukların ek personel çalıştırılmasının sağlanması suretiyle giderilmeli,

8-Yeni seçilen baro yönetiminin senede bir kez olsa dahi üye avukatlarıyla telefon ve benzeri araçlarla veya bizzat yüz yüze olmak suretiyle görüşme yapıp avukatların sorunları, dilek ve temennileri konusunda bilgi alınmalıdır,

9-Bir takım zorluklarla adliyeye gelebilen avukatların asansör yetersizliği veya merdivenle ulaşmanın zorluğu nedeniyle duruşma saatlerini kaçırmalarının önüne geçilmeli, aynı şekilde özellikle Anadolu Adliyesinin girişinde baş gösteren trafik yoğunluğu giderilmeli, (Bu hususta avukatlara mahsus özel asansörlerin tahsisi ve adliye giriş yolunun belli saatlerde sadece avukat araçlarına tahsis edilmesiyle sorun giderilebilir.)

10-Adliyedeki mesai süresince yargı mercileri ve yargı personeline tanınan yiyecek ve içecekteki fiyatların avukatlar için de belli bir düzeye indirilmesi sağlanmalı,

11-Baro başkanlarının gerekli gördükleri basın açıklamalarının başta baro yönetimi, baro meclisi, disiplin ve denetim üyeleri ile komisyon başkanlarının mutlak katılımlarının sağlanması ve üyeler haberdar edilerek basın açıklamasının etkinliği açısından asgari 150-200 kişilik bir çoğunlukla yapılmasının sağlanması hususunda gerekli hassasiyetin gösterilmesine önem verilmelidir.

Yukarıda sıraladığımız öneriler sorunların çözülmesinde inandırıcılık yaratacağı gibi çözüme de yardımcı olacaktır.

14 Kasım 2023 SALI Resmî Gazete Sayı : 32369

CUMHURBAŞKANI KARARI

Karar Sayısı: 7782

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan gecikme zammı oranının, her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %3,5 olarak belirlenmesine, 6183 sayılı Kanunun mezkûr maddesi gereğince karar verilmiştir.

13 Kasım 2023

Recep Tayyip ERDOĞAN
CUMHURBAŞKANI

1 Aralık 2023 CUMA **Resmî Gazete** Sayı : 32386

TEBLİĞ

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasından:

Bankamızca, vadesine en çok 3 ay kalan senetler karşılığında yapılacak reeskont işlemlerinde uygulanacak iskonto faiz oranı yıllık yüzde 40,75, avans işlemlerinde uygulanacak faiz oranı ise yıllık yüzde 41,75 olarak tespit edilmiştir.

Belirlenen bu oranlar yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

14 Kasım 2023 SALI Resmî Gazete Sayı : 32369

TEBLİĞ

Hazine ve Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)'ndan:

TAHSİLAT GENEL TEBLİĞİ
(SERİ: C SIRA NO:7)

Tecil faizi

MADDE 1- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesinin Bakanlığımıza verdiği yetkiye istinaden, yıllık %24 olarak uygulanmakta olan tecil faizi oranı bu Tebliğin yayımı tarihinden itibaren yıllık %36 olarak belirlenmiştir.

6183 sayılı Kanunun 48 inci maddesine istinaden bu Tebliğin yayımı tarihinden itibaren yapılacak müracaatlara dayanılarak tecil edilen amme alacaklarına yıllık %36 oranında tecil faizi uygulanacaktır.

Bu Tebliğin yayımı tarihinden önce yapılan müracaatlara dayanılarak tecil edilecek olan amme alacakları ile bu Tebliğin yayımı tarihinden önce tecil edilmiş ve tecil şartlarına uygun olarak ödenmekte olan amme alacaklarına tecil şartlarına uygun olarak ödendikleri sürece müracaat tarihlerinden itibaren eski tecil faizi oranının uygulanması gerekmektedir.

Öte yandan, bu Tebliğin yayımı tarihinden önce tecil talebinde bulunulmuş ve talep kabul edilerek tecil edilmiş amme alacaklarına yönelik tecilin ihlal edilmiş olması ancak, yeni talepler üzerine yeniden tecil yapılması (tecilin geçerli sayılması) halinde, bu Tebliğin yayımlandığı tarihe kadar eski tecil faizi oranı, bu tarihten sonra ödenmesi gereken taksit tutarlarına ise %36 tecil faizi oranı uygulanacaktır.

Tecil faizi, Seri:A Sıra No:1 Tahsilat Genel Tebliğinde yer alan esaslar doğrultusunda hesaplanacaktır.

Yürürlük

MADDE 2- Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 3- Bu Tebliğ hükümlerini Hazine ve Maliye Bakanı yürütür.

25 Kasım 2023 CUMARTESİ Resmî Gazete Sayı : 32380

TEBLİĞ

Hazine ve Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)'ndan:

VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ

(SIRA NO: 554)

Bilindiği üzere, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesinin (B) fıkrasına göre, yeniden değerleme oranı, yeniden değerleme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dâhil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Türkiye İstatistik Kurumunun Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranı olup bu oranın Hazine ve Maliye Bakanlığınca Resmî Gazete ile ilan edilmesi gerekmektedir.

Bu hüküm uyarınca yeniden değerleme oranı 2023 yılı için % 58,46 (elli sekiz virgül kırk altı) olarak tespit edilmiştir.

Öte yandan, bu konuda daha önce yayımlanmış olan Tebliğler de yürürlükte bulunmaktadır.

Tebliğ olunur.

4 Kasım 2023 SALI Resmî Gazete Sayı : 32369

TEBLİĞ

Hazine ve Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)'ndan:

TAHSİLAT GENEL TEBLİĞİ

(SERİ: C SIRA NO:7)

Tecil faizi

MADDE 1- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesinin Bakanlığımıza verdiği yetkiye istinaden, yıllık %24 olarak uygulanmakta olan tecil faizi oranı bu Tebliğin yayımı tarihinden itibaren yıllık %36 olarak belirlenmiştir.

6183 sayılı Kanunun 48 inci maddesine istinaden bu Tebliğin yayımı tarihinden itibaren yapılacak müracaatlara dayanılarak tecil edilen amme alacaklarına yıllık %36 oranında tecil faizi uygulanacaktır.

Bu Tebliğin yayımı tarihinden önce yapılan müracaatlara dayanılarak tecil edilecek olan amme alacakları ile bu Tebliğin yayımı tarihinden önce tecil edilmiş ve tecil şartlarına uygun olarak ödenmekte olan amme alacaklarına tecil şartlarına uygun olarak ödendikleri sürece müracaat tarihlerinden itibaren eski tecil faizi oranının uygulanması gerekmektedir.

Öte yandan, bu Tebliğin yayımı tarihinden önce tecil talebinde bulunulmuş ve talep kabul edilerek tecil edilmiş amme alacaklarına yönelik tecilin ihlal edilmiş olması ancak, yeni talepler üzerine yeniden tecil yapılması (tecilin geçerli sayılması) halinde, bu Tebliğin yayımlandığı tarihe kadar eski tecil faizi oranı, bu tarihten sonra ödenmesi gereken taksit tutarlarına ise %36 tecil faizi oranı uygulanacaktır.

Tecil faizi, Seri:A Sıra No:1 Tahsilat Genel Tebliğinde yer alan esaslar doğrultusunda hesaplanacaktır.

Yürürlük

MADDE 2- Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 3- Bu Tebliğ hükümlerini Hazine ve Maliye Bakanı yürütür.

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 2458 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET OKTAY UZUNÇARŞILIOĞLU

14.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1925 yılında İstanbul'da doğmuş, 1948 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1950 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

1983 -1985 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Delegeliği ve 1969 Disiplin Kurulu üyeliği yapmıştır.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9585 sicil sayısında kayıtlı

Av. AKIN TUĞALAN

23/10/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Sivas Zara'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13176 sicil sayısında kayıtlı

Av. ALİ CİVAN YÜCEL

26.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1928 yılında Adana Kozan'da doğmuş, 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1984 yılında Sorgu Hakimliği'nden emekli olup, 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 80885 sicil sayısında kayıtlı

Av. COŞKUN YILDIRIM

26.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1958 yılında Elazığ Bayındır'da doğmuş, 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2021 yılında hakimlikten emekli olup, 2022 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 16181 sicil sayısında kayıtlı

Av. ERDOĞAN ÇETİN

13.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1959 yılında İstanbul'da doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4568 sicil sayısında kayıtlı

Av. ERDOĞAN GÖKÇE

07.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1932 yılında Edirne'de doğmuş, 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

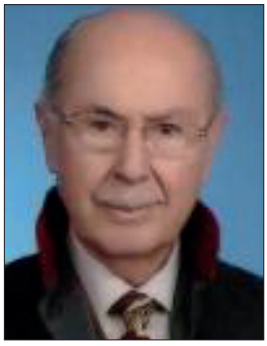
Baromuzun 15425 sicil sayısında kayıtlı

Av. FATİH ÇANKAYA

15.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1966 yılında Kahramanmaraş'ta doğmuş, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 2957 sicil sayısında kayıtlı

Av. FİKRET ARMAĞAN

05.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Aydın Nazilli'de doğmuş, 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

1984 – 1985 ve1986 – 1987 yılları arasında Yönetim Kurulu Üyesi ve 1985 yılında Türkiye Barolar Birliği delegeliği yapmıştır.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13278 sicil sayısında kayıtlı

Av. HANİFİ ALTAŞ

29.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında Oltu'da doğmuş, 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3333 sicil sayısında kayıtlı

Av. İZZET HATEM

07/11/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında İstanbul'da doğmuş, 1951 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1953 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12147 sicil sayısında kayıtlı

Av. KUDRET ERDOĞAN

10.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1954 yılında Kütahya Tavşanlı'da doğmuş, 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7624 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET SERBEST

08/08/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Hatay doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 17966 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUAMMER İYİDOĞAN

01/10/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında Sivas Yıldızeli'de doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1991 yılında Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan emekli olup, 1992 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 15978 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA YILDIRIM

30.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1964 yılında Kastamonu'da doğmuş, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 77618 sicil sayısında kayıtlı

Av. MÜCAHİT ERSÖZ

09.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1997 yılında Bolu'da doğmuş, 2020 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2021 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9659 sicil sayısında kayıtlı

Av. MÜJGAN BİLGİN

03.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1946 yılında Diyarbakır'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

1996 – 1998 ve 2000 yıllarında Türkiye Barolar Birliği delegeliği yapmıştır.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 48969 sicil sayısında kayıtlı

Av. NEZİHE PARLAR EKİNCİOĞLU

09.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1982 yılında Samsun'da doğmuş, 2013 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2014 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 32121 sicil sayısında kayıtlı

Av. NURSAFA PANDAR

01/10/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında İstanbul Silivri'de doğmuş, 2000 yılında Askeri Yargıtay'dan emekli olup, Ankara Barosu'na mesleğini ifaya başlamış, 2005 yılında Baromuz levhasına naklen gelmiştir.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 12246 sicil sayısında kayıtlı

Av. SABAHATTİN KUM

17.08.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Iğdır'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 2143 sicil sayısında kayıtlı

İstanbul Barosu'nun halen aktif olarak çalışan 2143 numaralı en kıdemli üyesi imza cetvelinin 1 numaralı üyesi

Av. SALİH BURHANETTİN (NURİ) TÜZEL

10/11/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1924 yılında Düzce'de doğmuş, 1946 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1949 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

1983 ve 1985 yıllarında da Türkiye Barolar Birliği delegeliği görevlerinde de bulunan merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9860 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEDAT TALU

24.09.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Elazığ Palu'da doğmuş, 1955 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Elazığ Barosu'nda yaparak, 1956 yılında Elazığ Barosu'na kaydolmuştur. 1975 yılında Baromuz levhasına naklen kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 15251 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEZAİ DENEL

06/11/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Elazığ Maden'de doğmuş, 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1988 yılında Edirne Ceza Hakimliği'nden emekli olup, 1988 yılında Edirne Barosu'na kaydolmuş, 1988 yılında Baromuz levhasına naklen kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 65476 sicil sayısında kayıtlı

Av. PROF DR YALÇIN ÇAKALIR

03/10/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Ankara'da doğmuş, 1975 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2016 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden emekli olup, 2019 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 15941 sicil sayısında kayıtlı

Av. YALÇIN KESGİN

29.10.2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1953 yılında Sinop Gerze'de doğmuş, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10174 sicil sayısında kayıtlı

Av. ZEKİ YEREBASMAZ

08/11/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1948 yılında Ordu Fatsa'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1973 yılında Ordu Barosu'nda avukatlığa başlamış, istifası sonrası hakimliğe geçmiş, hakimlikten istifa edip, 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	38079	SİNEM	GÖÇHAN	ADANA BAROSU	9/14/2023
2	41329	SAHRA	GENCER DAVARCI	BALIKESİR BAROSU	9/14/2023
3	45504	ALİ	DAVARCI	BALIKESİR BAROSU	9/14/2023
4	50728	CEM	ATMACA	BALIKESİR BAROSU	9/14/2023
5	58392	DUYGU	AYDIN DİRİ	BALIKESİR BAROSU	9/14/2023
6	72930	EZGİ MERVE	YURDAKUL	ORDU BAROSU	9/14/2023
7	73986	MURAT	KÜÇÜK	ERZİNCAN BAROSU	9/14/2023
8	81418	SEDAT	ERDEM	MARDİN BAROSU	9/14/2023
9	82293	NAZLI İZEL	ŞENDOĞAN YILDIRIM	ANKARA BAROSU	9/14/2023
10	83499	FIRAT	ÇAKAR	MUŞ BAROSU	9/14/2023
11	84160	MUHAMMED ALİ	GÜNAYDIN	ERZURUM BAROSU	9/14/2023
12	40326	ABDULLAH	KÖSE	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/21/2023
13	60827	BURCU	BULUT	BURSA BAROSU	9/21/2023
14	60844	GAMZE	ÖZTÜRK	SİVAS BAROSU	9/21/2023
15	62883	DENİZ	ATAR	ADANA BAROSU	9/21/2023
16	70460	UĞUR CAN	FİDAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/21/2023
17	73304	CEM	KARACA	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/21/2023
18	75814	FATMA SELİN	KOYUTÜRK	İZMİR BAROSU	9/21/2023
19	75844	OKTAY BURAK	YİĞİTBAŞ	GİRESUN BAROSU	9/21/2023
20	77233	NİSA AYÇA	ÇAM	ANKARA BAROSU	9/21/2023
21	80703	ONUR	MUT	KARAMAN BAROSU	9/21/2023
22	80932	DOĞAN	CANPOLAT	IĞDIR BAROSU	9/21/2023
23	81267	FATİH NECMET-TİN	GÜRLEK	YALOVA BAROSU	9/21/2023
24	81300	MERVE	KARAYİĞİT	MERSİN BAROSU	9/21/2023
25	82350	ALİ	KILINÇ	KARAMAN BAROSU	9/21/2023
26	84599	DİLARA	KİRİŞÇİ	KARAMAN BAROSU	9/21/2023
27	85462	MELİKE	BAYHAN	SİVAS BAROSU	9/21/2023
28	86411	EBRU	ŞAŞOOĞLU	SİİRT BAROSU	9/21/2023
29	13972	SALİH	ÇOHAZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
30	22868	FATMA	SELMAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
31	40343	PINAR DENİZ	HANEDAR	İZMİR BAROSU	9/28/2023
32	44284	EYLEM	TENEKECİ DEMİR	ANTALYA BAROSU	9/28/2023
33	45124	AYŞEGÜL	ADIYAMAN	MUĞLA BAROSU	9/28/2023
34	47303	BURÇİN	KARADAĞ	İZMİR BAROSU	9/28/2023
35	51344	MEVLANA UBEY-DULLAH İSMAİL	BİLİR	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
36	53022	OĞUZ KAAN	PEHLİVAN	ANKARA 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
37	56090	ÖNDER	UZAR	ANKARA BAROSU	9/28/2023
38	58057	ERTUĞ BERKER	DEMİRAY	BURSA BAROSU	9/28/2023
39	59558	ALEV	BABAYİĞİT	ZONGULDAK BAROSU	9/28/2023
40	68609	BURAK	AKSU	İZMİR BAROSU	9/28/2023
41	69167	TUĞÇE	KOYUNCU	MUĞLA BAROSU	9/28/2023
42	69309	ERKAN	CERAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
43	69732	AYSEL İLKE	BAŞARA	MUĞLA BAROSU	9/28/2023
44	69995	DİLAN	YAMER	KIRKLARELİ BAROSU	9/28/2023
45	70482	İSMAİL	YILMAZ	VAN BAROSU	9/28/2023

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
46	72137	BATUHAN	SANCAK	ADANA BAROSU	9/28/2023
47	73155	CEMRE	GÜLŞEN	SAKARYA BAROSU	9/28/2023
48	74332	CENGİZ DORUK	TANDOĞAN	İZMİR BAROSU	9/28/2023
49	74841	EZGİ SENA	ALTUNTAŞ	ARTVİN BAROSU	9/28/2023
50	75311	NURAY BUSE	DAĞDEVİREN	ANKARA BAROSU	9/28/2023
51	76629	MELTEM	KARA	KAHRAMANMARAŞ BAROSU	9/28/2023
52	77357	DERYA	KÖSE	SAKARYA BAROSU	9/28/2023
53	78106	YAVUZ	ERDOĞAN	ANTALYA BAROSU	9/28/2023
54	80750	YUNUS EMRE	ALTINTOP	MANİSA BAROSU	9/28/2023
55	81030	BEGÜM ESRA	HERGÜNER	EDİRNE BAROSU	9/28/2023
56	81381	SULTAN SERAY	AYDIN	ANKARA 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
57	81726	AYSUN	AVCI	ANKARA BAROSU	9/28/2023
58	82824	BEKİR BERA	GÖKSU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
59	83046	ASYA	YEŞİLYURT	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
60	83241	OĞUZ	TANER	MALATYA BAROSU	9/28/2023
61	83276	MUHAMMED	DEMİREL	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
62	83513	BÜŞRA NAZ	DAŞKAPAN	ANKARA BAROSU	9/28/2023
63	83546	ENES	FINDIK	MANİSA BAROSU	9/28/2023
64	85221	SELİN	ALTINOK	MERSİN BAROSU	9/28/2023
65	87090	YAHYA UMUT	TİMURKAYNAK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	9/28/2023
66	25871	ASUMAN	İREZ	ESKİŞEHİR BAROSU	10/5/2023
67	28692	SELAMETTİN	ÖZCAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/5/2023
68	33986	EYLÜL	ERGÜN	KARABÜK BAROSU	10/5/2023
69	43868	ALİ	KÖROĞLU	ŞANLIURFA BAROSU	10/5/2023
70	56755	SEREN	KARAKAŞ	BURSA BAROSU	10/5/2023
71	58533	YASİN ONUR	ORHAN	MERSİN BAROSU	10/5/2023
72	61683	HALİS	DÖNDÜ	MERSİN BAROSU	10/5/2023
73	67682	BEHMAN DOĞU-HAN	BAYAT	SAMSUN BAROSU	10/5/2023
74	68653	MERVE KÜBRA	AYDEMİR	OSMANİYE BAROSU	10/5/2023
75	69110	AYLİN	HAKKOMAZ	AFYONKARAHİSAR BAROSU	10/5/2023
76	72271	TUÇE KARDELEN	YAZGAN	TEKİRDAĞ BAROSU	10/5/2023
77	73367	MÜCAHİT ENES	KARADAĞ	OSMANİYE BAROSU	10/5/2023
78	74232	ROZERİN	ATEŞ	ANTALYA BAROSU	10/5/2023
79	75232	FATİH	GÖKALTIN	KOCAELİ BAROSU	10/5/2023
80	75463	HATİCE KÜBRA	KARADAĞ	OSMANİYE BAROSU	10/5/2023
81	77144	HÜSEYİN	ARSLAN	ŞANLIURFA BAROSU	10/5/2023
82	79620	İREM	KAYA	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/5/2023
83	80369	MEHMET	ALTIN	MUŞ BAROSU	10/5/2023
84	81832	SEREN	CELBAKOĞLU	ANKARA BAROSU	10/5/2023
85	83016	BÜŞRA	TUNA	DENİZLİ BAROSU	10/5/2023
86	83341	ECE	EKŞİ	EDİRNE BAROSU	10/5/2023
87	83418	EGE	KANDEMİR	BURSA BAROSU	10/5/2023
88	85156	SELİM İSMAİL	AKKURT	MARDİN BAROSU	10/5/2023
89	85771	ABDULKADİR FURKAN	KOLAY	BURSA BAROSU	10/5/2023
90	87620	HAVVA MERVE	ÖZDEMİR	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/5/2023
91	87872	TARIK	YAZICI	ANKARA BAROSU	10/5/2023

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
92	12673	TÜLAY	ATEŞ	DÜZCE BAROSU	10/12/2023
93	31817	SERHAT GÜLABİ	YILMAZ	ADANA BAROSU	10/12/2023
94	55727	CEYDA	ARSLAN	MUĞLA BAROSU	10/12/2023
95	62382	ABDULLAH	ABDİ	TRABZON BAROSU	10/12/2023
96	62512	EMİNE ESRA	ÇELEBİ	ADANA BAROSU	10/12/2023
97	69652	CEMAL BERK	BAYRAKTAR	AYDIN BAROSU	10/12/2023
98	72852	ABDULLAH	BUDAK	ŞIRNAK BAROSU	10/12/2023
99	74061	FURKAN	ŞAVK	ANKARA BAROSU	10/12/2023
100	76073	ZEYNEP	ÖZENTÜRK	ANKARA BAROSU	10/12/2023
101	77660	ABDULSAMET	KARABİNA	TRABZON BAROSU	10/12/2023
102	78520	MERVE	ÖNCEL	ŞANLIURFA BAROSU	10/12/2023
103	78970	EYMEN	METE	İZMİR BAROSU	10/12/2023
104	80877	AYHAN	ÜNAL	ANKARA BAROSU	10/12/2023
105	82365	MERT	GÜRBÜZ	ANKARA BAROSU	10/12/2023
106	83814	BİLGE KAAN	KEÇE	ADANA BAROSU	10/12/2023
107	84954	SERPİN BUKET	KASAP	MUĞLA BAROSU	10/12/2023
108	85631	BETÜL	ÇAVAŞ	KONYA BAROSU	10/12/2023
109	86460	MUSTAFA BURAK	YORULMAZ	ADIYAMAN BAROSU	10/12/2023
110	87001	GÜLŞAH	TURSUN	TRABZON BAROSU	10/12/2023
111	87666	SÜLEYMAN ENES	BUDAK	DİYARBAKIR BAROSU	10/12/2023
112	88385	HASAN	GÜNGÖR	ŞANLIURFA BAROSU	10/12/2023
113	15037	AYSUN	TANDOĞAN	İZMİR BAROSU	10/19/2023
114	22859	ERDEM İLKER	MUTLU	ANKARA BAROSU	10/19/2023
115	23536	ŞABAN	DURUK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/19/2023
116	29031	AYHAN	CEYLAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/19/2023
117	30715	ALİ OKTAY	COŞGUN	ÇANAKKALE BAROSU	10/19/2023
118	38358	FATMA NUR	BALCI	KOCAELİ BAROSU	10/19/2023
119	41896	ERDEM	YILDIZ	MUĞLA BAROSU	10/19/2023
120	42699	TURGAY	YAMANER	ORDU BAROSU	10/19/2023
121	50433	HİLAL	TAŞ	ÇANAKKALE BAROSU	10/19/2023
122	62902	NAZLICAN	KARA	HATAY BAROSU	10/19/2023
123	63043	ÖZLEM	POLAT	DÜZCE BAROSU	10/19/2023
124	65027	İSMAİL	KIRATLI	KIRIKKALE BAROSU	10/19/2023
125	65118	AYŞENUR	OKTAR	MERSİN BAROSU	10/19/2023
126	67869	NAZ	ATAKAY	SAKARYA BAROSU	10/19/2023
127	68098	MUHAMMED	ŞENEL	GİRESUN BAROSU	10/19/2023
128	71060	HASAN	UYAR	AYDIN BAROSU	10/19/2023
129	71767	CANSU	ATAK	ÇANAKKALE BAROSU	10/19/2023
130	74722	İSMAİL BURAK	BERBEROĞLU	KÜTAHYA BAROSU	10/19/2023
131	75659	AYŞEN EZGİ	ÖZTÜRK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/19/2023
132	75966	FATMA	ÇALIŞKAN	MUĞLA BAROSU	10/19/2023
133	77313	AHMET	ÖĞÜT	TEKİRDAĞ BAROSU	10/19/2023
134	77673	HACI MEHMET	BAYAZIT	AKSARAY BAROSU	10/19/2023
135	79802	BERRE	OLCAY	BURSA BAROSU	10/19/2023
136	80140	BURAK	ÇAKACAK	SAKARYA BAROSU	10/19/2023
137	80150	RUKİYE	PARLAK	ŞANLIURFA BAROSU	10/19/2023
138	80931	ZÜBEYDE SİMGE	TAŞYÜREK	ANTALYA BAROSU	10/19/2023

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
139	86606	AYŞEN	TARAKÇI	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/19/2023
140	87169	AYÇA	BİLAN	ANKARA BAROSU	10/19/2023
141	87477	DOĞA NİSAN	ÇELİK	MARDİN BAROSU	10/19/2023
142	88472	SEMA	GERÇEKCİOĞLU	KIRŞEHİR BAROSU	10/19/2023
143	20921	RAFET	BAYRAM	ÇANAKKALE BAROSU	10/26/2023
144	23517	RECEP İLHAMİ	DİNÇ	ÇANAKKALE BAROSU	10/26/2023
145	55242	ÖZGE	ERBİL UYSAL	ANKARA BAROSU	10/26/2023
146	67384	NAZLICAN	AYDOĞDU	BURSA BAROSU	10/26/2023
147	68560	AHMET	GEPEK	ADIYAMAN BAROSU	10/26/2023
148	69968	GENCAY	KOÇ	SİNOP BAROSU	10/26/2023
149	71481	EFECAN	DEMİRCİ	İZMİR BAROSU	10/26/2023
150	74192	SEDA	SARI	ESKİŞEHİR BAROSU	10/26/2023
151	74391	DEVRİM	AKTAŞ	ADANA BAROSU	10/26/2023
152	79259	ÇAĞLANUR	GENÇ	KONYA BAROSU	10/26/2023
153	79320	ELİF	KAYA	ANKARA BAROSU	10/26/2023
154	82352	İSMAİL BURAK	YİĞİT	İZMİR BAROSU	10/26/2023
155	83054	RECEP YAHYA	EPÇAÇAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/26/2023
156	85484	TAHA	KARASU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	10/26/2023
157	86703	AYSEL	ABDIYEVA TABAN	ELAZIĞ BAROSU	10/26/2023
158	88518	EFRAİM	ÇELEBİ	HATAY BAROSU	10/26/2023
159	88725	HATİCE SU	KULALI	ANTALYA BAROSU	10/26/2023
160	47416	UMUT ŞAFAK	ÜNSAL	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/2/2023
161	57496	SALİH	GEZMİŞ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/2/2023
162	62117	ÖZGÜN	OKTAY ÖZÇELİK	ANTALYA BAROSU	11/2/2023
163	62861	YELDA	YARDIMCI	BURSA BAROSU	11/2/2023
164	63010	HACI BAYRAM	ÖNAL	YOZGAT BAROSU	11/2/2023
165	72395	SELEN	BİLGİN	SAMSUN BAROSU	11/2/2023
166	74444	EMRULLAH	KAVAK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/2/2023
167	76671	ZEHRA BETÜL	BULUT	TEKİRDAĞ BAROSU	11/2/2023
168	79736	TARIK	AKIN	ANTALYA BAROSU	11/2/2023
169	80726	NAHİDE	ŞİMAY	ANKARA BAROSU	11/2/2023
170	81386	KÜBRA	ÇİFTÇİ	VAN BAROSU	11/2/2023
171	82608	ROZERİN	CEVAHİR	ANKARA BAROSU	11/2/2023
172	83509	UTKUCAN	BÜKRÜ	ZONGULDAK BAROSU	11/2/2023
173	85734	NURBANU	ÖMEROĞLU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/2/2023
174	86096	ELİF	KARATEKE	İZMİR BAROSU	11/2/2023
175	86532	SEMA	KARAYAZICIOĞLU	ÇANAKKALE BAROSU	11/2/2023
176	86825	HANİFE	DOĞAN ÖNKOL	MERSİN BAROSU	11/2/2023
177	87071	BÜŞRA	KIZILATEŞ	İZMİR BAROSU	11/2/2023
178	87080	FURKAN	SAMSAMA	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/2/2023
179	88035	EMRE	DAMLACA	AFYONKARAHİSAR BAROSU	11/2/2023
180	26736	YUSUF	ULUTAŞ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/9/2023
181	33980	FERHAT	POLAT	İZMİR BAROSU	11/9/2023
182	36271	ASLI	AÇIKGÖZ	BURSA BAROSU	11/9/2023
183	40967	ADEM	ATAKOĞLU	SAMSUN BAROSU	11/9/2023
184	41280	EYLEM	ASRAV AKINHAY	AYDIN BAROSU	11/9/2023
185	43519	YASİN	KAZAN	BARTIN BAROSU	11/9/2023

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
186	50933	ELİF	UYANIK	ESKİŞEHİR BAROSU	11/9/2023
187	59427	ALİİHSAN	TAŞ	ANTALYA BAROSU	11/9/2023
188	61981	NEHİR	AK	ANKARA BAROSU	11/9/2023
189	62525	MEHMED FATİH	GÖKSU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/9/2023
190	66531	FİRUZE PINAR	GÖRKEMLİ	ANTALYA BAROSU	11/9/2023
191	69346	RABİA	YILMAZ	ANKARA BAROSU	11/9/2023
192	69647	TANSU	GÜÇLÜ	ANKARA BAROSU	11/9/2023
193	75036	ZEYNEP MERVE	KAYA	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/9/2023
194	80764	SEVİLAY	YUMUK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/9/2023
195	80924	TOLUNAY	KUTLUAY	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/9/2023
196	81055	ASLI	ARSLAN	KOCAELİ BAROSU	11/9/2023
197	82016	ERTAN	ALTUNSOY	ORDU BAROSU	11/9/2023
198	83072	MUSTAFA ERKMEN	AYDIN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	11/9/2023
199	83995	NUREFŞAN	KARA KÜÇÜKTÜFEKÇİ	ADANA BAROSU	11/9/2023
200	85064	ELİF ÖZLEM	ŞİMŞEK	SAMSUN BAROSU	11/9/2023
201	86558	RUMEYSA	BİLGİ	İZMİR BAROSU	11/9/2023
202	86868	ÇAĞATAY	ÇAĞ	ANKARA BAROSU	11/9/2023

AYRILMALAR

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	67960	BEGÜM	SAVAŞ	9/14/2023
2	73957	OLCAY	MERMER	9/14/2023
3	76541	MEHMED BAHADIR	ÇİL	9/14/2023
4	76578	YAVUZHAN	DERİN	9/14/2023
5	76986	OĞUZHAN	BENZER	9/14/2023
6	77092	MÜGE	GÜLTEKİN	9/14/2023
7	77197	BÜŞRA	YILMAZ	9/14/2023
8	83478	HALİL BERKAY	MAVİ	9/14/2023
9	84312	KASIM	ARI	9/14/2023
10	87324	EZGİNUR	GÖÇER	9/14/2023
11	17877	OKAN	USLU	9/21/2023
12	76715	MUSTAFA	SARITEKE	9/21/2023
13	78338	YUSUF	DİKER	9/21/2023
14	79864	MUSTAFA	TÜRKKAHRAMAN	9/21/2023
15	55703	YILDIZ	ÜLKER	9/28/2023
16	69877	CANBERK	ŞENGÜL	9/28/2023
17	84736	CENK	ERSOY	9/28/2023
18	87745	ABDULKADİR	KARAARSLAN	9/28/2023
19	15395	SÜLEYMAN	POLAT	10/5/2023
20	19238	DENİZ	BERKHAN	10/5/2023
21	22310	ÜMİT KAYA	PARALI	10/5/2023
22	51945	BAHAR	ÖTE	10/5/2023
23	83381	MÜCAHİT	ÇABUKER	10/5/2023
24	54226	SERHAT	KILIÇ	10/12/2023
25	64308	SÜMEYYE	EROĞLU	10/12/2023
26	73222	RABİA	AKCAN	10/12/2023
27	79719	HÜSEYİN	ZEYBEK	10/12/2023
28	84528	DİLEK	BAYRAKTAR	10/12/2023
29	87969	MEHMET FATİH	ALP	10/12/2023
30	88406	ÖZGE	AKBAŞ KAYGUSUZ	10/12/2023
31	52747	ARSLAN	SERTKAYA	10/19/2023
32	60551	ZÜMRA	ZOR	10/19/2023
33	71414	EMRE	ERGÜN	10/19/2023
34	72799	BEYZA	BAYRAK	10/19/2023
35	75339	ASLI NAZLI	DERVİŞ	10/19/2023
36	77491	EZGİ	YAVUZ	10/19/2023
37	77977	ALİ EMİR	ACAR	10/19/2023
38	78679	SABRİYE	ÖZKAN	10/19/2023
39	79718	ÖMER	ODABAŞIOĞLU	10/19/2023
40	81594	ONUR CAN	BOZKURT	10/19/2023
41	82283	GÜLEN	AKYÜREK	10/19/2023
42	85103	CAN	DEMİRCİ	10/19/2023
43	87240	KÜRŞAT NUMAN	ÇALIŞKAN	10/19/2023
44	49725	DENİZ	KEPENEK KOCAMAN	10/26/2023
45	58103	SÜMEYYE	CAN BULUT	10/26/2023
46	62711	NİDA	AYDIN	10/26/2023
47	63980	BERK	ŞANLI	10/26/2023

AYRILMALAR

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
48	74497	MERVE	AYVERDİ	10/26/2023
49	81185	ÇAĞRI EMRE	TEKİN	10/26/2023
50	81647	HALE	AÇIKGÖNÜL KARGAN	10/26/2023
51	88355	ASLIHAN	AŞİYAN	10/26/2023
52	72651	NURCAN	ÖZCAN	11/2/2023
53	74758	YUSUF	ERTAN	11/2/2023
54	80290	HASAN BASRİ	ZAMANİS	11/2/2023
55	22172	GÜLAY	ÇERİK	11/9/2023
56	69190	MUHAMMED ENES	AKGÜL	11/9/2023
57	79631	HİLAL	ÇENGEL	11/9/2023

KAVRAM DİZİNİ

Kavram Dizini

A

11 YILLIK KİRACI BAKIMINDAN UYGUN VE MAKUL İNDİRİM YAPILMASI.. 252
ADİ YAZILI SÖZLEŞME İLE KARARLAŞTIRILAN EDİMLERİN YERİNE GETİRİLDİĞİ İDDİASI.... 260
AİLE KONUTU ŞERHİ.... 269
AİLE KONUTU ŞERHİNİN KURUCU DEĞİL AÇIKLAYICI OLMASI.... 269
AYNI TAŞINMAZ ÜZERİNE BİRDEN FAZLA HACİZ KONULMASI 291

B

BAŞKA ŞEKİLDE İSPATLANMASI MÜMKÜN OLMAYAN BİR HAL İÇİNDE OLMA 305
BDDK RAPORUNUN DAVACIYA İLİŞKİN KISMININ VERİLMESİ 313
BİLGİ EDİNME DEĞERLENDİRME KURULU KARARI 313
BİLGİ EDİNME HAKKI.... 313
BİLİRKİŞİLERCE BOŞ OLARAK KİRAYA VERİLMESİ HALİNDE GETİREBİLECEĞİ AYLIK KİRA BEDELİNİN SAPTANMASI 252
BORCA İTİRAZ İRADESİNİN ORTAYA KONULMASININ YETERLİ OLDUĞU İDDİASI.... 292
BORDRO HİLESİ 284
BOŞ KAĞIDA İMZA.... 280
BOZMA KAPSAMI DIŞINDA KALAN HUSUSLARIN KESİNLEŞMESİ VE LEHİNE OLAN TARAF BAKIMINDAN USULİ MÜKTESEP HAK TEŞKİL ETMESİ.... 288
BOZMA SONRASINDA AŞINMAZIN TAHLİYESİ NEDENİYLE DAVANIN KONUSUZ KALMASI.... 279
BOZMAYA UYULDUKTAN SONRA VERİLECEK KARAR 275

D

DAVACI HAKKINDA KULLANILAN İFADELERİNHAKSIZ REKABET OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI.... 254

DELİLİN ELDE EDİLİŞ BİÇİMİ 271
DELİLLERİN GÜVENİLİRLİĞİNİ SAĞLAMA 299
DENİZ İŞ KANUNU İLE İŞ KANUNU'NUN GEMİ KAPSAMI 263
DİLEKÇE İÇERİĞİNİN ŞİKAYETE KONU TAKİP DOSYASI İLE İLGİSİ OLMAMASI 292

E

ECZACI KALFASININ HATALI ENJEKSİYON YAPMASI 273
ECZACI KALFASININ REÇETEDE YAZILI İLAÇ YERİNE MUADİL İLAÇ VERMESİ 303
ERKEĞE AİT TELEFONDAKİ GÖRÜŞME DETAYLARININ ELDE EDİLMESİ 271
EŞİNE AİT TELAFONA GİZLİCE CASUS PROGRAM YÜKLEME 305
EŞİNİN GÜVEN SARSICI DAVRANIŞLARINI KANITLAMA İHTİYACI 305
ETKİN PİŞMANLIK 298
EVDE YAPILAN ARAMADA HAZIR BULUNDURULMASI GEREKEN KİŞİLER 299
EVLENMEKLE TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMIŞ OLMASI 277

F

FAZLA ÇALIŞMA 284
FAZLAYA İLİŞKİN HAKLARIN DAVA EDİLMESİ 249

G

GEMİADAMI HİZMET ALACAĞI 263

H

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU 305
HACZİN YENİLENMESİ 291
HAKSIZ BİR SALDIRI ALTINDA OLMA 305
HUKUKA AYKIRI DELİL 271

I

ISLAH İLE REESKONT FAİZİ TALEP EDİLMESİ 290
ISLAH TALEBİNİN ASIL ALACAĞIN FERİSİNE İLİŞKİN OLMASI 290
İFADE AÇIKLAMALARININ ELEŞTİRİ SINIRININ ÖTESİNDE LÜZUMSUZ YERE İNCİTİCİ BEYAN OLUP OLMADIĞI 254
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI 254
İHBARNAMEYE EKLENEREK TEBLİĞ EDİLMEMESİ 311
İPOTEĞİN VE HACİZLERİN KALDIRILMASI 269
İŞSİZLİK ÖDENEĞİNDEN ÇIKIŞ KODU NEDENİYLE YARARLANAMAMA 286
İŞTEN AYRILIŞ BİLDİRGESİNDEKİ KOD NUMARASININ DEĞİŞTİRİLMESİ 286

K

KALICI SAKATLIK 273
KASTIN YOĞUNLUĞU 297
KAZANCIN KAYIT VE BEYAN DIŞI BIRAKILDIĞI İDDİASI 309
KESİN DELİL 249
KISA KARAR İLE GEREKÇELİ KARAR ARASINDA ÇELİŞKİ 288
KISMİ DAVA 249
KISMİ DAVA DEVAM EDERKEN EK DAVANIN AÇILMASI 249
KISMİ DAVA VE BİLİRKİŞİ RAPORLARININ KESİN DELİL HALİNE GELİP GELMEYECEĞİ 249
KİRA BEDELİNİN HAK VE NESAFET İLKELERİNE GÖRE BELİRLENMESİ 252
KİRALANAN TESLİM EDİLMEMİŞ OLSA BİLE SÖZLEŞME VAR SAYILIR 280
KUSUR BELİRLEMESİ 271

M

MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT 273
MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİ 241
MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI NEDENİYLE İNDİRİM 297

MALULİYET ORANININ TESPİTİ 273
MATUFİYET KOŞULU 254
MİRAS BIRAKAN YA DA MİRASÇININ YABANCI OLMASI 282
MİRASÇILIK BELGESİ 282
MÖHUK'A GÖRE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN ŞEKLİ 275

P

PRİM ÖDEMESİ 284

R

RE'SEN SALINAN BİR KAT VERGİ ZİYAI CEZASI 309
RİM YAPILMASI
İNDİRİMİN DAVACI TARAFINDAN TALEP EDİLEN MİKTAR MI YOKSA BİLİRKİŞİ TARAFINDAN BELİRLENEN KİRA ÜZERİNDEN Mİ YAPILACAĞI 252

S

SAHTE FATURA 311
SANIĞIN SABIKALI GEÇMİŞİ 297
SANIĞIN TAKSİRİNİN BULUNMAMASI 303
SATIŞ İSTEME SÜRESİ 291
SEÇİMLİ ŞEKİL 275
ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN İSTİSNALARI 260
ŞÜPHE ÜZERİNE DURDURMA VE ARAMA KARARI BULUNMAMASI 298

T

TAHLİYE TAAHHÜDÜ 279, 280
TAKDİR KOMİSYONU KARARI 309
TARAFLARCA İMZALANMAYAN SÖZLEŞME VE PROTOKOL HÜKÜMLERİNE GÖRE DEĞERLENDİRME YAPILAMAYACAĞI 260
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVRİNİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİ OLMASI İÇİN RESMİ ŞEKİLDE YAPILMASI ... 260
TERDİTLİ DAVA 281

TEREKEDE GAYRİMENKUL BULUNMASI 282
TESPİT DAVASI 286
TRAFİK MÜŞAVİRLİĞİ 309
TÜM KADEMELİ TALEPLER REDDEDİLMEDİKÇE
KARŞI TARAF LEHİNE AVUKATLIK ÜCRETİ TAKDİR EDİLEMEMESİ 281

U

UYAP ÜZERİNDEN GÖNDERİLEN BORCA İTİRAZ DİLEKÇESİNİN
BAŞKA BİR TAKİP DOSYASI İLE İLGİLİ BEYAN DİLEKÇESİ OLMASI 292
UYUŞTURUCU MADDELERİN ÇEŞİTLİLİĞİ VE KİŞİSEL KULLANIM
SINIRLARININ ÜZERİNDE OLMASI 299
UYUŞTURUCU MADDELERİ SANIĞIN KENDİ RIZASI İLE
TESLİM ETMESİ 298
UZAMA DÖNEMİNİN BİTİMİNDEN ÖNCE KİRA SÖZLEŞMESİNİN
YENİLENMEYECEĞİNİN İHTARI 279

V

VASİYETÇİNİN MİLLİ HUKUKU 277
VASİYETNAMENİN ALMAN KANUNA UYGUN YAPILIP YAPILMADIĞI 275
VASİYETNAMENİN FRANSA'DA DÜZENLENMESİ 277
VERGİ TEKNİĞİ RAPORU 311

Y

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN VASİYETNAME 275
YAĞMA SUÇU 297
YARGILAMA GİDERLERİ 279
YAZININ KAMUSAL TARTIŞMAYA KATKISI OLUP OLMADIĞI 254
YENİLİK DOĞRURUCU HAK 290