

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: V
Sayı: 2
Güz 2018



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Serdar Kale
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları

Arş. Gör. Mustafa Çattık
Arş. Gör. Abdullah R. Gencer

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad.
No: 40/16 34815 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Karakuş İletişim Yapı San. ve Tic. Ltd Şti.
Ziya Gökalp Mahallesi Süleyman Demirel Bulvarı
Sinpaş İş Modern A 17-18 İkitelli İstanbul
Tel: 0212 501 82 20

ISSN

2148-6883

İstanbul Medipol Üniversitesi**Hukuk Fakültesi Dergisi****Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Dr. Öğr. Üye. Levent Korkut

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.
Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve
Fransızca dillerinde makaleler kabul
edilmektedir.



İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Mehmet Emin Artuk

Kriminolojinin Tanımı 5

Hüseyin Melih Çakır

Yapı Kayıt Belgesi 15

Yavuz Güloğlu

Türkiye’de Koruma Altındaki Yabani Hayvanların Vermiş Olduğu Zararlardan İdarenin Hukuki Sorumluluğu 93

Selman Karakul

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü. 125

Muhammet Celal Kul

Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları
(Askerî Kuvvetlerin Yabancı Ülkelerdeki Durumuna Dair Anlaşmalar):
Amerika Birleşik Devletleri’nin Irak, Japonya ve Güney Kore
ile İkili Tecrübesi. 157

ÖZEL HUKUK

Muhammet Emin Bingöl

Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği. 197

Ali Demirbaş

Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası 219

Emrah Kulaklı

Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi 237

Seçkin Nazlı

İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi 269

Elce Tutar

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi 293

KAMU HUKUKU

Kriminolojinin Tanımı*

Definition of Criminology

Mehmet Emin ARTUK**

ABSTRACT

In this article, various definitions of criminology are given. Louis Braffort explains the difficulty of identifying criminology in preface of Etienne de Greeff's "Introduction à la criminologie" Paris, 1948 (s. 12): "It is not easy to define this branch of science. Because it concerns both human beings and society and it shares all the uncertainties seen in the disciplines examining the constantly evolving and changing person."

In the strict sense, criminology is an experimental science that investigates the social and personal causes of criminalness.

In the broad sense, criminology is an "experimental science that examines all aspects of the crime." In this sense, criminology includes, crime anthropology, crime sociology, crime prophylaxis, criminal psychology, penology and crime policy, in a word, all the sciences that Von Liszt refers to as the "auxiliary criminal sciences."

Keywords: criminology, the definition of criminology, the definition of criminology in narrow sense, the definition of criminology in broad sense

I. Kriminolojinin Tanımı

Literatürde, kriminolojiyle¹ ilgili değişik tanımlar yapılmıştır. Bu tanımların birbirlerinden ayrılmalarının nedeni, müelliflerin özellikle kriminolojinin kapsamı konusunda farklı görüşlere sahip olmalarındandır. Geniş ve dar anlamda kriminolojiyi tanımlayan Bonger'e göre, geniş anlamda (Sensu lato) kriminoloji, "suç olayını bütün yönleriyle inceleyen deneysel bir bilimdir". Bu anlamda kriminoloji, suç antropolojisi, suç sosyolojisi, suç profilaksisi, suç psikolojisi, penoloji, suç politikası, tek kelimeyle Von Liszt'in "yardımcı ceza bilimleri" olarak ifade ettiği bütün bilimleri kapsamaktadır. Müellife göre, dar anlamda kriminoloji (Sensu stricto) ise, "suçluluğun toplumsal ve kişisel nedenlerini

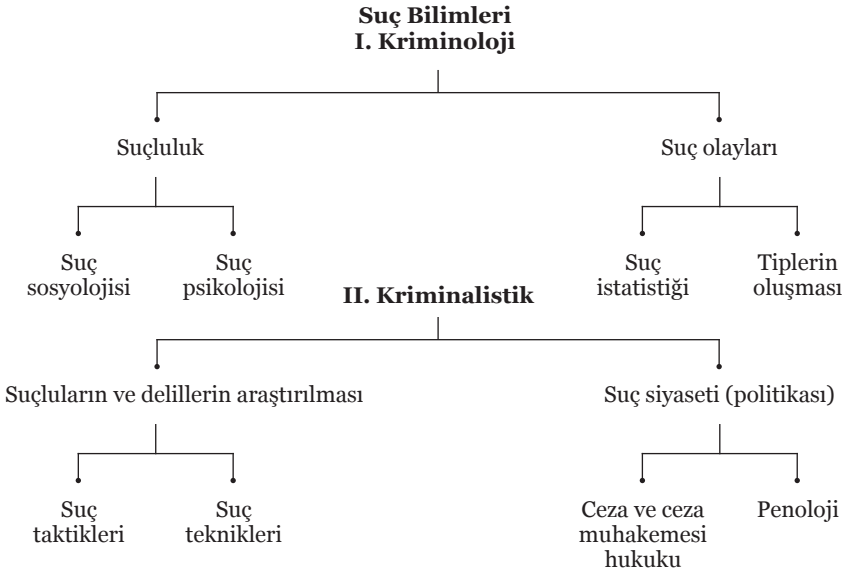
* Makale gönderim tarihi: 09.11.2018. Makale kabul tarihi: 22.11.2018. Mehmet Emin Artuk, "Kriminolojinin Tanımı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 5-14.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: meartuk@medipol.edu.tr.

1 Bonger'e (1876-1940) göre, "kriminoloji" sözcüğü (etimoloji: suçun incelenmesi, étude du crime) ilk defa P. Topinard (1830-1911) adlı bir Fransız hekim tarafından kullanılmış ve bu ismi taşıyan ilk eser Garofalo (1852-1935) tarafından yayımlanmıştır (Torino 1885). bkz. Jean Constant, *Eléments de Criminologie*, Liège, 1949, s. 9.

araştıran deneysel bir bilimdir”. Bu tanım, kalıtsal, biyolojik etmenlerin incelenmesini kısaca suç antropolojisini, kriminolojinin kapsamı dışında bırakmaktadır. Diğer bir anlatımla, tanım, kriminolojinin konusunu suç sosyolojisi ve psikolojisiyle sınırlamıştır². Sutherland’a göre kriminoloji, “toplumsal bir olay olarak kabul edilen suçla ilgili tüm bilgilerin toplamıdır”. Bu tanımın sınırları içinde kalınması durumunda kriminoloji, ceza mevzuatının, suçun, suçluların ve suçlulara karşı oluşan toplumsal tepkinin incelenmesini kapsamına alır. Böylece Sutherland’ın bu çok geniş tanımı, dar anlamda kriminolojinin kapsamına girmeyen ceza hukuku, suç profilaksisi, suç antropolojisi ve penoloji gibi bilimlerini kriminolojiye dahil etmektedir. Bu çok geniş tanım, ayrıca geniş anlamda kriminolojinin konusuna girmeyen mevzuları da kriminolojiye dahil etmektedir. Örneğin, ceza hukuku felsefesi³.

Suç bilimlerini, kriminoloji ve kriminalistik olmak üzere ikiye ayıran Heinz Gummerbach’a göre kriminoloji, “suç ve suçluluğun incelenmesini konu edinen bir bilim dalıdır”. Çok geniş olan bu tanım, suç antropolojisini de kriminolojiye dahil etmektedir. Müellif, konuyla ilgili aşağıdaki tabloyu yapmıştır⁴.



Niceforo’nun belirsiz ve çok geniş tanımına göre, bağımsız, tümevaran ve bireşimsel (synthétique) bir bilim dalı olan kriminoloji, “suç, suçlu ve onlara

2 W.A. Bongers, *Inleiding tot de Criminologie*, Haarlem, 1932, zikreden Constant, s. 13.

3 Constant, s. 13-14.

4 Constant, s. 14.

karşı alınacak tedbirlerle ilgili çeşitli disiplinlerin önemli sonuçlarını özetlediği gibi sentezini yaptığı çeşitli suç bilimlerine giriş niteliğini de haizdir.”

Maxwell daha bireşimci (tez, antitez ve sentezle gelişen) bir yöntem izlemiştir. Müellife göre kriminoloji, “suç denen tabii bir olayın meydana geldiği şartların bilimidir”. Yapılan bu tanım, bir taraftan dar anlamda kriminolojinin tarifine yaklaşmaktaysa da, diğer taraftan suç antropolojisini kriminolojiye dahil etmek suretiyle geniş anlamda kriminolojiye doğru yönelmektedir.

Sabatini'nin geniş tanımına göre kriminoloji, “deneysel metotla suçlunun kişiliğini, biyolojik ve sosyolojik etmenler vasıtasıyla suç olayının doğuş ve mekanizmasını araştıran, suçluluğa ait genel bir bilimdir”.

Constant'a göre ise kriminoloji, “suç ve suçluyu oluşturan etmenleri, sosyal, ekonomik, kişisel ve psikolojik açılardan ele alan deneysel bir bilimdir”⁵. Bu şekilde kriminolojiyi tanımlayan Constant, kitabının suç sosyolojisinin temel kavramları ve suç psikolojisinin özetlenmiş bilgileriyle sınırlı kalacağını belirtmektedir. Müellife göre, değişik bilimlerden oluşan geniş anlamda kriminoloji iki büyük gruba ayrılmaktadır:

1) Teorik kriminoloji, 2) Tatbiki kriminoloji

Birinci grubu oluşturan teorik kriminolojinin alt dalları şunlardır:

a) *Suç antropolojisi*: Suçluyu bedensel yönden inceleyen suç antropolojisi, kalıtıma, biyolojik ve anatomik psikolojiye ilişkin etmenleri göz önüne alır. Niceforo'ya göre, suç antropolojisi, “suçlunun dış yüzünü” oluşturmaktadır.

b) *Suç psikolojisi*: Suç psikolojisi, yaş, cinsiyet, karakter, ırk, mizaç gibi suçu meydana getiren veya gelişmesine etki eden ruhi olayları inceler. Niceforo'ya göre, suç psikolojisi, “suçlunun iç yüzünü” oluşturmaktadır.

c) *Suç sosyolojisi*: Suçu toplumsal bir olay olarak inceleyen suç sosyolojisi, özellikle ortam, alkol, sinema, din gibi suça sebep olan etkenleri araştırır. Suç sosyolojisi çoğu kez suç istatistiğinin verilerinden faydalanır.

d) *Suç psikiyatrisi*: Suç psikiyatrisi anormal veya akıl hastası suçluları inceler.

e) *Penoloji*: Penoloji, toplumun suçu cezalandırmak için müracaat ettiği çeşitli cezaların menşe ve gelişmelerini, uygulama şekillerini ve faydalarını inceler. Güvenlik tedbirlerinin araştırılması da penolojinin konusuna girmektedir⁶.

Tatbiki kriminolojiye ait alt dallar şunlardır:

a) *Suç politikası*: Suç politikası, devletin suç işleyenleri cezalandırmak için

5 Constant, s. 15; ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, 7. Bası, İstanbul 1984, s. 9.

6 Constant, s. 16-17.

geliştirmek zorunda olduğu faaliyeti inceleyen bir bilimdir. Bazı müellifler suç politikası kavramına, devletin suçla mücadeleyle ilgili başvurduğu cezalandırıcı, cezalandırıcı olmayan ve hatta din, ahlak gibi hukuki niteliği de bulunmayan vasıtaları dahil ederler (Thönisen). Bu bakımdan suç politikası, devletin suçluluğun azalmasına etki edebilecek tüm vasıtalarından oluşur⁷. Suç politikası ile ilgili olarak doktrinde çeşitli tanımlara rastlanmaktadır. Suç politikası, amaca uygun olarak ceza hukukunun etkinliğinin incelenmesidir⁸. Suç politikası, suçun önlenmesi ve suçla mücadelede devletin sahip olduğu bütün tedbirlerdir⁹. Suç politikası, devletin suça karşı uyguladığı tepki, araçlar, metot ve prensiplerdir¹⁰. Suç politikası, toplumun korunmasını amaç edinen ceza hukukunun, bu amacı gerçekleştirmesine yönelik uygun bir şekilde tatbikidir¹¹. Başka bir tanım vermek gerekirse, suç politikası; anayasal düzen içinde kişi özgürlüklerine gösterilmesi gereken saygıyı göz ardı etmeden, toplumdaki suç ve suçluluk olayını en aza indirebilmede uygulanması gereken taktik, teknik ve stratejidir. Bunun yanında “iyi bir sosyal politika, en mükemmel bir suç politikasıdır” şeklinde tanımlara rastlanmaktadır¹².

b) *Suç profilaksisi*: Suç profilaksisi, suçluluğun sosyal, ekonomik vs. etmenlerini önlemek, yok etmek veya hiç olmazsa azaltmak gayesiyle, toplumun başvurduğu bütün vasıtaları inceleyen bir bilim dalıdır. Bu dalın tıbbi ve sosyal yönleri vardır¹³.

c) *Kriminalistik ya da bilimsel polis*: Suç ve suçluların meydana çıkarılmasını kolaylaştıran teknik yöntemlerin incelenmesini konu edinen bir bilim dalıdır. Diğer bir anlatımla kriminalistik, suç ve suçluların meydana çıkarılmasına yarayacak teknik vasıta ve usulleri gösterir. Kriminalistiğin çeşitli bölümleri bulunmaktadır: Bunlardan adli tıbbın, bazen suçun (örneğin, cesedi bulunanın tabii bir ölümle mi öldüğünün, yoksa öldürülmüş mü olduğunun belirlenmesi), bazen de suçlunun tespitinde (örneğin, olay mahallinde görülen kanın kime ait olduğunun belirlenmesi) önemli yararları vardır. Alphonse Bertillon’un geliştirdiği cürmi antropometri (Antropométrie criminelle) ise, bedeninin ve bazı

7 Constant, s. 17.

8 Robert v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Band I, Berlin, 1925, s. 534.

9 Mezger, zikreden Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 1991, s. 29.

10 Schröder, zikreden Önder, s. 29.

11 Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Berlin, 1988, s. 18.

12 V. Weber, zikreden Önder, s. 29. Bütün bu tanımlar ve ayrıca diğer tarifler için bkz. Heinz Zipf, *Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973, s. 2 vd. Zipf, suç politikasını kısaca, “ceza adaletinde düzen düşüncelerinin kazanılması ve gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlamaktadır. bkz. Zipf, s. 3

13 Constant, s. 17.

kısımlarının (örneğin, başın uzunluğu ve eni, sol ayağın, sol elin orta parmağının, sağ kulağın uzunluğu gibi) ölçülmesidir. Bu usulle suçluların kimlikleri ve dolayısıyla mükerrer olup olmadıkları belirlenmektedir¹⁴. Daktiloskopi, parmak izlerinin alınmasıdır. Bir şahsın parmağındaki çizgiler, diğer herhangi bir kimsenin parmağındaki çizgilerle bir olamayacağından parmak izlerinden kimliğin ve suç failinin tespitinde faydalanılır¹⁵. Balistik (atış bilimi), ateşli silahlarda, merminin barut gazının basıncıyla fırlayıp hedefe ulaşınca kadar olan devinimini inceleyen bilimdir.

Garraud'ya göre, kriminoloji, "suçun nedenlerini tetkik eden bir bilim" olup, antropoloji veya biyolojiden ziyade sosyolojinin bir dalıdır. Garraud'nun bu tanımı, toplumsal şartlardaki değişikliklerin suçluluğu etkilediği sonucuna varır. Bu bakımdan 1) Toplum, suçu oluşturan, artıran veya azaltan nedenler hakkında elverişli tedbirler alabilir. 2) Suçluluğun sebepleri, her şeyden önce toplumsal olduğundan, bu nedenler üzerinde durmak gerekir. Toplumla suç arasındaki suç politikasının alanına giren bu çalışmada, suçların önlenmesiyle ilgili toplumun elindeki tek vasıta ceza değildir. Toplum cezalardan daha etkili olan ve suçun kaynağını kurutan, Ferri'nin deyimiyle ceza kaimelerine (sostituti penali) başvurmalıdır. Ceza kaimeleri böylece sosyal bilimlerden sayılan ceza bilimlerinin alanını genişletmiştir¹⁶.

14 Antropometri sayesinde örneğin, Paris'te etrafa patlayıcı maddeler attıktan sonra 30.03.1892 tarihinde yakalanan anarşist Ravachol'un asil adının 14.10.1859 tarihinde dünyaya gelen François Claudius Koeningstein olduğu ve bu şahsın Saint-Etienne kentinde 14-15.05.1891'de mezar soyduğu, 18.06.1891 de insan öldürdüğü tespit edilmiştir. bkz. Jürgen Thorwald, *Das Jahrhundert der Detektive. Weg und Abenteurer der Kriminalistik*, Bd. I, Das Zeichen des Kain, 9. Baskı, München-Zürich, 1980, s. 39 vd.

15 Daktiloskopi metodu ilk defa Arjantinli bir polis memuru antropolog Juan Vucetich tarafından 1892 yılında Francisca Rojas olayında uygulanmıştır. 10 sene sonra yöntem, Antropometri metodunun üstünlüğüne inanan Bertillon'un arzu etmemesine rağmen, Avrupa'da ilk olarak Fransa'da tatbik edilmiştir. Daktiloskopi metodunun Fransa'da uygulanmasına yol açan olay, 16.10.1902 tarihinde dış doktoru August Alaux'nun Paris'teki evinde yardımcısı Joseph Reibel'in öldürülmesidir. Suç mahalline fotoğraf çekmek için giden Bertillon, fotoğraf çekerken kırılan vitrin parçalarının birinin üstünde yağlı parmak izlerine rastlar. Polis laboratuvarında Bertillon, sabıkahların parmak izleri ile kırık camdaki yağlı parmak izini karşılaştırır. Hırsızlık ve emniyeti suüstimalden sabıkalı Henri Léon Scheffer'in sadece sağ elinin parmaklarının dördünün ve sol elinin baş parmağının izi Bertillon'un arşivinde yer almaktadır. On parmağın izinin arşivlerde yer alması, 1904 yılından itibaren gerçekleşecektir. Tesadüf eseri kırık vitrin camının üzerindeki izler de sağ elin parmaklarına aittir. Arşivdeki ölçüler, kırık camdaki parmak izlerine uyduğundan Scheffer'in olayın faili olduğu tespit edilir (24.10.1902). Marsilya'da yakalanan katil suçunu itiraf eder (30.10.1902). Duruşmalara damgasını vuran, müebbet hapse mahkum olan Scheffer'in itirafı değil, Bertillon'un olayda uyguladığı daktiloskopi metodudur. Belirtilim ki, antropometri metodunun üstünlüğüne inanan Bertillon, parmak izlerinin alınması (daktiloskopi) şeflerinin ısrarı üzerine kabul etmek zorunda kalmıştır. Gerçekten 1900 yılından itibaren sabıkahların sağ ellerinin dört parmağı ve sol ellerinin baş parmaklarının izleri Bertillon'un arşivine girmiştir. Bkz. Jürgen Thorwald, *die Gnadenlose Jagd. Roman der Kriminalistik*, Zürich, 1965/1966, s. 80; Dossier Scheffer, *Police Scientifique*, www.police-scientifique.com/dossier-scheffer.

Kantar'a göre kriminoloji, "suçluluğu gerek hariçteki (dış) tezahürü ve gerek batını (gizli) sebepleri noktasından tetkik eden ilme" denir¹⁷.

Dönmezer'e göre kriminoloji, "insanın sapıcı davranış ve eylemleri arasında suç doğuran, yapan ve suç kontrol etme amacını güden süreçleri açıklayan ve suçun sebep ve faktörlerini tespit maksadıyla insana ve suç işleyen insana ilişkin bilgilerin bütünüünün sentezini oluşturan bir bilgi dalıdır"¹⁸.

Larguier'e¹⁹ göre kriminoloji, "insan eylemi olan suçun incelenmesidir". Müellife göre, suçlu, suç ve toplumun suça karşı tepkisini inceleyen, mültidisipliner bir bilim dalı olan kriminoloji, psikoloji, sosyoloji, biyoloji, tıp, psikiyatri ve ceza hukuku gibi birçok bilim dalından faydalanır.

Kriminolojinin kapsamını inceleyen müellif, konuyla ilgili ikili bir ayırım yapmaktadır:

1) Suçun incelenmesi, 2) Suçla mücadele.

I. Suçun incelenmesi

Suç incelenirken birçok bilim dallarından faydalanılır:

1. Suç fenomenolojisi - Suçla ilgili çeşitli faaliyetlerin betimlenmesi, örneğin bir kasanın nasıl kırılacağı

2. Suç etiyojisi - Kriminolojinin bu dalı suçun nedenlerini inceler

3. Suç psikolojisi - Suçun psikolojik süreci

4. Suç antropolojisi veya suç somatolojisi - Canlı bedeninin fiziksel açıdan incelenmesi

5. Suç psikiyatrisi

6. Suç sosyolojisi

7. Suç ekonomisi - Suçun maliyeti

8. Suç coğrafyası

9. Suç istatistikleri

II. Suçla mücadele

1. Suç siyaseti (politikası) – Suçluluğun nasıl azaltılacağı ile ilgilenir. Genel ve kişisel tedbirler teklif eder.

2. Ceza yargılaması

3. Kriminalistik – Çeşitli izlerin incelenmesi, bilimsel polis

16 R. Garraud, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tome I, 3. Edition, Paris 1913 (Nouveau Tirage, 1928), s. 36-37.

17 Baha Kantar, *Başlangıç-Ceza Hukuku*, Ankara, 1939, s. 15.

18 Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, 7. Bası, İstanbul, 1984, s. 16.

4. Penoloji

5. Suç pedagojisi – Suçluların uslandırılmaları amacıyla eğitilmeleri

6. Önleme veya suç profilaksisi – Genel tedbirler (örneğin, alkol alışkanlığıyla mücadele)

7. Diğer bilimler

Suç denen olguyu açıkladığından bir olgu, realite bilimi olan kriminoloji, çeşitli doğal ve sosyal bilimlerin yöntemlerinden yararlandığından “disiplinler arası bir bilim alanı” (interdisziplinäres Wissenschaftsgebiet) olarak nitelendirilir. Kriminoloji, suçlunun kişiliğini, gelişimini, fiziki ve ruhi durumunu, topluma intibakını araştırır. Suçu hukuki bakımdan ele almayan kriminoloji, onun sebepleriyle, ortaya çıkış şekilleriyle, toplum ve birey bakımından önemiyle ve toplumun suça karşı tepkisiyle de ilgilenir. Bilimin bugün ulaştığı seviye itibarıyla kriminoloji, suç biyolojisi, suç psikolojisi ve suç sosyolojisi olmak üzere üç ayrı dala ayrılmaktadır²⁰. Diğer bir anlatımla, bu üç dal kriminolojinin araştırma alanlarından sayılmaktadır. Suç biyolojisi (Kriminalbiologie) suçlunun bedensel özellikleriyle ilgilenir. Suç psikolojisi (Kriminalpsychologie) ise, suçu ruhsal bir olay olarak inceler²¹. Suç sosyolojisi (Kriminalsoziologie) suçlunun toplumsal ilişkilerini, bu ilişkilerin suça olan etkisini araştırır. Örneğin, ekonomik durum, savaş, evlilik dışı doğan çocuklar, alkol, fuhuş ve toplumun örf ve adetlerinin suça olan etkisini inceler²². Kısaca suç sosyolojisi, toplumsal bir olay olarak değerlendirdiği suçla, suçlunun ilişkilerini araştırır. Kriminoloji ayrıca, ceza hukuku yaptırımlarının ve tedavi yöntemlerinin mahkumlara etkisini de (özel önleme) inceler. Bugün için kriminoloji ön planda, polis, savcı, mahkeme gibi toplumsal denetim mercilerinin strateji ve taktikleriyle, mağdurun suçun oluşumuna katkısıyla (viktimoloji), halkın suç ihbarı ve ceza adaletinin toplumun hukuki şuuruna etkisiyle (genel önleme) uğraşmaktadır²³.

Seelig'e²⁴ göre kriminoloji, “isminin de ifade ettiği gibi, suç (crime) ilmidir”. Her ne kadar ceza hukuku da kriminoloji gibi suçtan bahsederse de bu iki bilim birbirlerinden farklılıklar arz ederler. Ceza hukuku normatif bir bilim dalı olup, “öldürmeyeceksin, çalmayacaksın” gibi kişilere davranış kuralları ka-

19 Jean Languier, *Criminologie et Science Pénitentiaire*, 10. Edition, Paris, 2005, s. 3-4.

20 Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, s. 46.

21 Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri*, Cilt 1, Manisa, 1982, s. 32.

22 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, 1991, s. 41.

23 Jescheck, Weigend, s. 46-47.

24 Ernst Seelig, *Traité de Criminologie* (Traduit de l'allemand par I. Petit et M. Pariser), Paris, 1956, s. 3.

bul ettirir. Buna karşılık kriminoloji ise, bir gözlem bilimidir. Suçlu davranışı betimler. Suç sebeplerini ve suçluyu inceler. Bu iki bilim dalı birbirlerinden faydalanırlar. Gerçekten kriminoloji, ceza hukuku tarafından tanımlanan suç kavramına başvurur²⁵. Ceza hukuku ise, suçla mücadele ederken kriminolojinin verilerinden faydalanır. Hatta denilebilir ki, kriminolojinin verilerinden istifade etmeyen bir ceza hukuku, suç önleme, toplum düzenini sağlama gibi temel amaçlarını etkin bir şekilde gerçekleştiremez. Nitekim, örneğin, yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasında ya da bazı suç tiplerinin ceza kanunundan çıkarılmasında, para cezalarının uygulama alanlarının genişlemesinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarının anlaşılacak tatbik alanlarının daraltılmasında, küçük suçlara yetişkinlere göre farklı bir ceza hukuku anlayışı ile yaklaşılmasında, suç itiyat haline getirmiş kişilerin veya akıl hastalarının farklı bir tretmana tabi tutulmasında, cezaların bireyselleştirilmesinde, kriminolojinin ceza hukukunu etkilediğini görmekteyiz²⁶.

M. Laignel-Lavastine ve V.V. Stanciu'ya göre kriminoloji "bütüncül bir insan bilimidir; insanların anti sosyal eylemlerinin nedenlerini araştıran ve bunlara daha etkili çareler bulmak için sürekli çaba harcayan bir bilim dalıdır"²⁷.

Vouin-Léaute'ye göre²⁸, kriminoloji, "suç olayının bilimsel incelenmesidir."

G. Stéfani-G. Levasseur-R. Jambu Merlin'e göre²⁹ kriminoloji, "suçluluğun sebeplerinin incelenmesidir."

II. Sonuç ve Kanaatimiz

Disiplinler arası bir bilim olan kriminolojinin, yukarıda değişik tanımlarına değindik. Kriminolojinin geniş tanımlarına yer verenler olduğu gibi, dar tanımlarından bahseden müelliflere de rastlanmaktadır. Kriminolojinin kapsamının dar veya geniş tutulması, tanımın da dar veya geniş olması sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan kriminolojinin geniş tanımı, kapsamına aldığı bilimlerin fazlalığıyla dikkati çeker.

Geniş tanımı tercih edenleri üç gruba ayırmak mümkündür:

1) Ferri'ye (1857-1929) göre, kriminolojiyle eş anlamlı olan "suç sosyolojisi", bütün suç bilimlerinin toplamıdır. Ferri'nin bu düşüncesi, yukarıda tanımına

25 Larguier, s. 5.

26 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 20-21 ve 50-52 dipnotlarında zikredilen müellifler.

27 M. Laignel-Lavastine, V.V. Stanciu, *Précis de Criminologie*, Paris 1950, s. 14.

28 Robert Vouin-Jacques Leéauté, *Droit pénal et Criminologie*, Paris 1956, s. 19.

29 G. Stéfani, G. Levasseur, R. Jambu Merlin, *Criminologie et Science Pénitentiaire*, 2. Edition, Paris 1970, s. 2.

değindiğimiz öğrencisi V. V. Stanciu tarafından da ele alınmıştır. Stanciu, kriminolojiye “bütüncül bir insan bilimi” (Science de l’homme) demiştir.

2) Kriminolojiyle ilgili geniş tanımlara yer veren diğer bir cereyanı Avusturya ansiklopedik okulu (l’école encyclopédique) oluşturmaktadır. Bu okula mensup olan Avusturyalı Roland Grassberger ve Ernst Seelig, her ne kadar suç olayının (phénomène criminel) iki görünüş şeklini yani normatif bir bilim dalı olan ceza hukukunu, olgu, realite bilimi olan kriminolojiden ayırmış iseler de kriminolojinin sadece etiyojisini değil, kriminalistik ve ceza infaz ilmini içerdiği kanısındadırlar. Fransa’da bu düşünce Larguier tarafından kabul edilmiş gözüküyor.

3) Amerikan Klasik Okulu: Bu okulun mensuplarından Sutherland’ın tanımına yukarıda yer vermiştik. Bu bakımdan tanımı burada tekrar etmeyeceğiz.

Kriminolojinin dar tanımını yapanlar ise, her şeyden önce iki farklı bilim dalı olan kriminoloji ve ceza hukukunu birbirlerinden ayırırlar. Geniş tanımı tercih eden müelliflerden farklı olarak, kriminolojinin kapsamına sadece suç etiyojisini, yani suçun oluşum nedenlerinin incelenmesini dahil ederler. Bu bakımdan suç sosyolojisi, kriminalistik, penoloji, suç profilaksisi, viktimoloji ve suç bilimlerinin en sonuncusu olan iç emniyeti (sécuritéologie) kriminolojinin kapsamına dahil etmezler.

Kanaatimizece, kriminoloji, “suç denen olayın toplumsal ve kişisel nedenlerini, suçluyu ve toplumun suçla mücadele imkan ve vasıtalarını araştıran bir bilimdir”. Doğal ve sosyal bilimlerin yöntemlerinden yararlanan kriminoloji, ceza hukukuna yardımcı olan diğer bilim dallarından da faydalanır.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara, 2018.
- Bongier, W.A., *Inleiding tot de Criminologie*, Haarlem, 1932.
- Constant, Jean, *Eléments de Criminologie*, Liège, 1949.
- Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, 7. Bası, İstanbul 1984.
- Garraud, R., *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Tome I, 3. Edition, Paris, 1913 (Nouveau Tirage, 1928).
- Hippel, Robert v., *Deutsches Strafrecht*, Band I, Berlin, 1925.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Berlin, 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Kantar, Baha, *Başlangıç-Ceza Hukuku*, Ankara, 1939.
- Laignel-Lavastine, M.; Stanciu, V.V., *Précis de Criminologie*, Paris, 1950.
- Larguier, Jean, *Criminologie et Science Pénitentiaire*, 10. Edition, Paris, 2005.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 1991.
- Seelig, Ernst, *Traité de Criminologie* (Traduit de l'allemand par I. Petit et M. Pariser), Paris, 1956.
- Stéfani, G.; Levasseur, G.; Merlin, R. Jambu, *Criminologie et Science Pénitentiaire*, 2. Edition, Paris, 1970.
- Thorwald, Jürgen, *Das Jahrhundert der Detektive. Weg und Abenteuer der Kriminalistik*, Bd. I, Das Zeichen des Kain, 9. Baskı, München-Zürich, 1980.
- Thorwald, Jürgen, *die Gnadenlose Jagd. Roman der Kriminalistik*, Zürich, 1965/1966.
- Vouin, Robert; Leéauté, Jacques, *Droit pénal et Criminologie*, Paris, 1956.
- Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Cilt 1, Manisa, 1982.
- Zipf, Heinz, *Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973.

ÖZ

Bu makalede kriminolojinin çeşitli tanımlarına yer verilmiştir. Kriminolojinin tanımlanması zorluğunu Etienne de Greeff'in, "Introduction à la criminologie" Paris, 1948 adlı kitabına yazdığı önsözde Louis Braffort (s. 12) şöyle izah etmektedir: "Bu bilim dalını tanımlamak kolay değildir. Çünkü hem insanla hem de toplumla ilgilidir ve sürekli gelişen ve değişen insanı inceleyen disiplinlerin içinde görülen bütün belirsizlikleri paylaşır."

Dar anlamda kriminoloji, suçluluğun toplumsal ve kişisel nedenlerini araştıran deneysel bir bilimdir.

Geniş anlamda kriminoloji ise, "suç olayını bütün yönleriyle inceleyen deneysel bir bilimdir." Bu anlamda kriminoloji, suç antropolojisi, suç sosyolojisi, suç profilaksisi, suç psikolojisi, penoloji ve suç politikası, tek kelimeyle Von Liszt'in "yardımcı ceza bilimleri" olarak ifade ettiği bütün bilimleri kapsamaktadır.

Anahtar kelimeler: kriminoloji, kriminolojinin tanımı, dar anlamda kriminoloji, geniş anlamda kriminoloji.

Yapı Kayıt Belgesi*

Building Registration Certificate

Hüseyin Melih ÇAKIR**

ABSTRACT

The building registration document is a new type of document that has been introduced to our legal literature further to Provisional Article 16, which has been added to Zoning Law No 3194, also known as the “Zoning Peace Law”. This document shall provide for the registration of buildings built in breach of financial obligations and in violation of the law; its purpose is to create a zoning amnesty between the people and the State. In line with this purpose the scope of buildings that can obtain a building registration document has been kept wide and under restricted conditions it provides the possibility of obtaining a registration document by declaration. Although this appears to be compatible with the purpose of the law, it may knowingly or unknowingly result in misapplication. Each misapplication is a candidate for creating legal issues. In order to reduce this possibility or to provide guidance when an issue arises, the conditions of obtaining a building registration document, its legal characteristic, results that accompany it, revocation and other matters that need clarification related to the document are considered with a holistic approach.

Keywords: zoning peace, zoning peace law, zoning law, Provisional Article 16, building registration certificate, zoning amnesty.

I. Giriş

Yapı kayıt belgesi, “İmar Barışı Kanunu” olarak da adlandırılan, 7143 Sayılı Vergi Ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla¹ 3194 sayılı İmar Kanunu’na Geçici 16’ncı madde olarak eklenen hükümlerle birlikte hukuk literatürümüze girmiştir. Bu belge literatürümüze yeni girmekle beraber, getiriliş amacı ve doğurduğu sonuçlar hukuk düzenimize hiç de yabancı değildir. Zira, belgenin düzenlendiği Kanun’un bir imar affi kanunu niteliği gösterdiği söylenebilecektir.

İmar affi kanunları konusunda ise ülkemizin sicili oldukça kabarıktır. Geçmişten bugüne, birçok imar affi kanunu ile bu sonucu doğuran mevzuat yürürlüğe girmiş ve uygulanmıştır². 5218 sayılı “Ankara Belediyesine, Arsa Ve Arazisinden

* Makale gönderim tarihi: 06.12.2018. Makale kabul tarihi: 27.12.2018. Hüseyin Melih Çakır, “Yapı Kayıt Belgesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 15-92.

** Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: melih.cakir@marmara.edu.tr

1 Bundan sonra “İmar Barışı Kanunu” olarak anılacaktır.

2 Bu hususta bkz. Binali Tercan, “1948’den Bugüne İmar Afları”, *Mimarlık*, Sayı 403, Eylül-Ekim 2018, s. 21 vd.

*Belli Bir Kısmını Mesken Yapacaklara 2490 Sayılı Kanun Hükümlerine Bağlı Olmaksızın Ve Muayyen Şartlarla Tahsis Ve Temlik Yetkisi Verilmesi Hakkında Kanun*³, 5431 sayılı *“Ruhsatsız Yapıların Yıkıtılmasına ve 2290 Sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanununun 13 ncü Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun*⁴, 6188 sayılı *“Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkında Kanun*⁵ ve 2981 sayılı *“İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*⁶ bu kanunların örneklerindedir⁷.

1948 yılından bu yana yürürlüğe girmiş olan her af uygulamasında, af kapsamına giren yapı sayısı artmış; her af, bir sonraki kaçak yapılaşma sürecini daha da hızlandırmıştır⁸. Gerçekten de, af kavramının ceza hukukundaki suçun bir daha işlenmesini önleme ve suçluyu topluma kazandırma işlevi, imar aflarında bulunmamaktadır. Zira, imar konusunda yasaları çiğneyenlerin topluma verdikleri zararların ortada kaldırılması olanaksızdır. İmara aykırılıkların bağışlanmasında, sorunun nedenleriyle değil sonuçlarıyla uğraşma çabası vardır. Böyle olunca da her imar affı, yeni imar aflarının bir başlangıcı, nedeni olmaktadır⁹.

Bu zincirin şimdilik son halkasını, “İmar Barışı Kanunu” olarak adlandırılan ve 7143 sayılı Kanunla 3194 sayılı İmar Kanunu’nun Geçici 16’ncı maddesine eklenen hüküm oluşturmaktadır. Bu madde kapsamına giren yapı sahipleri, maddede öngörülen şartları taşımaları halinde yapı kayıt belgesi almaya hak kazanacaklardır. Yapı kayıt belgesi ise, belge sahibine birçok haktan faydalanma imkanı tanıyacaktır.

Bu çalışma kapsamında, mevzuatımıza ilk kez giren ‘yapı kayıt belgesi’ bütüncül bir yaklaşımla ele alınarak; belgenin alınma şartları, hukuki niteliği, sonuçları ve iptali ayrı ayrı irdelenmek suretiyle belgenin anlamının ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, zaman zaman yapı kayıt belgesine

3 R.G.: T.22.07.1948, S.693.

BİRİNCİ MADDE - “Ankara Belediyesi; mülkiyetinde bulunan veya bu kanun gereğince mülkiyetine geçecek olan arsalar ve arazinin, ilişik hartada mavi çizgi ile taranan kısımlarından, Belediye Meclisi kararıyla belli edileceklerini, mesken yapmak isteyenlere 2490 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın tahsis ve bina yapıldıktan sonra temlik eder”.

İKİNCİ MADDE - “Ankara şehri sınırları içinde şimdiki kadar kendisine ait olmyan arsalar üzerine ruhsatsız olarak vücuda getirilmiş olan yapıların işgal ettiği yer, ilişik hartada mavi çizgi ile taranan sahaya rasladığı ve bu yer Belediye malı veya bu kanun gereğince Belediyeye geçecek olan arsalar ve araziden bulunduğu takdirde Ankara Belediyesi, bunlar hakkında da birinci maddedeki yetkiyi haizdir”.

4 R.G.: T.11.06.1949, S.7230.

GEÇİCİ MADDE - “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kendilerine ait olmyan arsalar üzerinde ruhsatsız olarak yapılan yapılar hakkında da 5218 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

Zaruret halinde şehrin hususiyetleri ve imar esasları nazara alınmak şartıyla 5218 sayılı Kanuna tevfik ve Bakanlar Kurulu kararıyla yeni mavi çizgili bölgeler ihdasına belediye meclisleri yetkilidir”.

ilişkin mevzuat ile daha önce yürürlüğe girmiş imar affi kanunları karşılaştırılarak, İmar Barışı Kanunu ve yapı kayıt belgesinin daha önceki uygulamalara benzeyen ve bunlardan ayrılan yönlerine dikkat çekilecektir. Böylece, ülkemizin bir hayli fazla olan imar affi tecrübelerinden ve buna ilişkin yargı kararlarından faydalanılarak, yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği ve sonuçları nedeniyle ortaya çıkması muhtemel hukuki problemlerin tespiti ile bu problemlere çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

II. Genel Olarak İmar Affi

İmar affi, yürürlükte olan kurallara uyulmayarak belli bir zaman zarfına kadar meydana getirilen yapılaşmanın, durum ve konum itibariyle yasadaki belirtilen koşullara uygun olanlarının başlanması ve korunmasıdır¹⁰. Keleş, imar affini, imar ve yapı yasalarına göre alınması gereken izinler alınmaksızın, yani kaçak olarak yapılmış yapılarla, yapı izin belgeleri alınmış olmakla birlikte, sonradan bunlara uyulmaksızın yürütülmekte olan yapıların, bu yapıları yapanlardan bir para cezası alınarak ya da alınmaksızın başlanması olarak tanımlamaktadır¹¹. Başka bir tanıma göre ise imar affi; meşru olmayanı meşrulaştırma, yasal olmayanı yasallaştırma ya da hukuka aykırı fiili durumun hukukileştirilmesidir¹².

Buna göre imar affi/barışının unsurları şu şekilde sıralanabilir: i) Yürürlükte olan kurallara uyulmayarak yapılan bir yapının varlığı, ii) bu yapının yasadaki belirlenmiş bir zamanda inşa edilmiş ya da inşasına başlanmış olması, iii) yasadaki belirlenmiş- var olan koşulların sağlanması, iv) Yapının mevcut haliyle başlanması ve/veya korunması.

İmar affi düzenlemeleri esas itibariyle Devletin, hukuka aykırı fiili durumu hukukileştirmesi, yasalara uygun olmayarak ihdas edilmiş tasarrufları yasalas-

5 R.G.: T.29.07.1953, S.8470. Bu kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Demiroğlu, *6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkındaki Kanunu'nun Şerh ve İzahı*, Örnek Matbaası, Ankara, 1954.

Madde 17 - "Bu kanunun neşriden önce ruhsatiye alınmadan yapıldığı halde yıkılmamış ve belediyelerce de burasının imar plânına ithali kararlaştırılmış olan binalardan her hangi birisi su, kanalizasyon, yol, meydan gibi âmmeye hizmetlerine tahsis edilecek bir tesisin vücuda getirilmesi veya imar plânının tatbiki için kaldırılmasına zaruret hâsıl olduğu takdirde enkazı sahibine ait olmak üzere belediye tarafından takdir edilecek inşaa bedeli verilmek suretiyle yıktırılır.

Belediyelerce takdir edilecek kıymetler için 12. maddeye göre itiraz olunabilir.

Bu kabil kimselere 10 uncu madde gereğince tercihan arsa verilir".

Madde 23 - "Bu kanunun neşri tarihinden önce kendilerine ait olmıyan arsalar üzerinde ruhsatsız olarak vücuda getirilmiş olup bu kanunun hükümlerinden faydalanabilecek yapılar:

A) Belediyeye ait veya belediyeye intikal edecek arsalar üzerinde yapılmış olup da 6. maddenin 3. fıkrasındaki mahzurları bulunmıyan ve imar plânına uygun olan binaların bu arsalar için

tırma amacı taşımaktadır. Bunun temelinde toplumsal yararın bulunduğu kabul edilmekte¹³; bu yararın varlığına da siyasal iktidar karar vermektedir¹⁴.

İmar affi kavramı, yasalarda kullanılmayan ancak, imar hukuku alanında yerleşmiş bir uygulama terimidir¹⁵. Gerçekten de imar aflarının, hukuka uygun davranan vatandaşlarda cezalandırıldıkları hissi yaratmaları sebebiyle, yasa koyucu çoğu zaman, doğabilecek tepkilerin önüne geçmek adına kanunun lafzında bu ifade ya da türevlerine yer vermemektedir. Ancak, her ne kadar, genellikle “imar affi” ifadesi yasaların lafzında geçmese de, bu amaç doğrultusunda getirilen müesseseleri imar affi olarak nitelendirmek mümkündür¹⁶. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun Geçici 16’ncı maddesine eklenen hükmü de bu doğrultuda incelemek gerekmektedir.

III. İmar Barışı Kanunu

İmar Barışı Kanunu olarak adlandırılan ve 3194 Sayılı Kanun’un Geçici 16.Maddesi’ne eklenen hükümlerle getirilen düzenlemenin de tipik ‘imar affi’ niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kanun koyucu, “imar affi” yerine “imar barışı” kavramını tercih ederek, “af” kavramının çağrıştırdığı olumsuz algıyı ortadan kaldırmak istemişse de; madde metni okunduğunda kanunun af amacı kolaylıkla anlaşılacaktır. Ayrıca diğer imar affi kanunlarından farklı olarak bu kanunda kanun koyucu açıkça “imar barışı” kavramına madde metninde yer vermek suretiyle iradesini açıkça ortaya koymaktan da çekinmemiştir.

3194 Sayılı Kanun’un Geçici 16/1’inci maddesi şu şekildedir: *“Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt*

11 inci maddedeki maliyet masrafları nazarı dikkate alınmak suretiyle bedel takdirine ve bu bedelleri bina sahiplerinden dörtte biri peşinen ve mütebaki kısmı beş senede ve beş müsavi taksitte tahsil etmeye belediye meclisleri yetkilidi.

Bedeli ödendikten sonra arsa sahibine temlik ve tapuya tescil olunur.

B) Eşhasa veya Evkafa ait arsalar üzerinde yapılmış olup da yukarki fıkraya uygun bulunan binaların sahipleri ile arsa sahipleri uyuştukları takdirde belediye ve tapu daireleri bu yerler için yapılmış veya yapılacak imar planındaki duruma göre ifraz ve tapuya tescil muamelelerini yapmaya mecburdurlar. Bu muameleler harç ve resimden muaftır. (...)”

6 R.G.: T.08.03.1984, S.18335.

Madde 10: “a) Bu Kanun hükümlerine göre hazine, belediye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde, gecekondularla yapılmış yapılar, 12. madde hükümlerine göre tespit ettirildikten sonra, kayıt maliki kamu kuruluşuna bu yer hak sahibine tahsis edilir ve bu tahsisin yapıldığı tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine “Tapu Tahsis Belgesi” verilir.

Tapu tahsis belgesi, ıslah imar planı veya kadaströ planları yapıldıktan sonra hak sahiplerine verilecek tapuya esas teşkil eder”.

Bu Kanun’da 3290 sayılı Kanun ve 3366 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle kapsam daha da genişletilmiştir.

altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanhğı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir”.

Bu kanunla kanun koyucu öncelikli olarak, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınmasını ve bu şekilde kullanılmasını hedef tutmuştur. Nitekim Kanun’un genel gerekçesinde kanunla amaçlanan husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Mali yükümlülükleri yerine getirilmeden yapılmış kaçak yapıların, yapılan düzenleme ile Yapı Kayıt Belgesi altında kayıt altına alınması amaçlanmıştır. Yapılan düzenleme ile vatandaşla Devlet arasında imar barışı yapılmaktadır”.¹⁷

Yapılan düzenlemeyle, mali yükümlülüklerini yerine getirmeksizin, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapı inşa eden kişilerin başvurusu üzerine, idarece belirlenecek bedelin ödenmesi karşılığında yapı kayıt belgesinin alınabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin iki boyutu bulunmaktadır. Birinci boyutu, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilen her yapı için idareye bedel ödenmesi ve idare için mali kaynak yaratılmasıdır. İkinci boyutu ise, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı sahiplerinin, yapılarını kayıt altına aldırarak suretiyle yıkım ve idari para cezası tehdidi olmaksızın yapılarını kullanmalarının sağlanmasıdır.

7 5228 sayılı Bina Yapımını Teşvik Kanunu (06.07.1948 tarih ve 6950 sayılı Resmi Gazete) ve 7367 sayılı Hazineye Devredilecek Arazi, Arsalar Hakkında Kanun (21.07.1959 tarih ve 7367 sayılı Resmi Gazete), 775 sayılı Gecekondu Kanunu (30.07.1966 tarih ve 12362 sayılı Resmi Gazete) ve 4706 Sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi Ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da (18.07.2001 tarih ve 24466 sayılı Resmi Gazete) var olan hükümler, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıların affedilmesinden ziyade, imar kamu düzeninin tesisi, arsa üretimi ile bu yapıların, tespit edilecek hak sahiplerine veya kamu kurum/kuruluşlarına devir ve satışını konu edinmişlerdir.

8 İkbal Erbaş, “Kimileri İçin Bir Fırsat, Kent İçin İse Bir Tehdit: İmar Barışı”, *Mimarlık*, Sayı 403, Eylül-Ekim 2018, s. 27.

9 Ruşen Keleş, *Kentleşme Politikası*, İmge Yay., Ankara, 1990, s. 201.

10 Aydın Aybay, “İmar Affı”, *Tapu ve Kadastro Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 1989, s. 4.

11 Keleş, s.197.

12 Tercan, s.20.

13 Behlül Aksay, *Hukuki Açıldan Arazi ve Arsa Düzenlemesi*, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2005, s. 124.

14 Tercan, s. 21.

Gerçekten de İmar Barışı Kanunu'yla 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun Geçici 16'ncı maddesiyle eklenen hükme bakıldığında, düzenlemenin bu amacı gerçekleştirmeye yönelik ve elverişli; ancak bu amacın dışına taşacak şekilde uygulanmasının ve olumsuz sonuçları ortaya çıkarmasının da kuvvetle muhtemel olduğu söylenebilecektir. Bu düşüncenin oluşmasına neden olan sebeplerin başında, yapı kayıt belgesinin alınma şartları ile hukuki niteliği gelmektedir. Bu nedenle aşağıda ilk olarak bu hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

IV. Yapı Kayıt Belgesinin Alınma Şartları

Yapı kayıt belgesinin alınabilmesi için, yapının ve yapı sahibinin aşağıda yer alan şartları sağlaması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı Kanun'un Geçici 16'ncı maddesinde öngörülen başvuru koşullarının bir bütün olarak değerlendirildiğinde, objektif ve makul olduğunu; ayrıca başvuruculara aşırı külfet yüklediğini ifade etmiştir. Bu şartların sağlanması halinde, idarenin yapı kayıt belgesi düzenleme ya da düzenlememe konusunda herhangi bir takdir yetkisi de bulunmamaktadır¹⁸.

Yapı kayıt belgesi alma hakkının belirli bir süreyle sınırlandırıldığı¹⁹ ve bu başvuru süresinin sonuna dek alınmış olan yapı kayıt belgelerinin kişilere hak sağladığı göz önüne alındığında, ön görülen tarihten sonra bu başlığın arkaik bir hal alacağı düşünülebilir. Ancak beyana dayalı olarak verilen yapı kayıt belgesinin, aşağıdaki şartları taşımaksızın verildiğinin tespit edilmesi halinde, belgenin ve ona bağlı sonuçların iptal edilebileceği²⁰ hususu, konunun daha uzunca bir süre gündemde kalacağına işaret etmektedir. Aşağıda, bu şartların her biri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

15 Tercan, s. 20.

16 Aksay, s. 124.

17 http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=sg7v9k7j6_14&pkanunlarno=230486&pkanunnumarasi=7143. (03.07.2018).

18 AYMK, 30.10.2018 tarih, Başvuru No: 2018/1275. (Bundan sonra Anayasa Mahkemesi kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların Anayasa Mahkemesi'nin resmi internet sitesinde yer alan 'Kararlar Bilgi Bankası'ndan alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir).

19 Bu hususta bkz. "Yapının 31.12.2017 Tarihinden Önce Yapılmış Olması" başlığı.

20 Bu hususta bkz. "Yapı Kayıt Belgesinin İptali" başlığı.

21 "İmar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların, çeşidine ve amacına göre hangi özellikler taşıması gerektiğini düzenleyen kuralların bütünüdür" ifade eder. 3194 Sayılı İmar Kanununun 26 ve 27. maddelerinde belirtilen ayrı durumlarda inşaata başlanmadan önce tüm yapılar için ruhsat alınması zorunludur.

Buradaki "ruhsat" kavramı (ya da yapı izin belgesi) arsa malikine taşınmazı üzerinde imar

A. Ruhsatsız veya Ruhsat ve Eklerine Aykırı Yapının Varlığı

İmar Barışı Kanunu kapsamında yapı kayıt belgesi alınabilmesi için, öncelikle ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı bir yapının (uygulamadaki adıyla kaçak yapının²¹) varlığı gerekmektedir. Ruhsatlı, ruhsat ve eklerine uygun bir yapının imar barışı kapsamında değerlendirilmesine ise olanak yoktur. Zira bu durumda ortada imar düzeniyle²² 'barışacak' bir yapı bulunmamaktadır. Dolayısıyla öncelikle yapı vasfını haiz bir taşınmaz bulunmalı; bu yapı, ruhsatsız olmalı ya da ruhsat ve eklerine aykırılık taşımamalıdır. Yapının mevcut durumu, yapı kayıt belgesi için başvurulabilecek aykırılığın türünü ve sınırını belirlemede önem arz etmektedir. Bunun için öncelikle yapı kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5'inci maddesine göre yapı, *"karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir"*. Buna göre, sabit ya da hareketli, ana yapı ya da ana yapıya ek olarak yapılan ilaveler, ana yapıdaki değişiklikler ile onarımlar da yapı sayılmaktadır²³. Şu halde, imar hukuku alanında yapı kavramının geniş kapsamlı olduğu söylenebilecektir²⁴.

Yapı, sürekli ya da geçici olarak kalmak üzere, yer altı ve yer üstünde toprağa bağlı veya suda hareketli inşa teknikleriyle yapılan tesislerdir. Bu anlamıyla yapı kavramı içerisine, tüm binalar, duvar, mecra, kiler, depo, garaj, kömürlük, kanal, menfez, direk, sütun gibi şeyler girmektedir. Ayrıca, İmar Kanunu'nun 21'inci maddesinde sayılan ve ruhsata tabi olmadığı belirtilen derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları da yapı kavramı içerisinde değerlendirilmekte; ancak bunlar için ruhsat alınmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir²⁶.

koşullarına uygun bir yapıyı veya yapılmış bir yapı üzerindeki esaslî değişiklik, ek ve onarımları yapabilmesi için yetkili merciin verdiği izin belgesini ifade eder. Bu belgeyle arsa maliki taşınmazı üzerine yapı yapabilme yetkisini kazanır. 3194 Sayılı İmar Kanununun 21. maddesinin başlığında "yapı ruhsatı" olarak ifade edilen bu belgeye uygulamada "inşaat ruhsatı" denilmektedir. İnşaat yapımına ruhsat alınarak başlanmış ve inşaat ruhsata uygun yürütülerek tamamlanmışsa hiçbir sorun yoktur. Ancak yapıya ruhsat alınmadan başlanmışsa ortada imar kurallarına aykırı bir inşaat var demektir. Uygulamadaki adı ile bu tür inşaat "kaçak inşaat"tır. Diğer taraftan İmar Kanununun 32. maddesi hükmüne göre ruhsat alınmış olmakla beraber inşaat, ruhsat ve eklerine aykırı yapılmışsa bu inşaat kaçak yapı sayılır. Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak sürdürülen yapılara ne gibi bir müeyyide uygulanacağı İmar Kanununun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Buna göre yapı belediye encümeni veya il idare kurulu kararını takiben yasal hale getirilmez veya yasal hale getirilmesi olanaksız ise masrafı sahibinden tahsil edilerek yıkılması gerekir". Yargıtay 14. HD. 26.11.2012 tarih. E.2012/11675 – K.2012/13642. (Bundan sonra Yargıtay kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp> sitesinde yer alan 'Bilgi Bankası'ndan alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir). (05.12.2018).

Şu halde, 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16.maddesinde, yapı kayıt belgesi verilebilecek yapılar için ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olmak dışında herhangi bir özel nitelik öngörülmediğine göre, İmar Kanunu kapsamında ruhsata tabi olan tüm yapılar için -diğer şartların da varlığı halinde- yapı kayıt belgesi verilebilecektir²⁷. Ruhsata tabi olmayan yapılar ise, ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak değerlendirilemeyeceği için, yapı kayıt belgesine konu olmayacaktır. Kaldı ki, böyle bir başvuruya gerek de yoktur.

Bu kapsamda, bina niteliği taşıyan veya tamamlanmış ancak ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırılık bulunan yapılarda belirlemenin nispeten kolay olduğu söylenebilecektir. Ancak, tamamlanmamış, inşaat halindeki yapılar için bu belirleme güçlük arz edebilecektir. Yapı tanımında geçen ve/fakat İmar Kanunu'nda tanımlanmamış olan 'inşaat' kavramı, sadece tamamlanmış yapıları değil; yapının imalatının her bir evresini kapsamaktadır²⁸. Nitekim Geçici 16'ncı maddenin uygulanmasını göstermek amacıyla yürürlüğe giren Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar'ın (Usul ve Esaslar) 6/6'ncı maddesinde yer alan, "(i)nsaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibari ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile Yapı Kayıt Belgesi verilir ve Yapı Kayıt Belgesi verilen kısımların eksik inşaat işleri tamamlanabilir" hükmü de bu yapılar için yapı kayıt belgesi verilebileceğini ifade etmektedir. Bu düzenleme, 'yapı' tanımına paralel şekilde, tamamlanmamış yapılar için de yapı kayıt belgesi verilebileceğini düzenlemektedir²⁹.

22 "İmar düzeni denildiği zaman, bir taşınmaz üzerine yapılacak resmi ve özel nitelikli değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların, çeşidine ve amacına göre, hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallarının tümünün oluşturduğu bir bütün anlaşılır". Aydın Zevkliler, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 165.

23 Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 502.

24 Zevkliler, s. 206. Bina ise; "kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapı" olarak tanımlanmıştır. (3194 Sayılı Kanun, Madde 5/9) Görüldüğü üzere bina, yapı kavramı üzerinden tanımlanmakta ve daha dar bir anlam ifade etmektedir. her bina bir yapı olarak değerlendirilebileceken; her yapı bina değildir.

25 Hasan Nuri Yaşar, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 229.

26 İmar hukuku açısından yapı tanımının bu denli geniş tutulmuş olmasının nedeni, bu alanın idarenin denetimi içerisinde tutulmak istenmesi olarak ifade edilmiştir. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 502, 503.

27 Nitekim Usul ve Esaslar'ın "yapı kayıt belgesi bedeli ve ödenmesi" başlık 5/1/b-8'de, "İstinat duvarı, dolgu alanı, havuz, spor sahaları ve benzeri bina niteliğinde olmayan yapılar için 150 TL/m²" birim fiyatı belirlenmiştir.

28 Ömer Köroğlu, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 11. Ayanoğlu'na göre "(i)nsaat tabiri, yapım sürecini ifade eden bir kavram

B. Yapının 31.12.2017 Tarihinden Önce Yapılmış Olması

İmar Barışı Kanunu kapsamında yer alan bir yapı için yapı kayıt belgesi alınabilmesi, yapının 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış olmasına bağlıdır. Bu tarihten sonra yapılan yapılar için yapı kayıt belgesi alınamayacağı gibi, yapı kayıt belgesi alınmış yapılara ek inşaat alanı da kazandırılmayacaktır. Ayrıca bu tarihten önce yapılmış olmakla beraber çeşitli nedenlerle yıkılmış yapılar için de yapı kayıt belgesi verilemeyecektir³⁰. Bir diğer ifadeyle yapı kayıt belgesi, yapının 31.12.2017 tarihindeki durumuna göre verilecektir.

Yapı kayıt belgesinin elektronik ortamda ve beyan üzerine verilmesi sebebiyle, beyan edilen ruhsatsız ya da ruhsat veya eklerine aykırı yapının hangi tarihte yapıldığının tespiti mümkün olamayabilecektir. Nitekim uygulamada, imar barışına ilişkin düzenlemenin çıkacağı söylentisi üzerine -hatta Kanun'un yürürlüğünden sonra- yapı inşa eden ve başvuru yapmak suretiyle yapı kayıt belgesi alan çok sayıda kişi bulunmaktadır. Belirtilen tarihten sonra yapılan yapılar için alınan yapı kayıt belgelerinin hukuka aykırı olduğu noktasında hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu kişiler hakkında yapı kayıt belgesine ilişkin mevzuatta öngörülen işlemler tesis edilecektir³¹.

Bu noktada asıl cevaplanması gereken soru, yapının 31.12.2017 tarihindeki durumunun nasıl tespit edileceğidir. Bu sorun, idarenin yapacağı bir denetim neticesinde ya da yapı kayıt belgesine karşı dava açılması halinde gündeme gelebilecektir. Burada, uydu ya da diğer araçlarla coğrafi verileri³² toplayan bilgi sistemleri³³

olmayıp; yapının bitmiş, inşa edilmiş, inşası tamamlanmış eser anlamındadır". Taner Ayanoğlu, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 9. Ancak yazar, inşaat deyiminin İmar Kanunu'nun birçok maddesinde yapım süreci içindeki varlığı ifade etmek üzere kullanıldığını da göz ardı etmemektedir. Ayanoğlu, *Yapı...*, s. 8 dn 21.

29 Bu hususta ayrıca bkz. "Eksik İnşaatların Tamamlanması" başlığı.

30 "Olayda, 4706 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında hak sahibi olabilmek için, 31.12.2000 tarihinden önce ve satış tarihi itibarıyla satışı talep edilen taşınmaz üzerinde bir yapının bulunması gerekmekte olup, söz konusu taşınmaz üzerinde davacıların inşa ettiği yapının 1998 yılında mahkeme kararıyla yıkıldığı, dolayısıyla başvuru tarihi itibarıyla taşınmaz üzerinde 4706 sayılı Kanun kapsamında hak sahipliği sonucunu doğuran bir yapının bulunmadığı anlaşıldığından, davacının başvurusunun zımnen reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır". Danıştay 10.D.,22.05.2015 tarih, E.2011/7572 – K.2015/2482. (Bundan sonra Danıştay kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların 'http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/' sitesinde yer alan 'Bilgi Bankası'ndan alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir). (10.11.2018).

31 Bu hususta bkz. "Yapı Kayıt Belgesinin İptali" başlığı.

32 Ulusal Coğrafi Bilgi Sisteminin Kurulması Ve Yönetilmesi Hakkında Yönetmelik (R.G.:T.23.03.2015, S.29301), Madde 3/1-c: "Coğrafi veri: Bir nesneye veya konuyla ilişkilendirilebilen bir olaya ait niteliksel ve niceliksel detayları belirten ölçülebilir özellikler bütünü,"

33 Bu bilgi sistemlerinin kurulması ve kullanılmasına ilişkin idareye (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) ödev yükleyen mevzuat hükümlerine rastlamak mümkündür.

vasıtasıyla yapının 31.12.2017 tarihinden önceki durum tespitinin yapılabilmesi mümkündür³⁴. Ancak inşaat tekniklerinin çok gelişmiş olması ve bazı teknik imkansızlıklar yapının ‘milat’ olarak alınan 31.12.2017 tarihinden önce yapıлып yapılmadığının tespitini zorlaştırabilecektir. İmar barışı kapsamına giren yapılar için herhangi bir sınır öngörülmemesi³⁵, kısa sürede bir yapının yapılması imkanını beraberinde getirmektedir³⁶. Yine, yapı kayıt belgesi alınabilecek yapıların üzerinde bulunduğu arazilerin çok geniş bir coğrafyaya tekabül etmesi sebebiyle bazı alanlar için coğrafi veri alınmasının mümkün olamayabileceği ve uydu üzerinden alınan verilerin çoğunlukla kuşbakışı görüntüyü yansıtması sebebiyle yapının bazı kısımlarının belirlenen tarihten önce inşa edilmiş olup olmadığının tespit edilemeyebileceği bu konuda karşılaşılabilecek güçlükler arasında sayılabilir.

C. Yapının Yapı Kayıt Belgesi Düzenlenemeyecek Yerlerde İnşa Edilmemiş Olması

Yapı kayıt belgesi alabilme şartlarından birisi de yapının İmar Barışı Kanunu kapsamı dışında bırakılan yerlerde inşa edilmemiş olmasıdır. 3194 sayılı Kanun’un Geçici 16.maddesinin farklı fıkralarında Kanun kapsamı dışında kalan alanlar sayılmıştır. Kanun’un uygulamasını göstermek üzere çıkarılan Usul ve Esaslar’ın 8’inci maddesinde ise bu yerler daha derli toplu halde şu şekilde ifade edilmiştir:

- “18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi

3194 Sayılı Kanun, Madde 8/1-ç: “Bakanlıkça belirlenen tanımlar ve esaslara göre hazırlanıp onaylanan halihazır haritalar, plan, plan değişikliği ve revizyonları, parselasyon planları, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgeleri ile imar mevzuatına konu edilen diğer coğrafi veri ve bilgilerin, ilgili idareler ile kurum ve kuruluşlarca; Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslara uygun şekilde ve sayısal olarak; üretilmesi, elektronik ortamda ilan edilmesi, Bakanlıkça tesis edilecek elektronik ortam üzerinden paylaşılması, arşivlenmesi ve güncellenmesi zorunludur. Yapı ruhsatına ilişkin işlemlerde bu veriler esas alınır”.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Madde 97/1-i: “Ulusal Coğrafi Bilgi Sisteminin kurulmasına, kullanılmasına ve geliştirilmesine dair iş ve işlemleri yapmak, yaptırmak, mahalli idarelerin planlama, harita, altyapı ve üstyapıya ilişkin faaliyetleri ile ilgili kent bilgi sistemlerinin kurulması, kullanılması ve Ulusal Coğrafi Bilgi Sistemi ile entegre olmasını desteklemek”,

- 34 Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından kurulan Ulusal Coğrafi Bilgi Sistemi’nin henüz tam anlamıyla işlerlik kazanmaması sebebiyle, bu tespit uygulamada çoğunlukla ‘Google Earth’ verileriyle yapılmaktadır. Konuya ilişkin bir örnek için bkz. “Somut olayda; 05/09/2005 tarihli google earth fotoğrafiyla sınığın, “47*16,60 metre ölçülerinde zemin kat betonarme karkas tuğla duvarlı, sıvası boyası bitmiş, çelik profil çatı açıkları üzerine çatı kaplamalı yüzme havuzu olarak kullanılan yapı” yapmaktan ibaret eyleminin, 3194 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki bina tanımını da göz önüne alındığında, 5237 sayılı TCK’nın 184. maddesindeki imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, “yapının bina niteliğinde”

ziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde, 3194 sayılı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda,

- İstanbul tarihi yarımada içinde 3194 sayılı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda,

- 19/5/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda,

- Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde,

- Kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar üzerinde, bulunan yapılar hakkında Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemez”.

Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, sayılan yerler dışında kalan arz üzerine inşa edilen her türlü yapı için yapı kayıt belgesi düzenlenebileceği sonucu çıkarılabilecektir. Burada önemli olan, bu alanın sınırını doğru tespit edebilmektir. Bu minvalde, kapsam dışında bırakılan taşınmazları ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu taşınmazları şu üç grupta incelemek mümkündür: mekansal yapı yasağı olanlar, idareye ait olanlar ve üçüncü kişilere ait olanlar.

olmadığı şeklindeki kanuni olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi”, Yargıtay 4.CD., 12.11.2014 tarih, E.2014/32768 – K.2014/32727. “...(İ)mara aykırı hususlara ilişkin iddialar açıklanırken (...)söz konusu aykırılıkların giderilip giderilmediği, giderilmişse ne şekilde giderildiği yolunda bir tespit açıklama ve değerlendirme yapılmadığı, (...) mevzuata aykırı olduğu belirtilen bina, otel, büfe, işletme gibi taşınmazların son durumunun ne olduğunun saptanmadığı, kaldı ki, bilirkişi raporunda mevzuata aykırı olduğu belirtilen hususların ayrıntılı incelemelere dayanmadığı, (bazı maddelerde google earth 2013 görüntülerine göre yorum yapılması gibi) belirtilen hususlar dikkate alınmadan ve eksik inceleme içeren ön inceleme üzerine söz konusu mevzuata aykırılıklar nedeniyle ilgililerin görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri kanaatine varıldığı, tüm bu tespitlere göre de ön inceleminin eksik yapıldığı sonucuna varılmıştır”. Danıştay 1.D.,27.04.2016 tarih, E.2015/2192 – K.2016/611.

35 Bu hususta bkz. “Ruhsatsız veya Ruhsat ve Eklerine Aykırı Yapının Varlığı” başlığı.

36 “Yet(k)ililer, Urla'nın Çeşmealtı bölgesinde, 2018 yılından sonra inşa edilen bir evi tespit etti. Hem 2'nci derecede arkeolojik sit alanı hem de Hazine arazisi olan bölgede, bir vatandaşın kaçak tek katlı prefabrik ev yaptırdığı, bunun için de Yapı Kayıt Belgesi aldığı anlaşıldı. Müze Müdürlüğü yetkilileri, evin kurulduğu yerde, milattan önce 600 yılından kalma tarihi eserlerin olabileceğini belirtti”. <http://www.hurriyet.com.tr/yerel-haberler/izmir/urla/urlada-arkeolojik-sit-alani-uzerindeki-kacak-40995797>. (23.10.2018).

37 “Plan ve Bütçe Komisyonunda 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun öngörünümüne dahil bölümü

1. Mekansal Yapı Yasağı Olan Taşınmazlar

İmar Barışı Kanunu'nda ifade edilen bazı alanlar üzerine inşa edilen yapılar için hiçbir şekilde yapı kayıt belgesi alınmayacağı ifade edilmiştir. Buna göre;

- 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde, 3194 sayılı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda³⁷,

- İstanbul tarihi yarımada içinde 3194 sayılı Kanunun geçici 16. maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda,

- 19/5/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda,

İnşa edilmiş ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar için yapı kayıt belgesi alınamayacaktır. Bu yapıların özel mülkiyete konu araziler ile kamuya ait araziler üzerinde inşa edilmiş olmasının sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Benzer mekânsal sınırlamalara daha önceki imar affi kanunlarında da yer verilmiştir³⁸. Ancak İmar Barışı Kanunu, yapı kayıt belgesi alınamayacak bu alanları, önceki imar affi kanunlarına nazaran oldukça sınırlı tutmuştur. Bu da yapı kayıt belgesi alınabilecek alanları oldukça genişletmiştir³⁹.

2. İdareye Ait Bazı Taşınmazlar Üzerine İnşa Edilen Yapılar

İmar Barışına ilişkin mevzuatta, idareye ait bazı taşınmazlar üzerine inşa edilen yapıların da kapsam dışında kaldığı hüküm altına alınmıştır. Geçici Madde

nün yararlanamaması hükmü getirilmişti. Ancak genel kurulda yapılan değişiklikle barıştan yararlanamayacak alan miktarı 8 bin 500 hektardan 4 bin 564 hektara indirildi". <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/bogazdaki-9-mahalle-ile-imar-barisi-40834821>. (18.08.2018).

38 Bu hususta karşılaştırma yapmak için bkz. 2981 sayılı Kanun, Madde 14. Danıştay, 2981 sayılı Kanunu'un istisnalar içerisinde düzenlediği alanda bulunan taşınmaz üzerindeki yapı için, tapu tahsis belgesi verilmesine istemini reddeden idari işlemi şu gerekçeyle hukuka uygun bulmuştur: "...Boğaziçi alanının kıyı ve sahil şeridi ile öngörünüm bölgesinde bulunan mevzuata aykırı yapıların imar affından yararlandırılmasının mümkün bulunmadığı, ancak etkilenme ve geri görünüm bölgelerinde bulunan bu tür yapılar için böyle bir sınırlama getirilmediği kuşkusuzdur.

2981 sayılı Yasanın istisnalar başlığını taşıyan 3. maddesinde 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca belirlenmiş ve belirlenecek yerlerde anılan yasa kuralının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden tapu tahsis belgesi istemine konu olan taşınmazın Boğaziçi Sit Alanında kaldığı anlaşıldığından olayda yukarıda anılan yasa kuralı uyarınca 2981 sayılı Yasa kuralının uygulanması mümkün olmadığından İdare mahkemesince davanın yukarıda belirtilen gerekçeyle reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Kaldı ki gerekondunun işyeri olarak kullanılması nedeniyle 2981 sayılı Yasanın 3290 sayılı Yasayla

16/9'da yer alan hükme göre, "...*Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapılar bu madde hükümlerinden yararlandırılmaz*". Usul ve Esaslar'ın 8/1-d maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır: "*kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar üzerinde*" bulunan yapılar hakkında Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecektir. Buna göre, hazineye ait taşınmazlardan, imar planında sosyal donatı⁴⁰ alanı olarak ayrılan ve aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş olan alanlar üzerine inşa edilmiş yapılar hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek; planda sosyal donatı olarak gösterilen ve/fakat kesin tahsisi yapılmayan alanlarda bulunan yapılar için başvuru yapabilecektir. Bu hükmün, idare tarafından yürütülen/yürütülecek kamu hizmetlerinin aksamasının önüne geçmek amacıyla getirildiği düşünülebilir⁴¹.

Burada son olarak, sayılan alanlar içerisinde yer almayan; hazine ya da belediye idareleri dışında kalan kamu tüzel kişilerine ait araziler üzerine inşa edilmiş yapılar hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenip düzenlenemeyeceği üzerinde ayrıca durulmalıdır. İmar Barışı Kanunu, hazine ve belediyeye ait taşınmazlar üzerine inşa edilen yapıların devrine ilişkin açık düzenlemeye yer verirken, bunlar dışında kalan kamu tüzel kişilerine ait alanlar üzerinde inşa edilen yapıların devrine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. İdari teşkilat içerisinde yalnızca hazine ya da belediyeye ait taşınmazlar bulunmamaktadır. Kamu tüzel kişileri de tüzel kişi olmanın bir sonucu olarak taşınır ve taşınmaz mallara sahip olabilmektedirler⁴². Bu idarelerin taşınmazları, İmar Barışı Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmamış; ancak gerek İmar Barışı Kanunu'nda gerekse Usul ve Esaslar'da

değişik 8. maddesinde yer alan kural nedeniyle de tapu tahsis belgesi verilmesi mümkün değildir...". Danıştay 6.D., 12.12.1990 tarih, E.1990/466 – K.1990/2579.

39 Kalabalık, yapı kayıt belgesi alınmak amacıyla başvuru yapılan yapıların, "arsa" niteliğindeki taşınmazlar üzerinde inşa edilmesi halinde Geçici 16'ıncı Madde hükümlerinden faydalanabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu düşüncesini "*Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir*" şeklindeki Geçici Madde 16/1 hükmünde yer alan ve Usul ve Esaslar'ın 5'inci maddesinin çeşitli yerlerinde geçen "arsa" ifadesine dayandırmakta; böylece mekânsal yapı yasağı olan geniş bir kategori yaratmaktadır. Halil Kalabalık, *İmar Barışı*, Seçkin Yay., Ankara, 2018, s. 74-75.

40 Sosyal donatı alanına ilişkin 3194 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda herhangi bir tanım olmadığı; çeşitli yönetmeliklerde yapılan tanımların, Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği'nde düzenlenen sosyal altyapı alanları ile sosyal tesis alanları tanımlarına karşılık gelecek şekilde yapıldığı hususunda bkz. Kalabalık, *İmar Barışı*, s. 168-170.

41 Anayasa Mahkemesi, "*Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez*" kuralının Anayasaya uygunluğunu denetlediği kararında benzer bir gerekçeyle iptal istemini reddetmiştir. Kararın gerekçesi

bu taşınmazların devrine ilişkin herhangi bir hüküm de konulmamıştır. Bu nedenle, il özel idaresi, köy ya da diğer kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş yapılar hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenip düzenlenemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Düzenlenebilecekse, yapı kayıt belgesi bu taşınmazların devrine olanak sağlayacak mıdır? Bu sorular, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, özel mülkiyete konu olamayacak taşınmazlar üzerine ruhsatsız şekilde inşa edilmiş yapılar hakkında da geçerlidir⁴³.

Öncelikle, idareye ait taşınmazlar üzerinde inşa edilmiş ruhsatsız yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenmesi ile bu yapıların özel mülkiyete konu edilmesi arasında fark olduğunu belirtmek gerekmektedir. Nitekim, bu yapılar için düzenlenen yapı kayıt belgesinin, yapı kayıt belgesinin beraberinde getirdiği tüm hukuki sonuçlarını doğurup doğurmayacağı aşağıda ayrıca incelenecektir⁴⁴. Burada maddenin lafzi yorumundan yola çıkılarak, Geçici Madde 16'da kapsam dışında bırakılan alanlar ile 'özel kanunları gereğince değerlendirilmesi gerekenler'⁴⁵ haricinde kalan idareye ait arazi üzerine inşa edilmiş ruhsatsız yapılar hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenebileceği söylenilebilecektir.

3. Üçüncü Kişilere Ait Özel Mülkiyete Konu Taşınmazlar Üzerine İnşa Edilen Yapılar

İmar Barışı Kanunu'nun kapsam dışında bıraktığı bir diğer alan, üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlardır. Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde inşa edilen yapılar için de yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecektir⁴⁶. Maddenin yazım şekli eleştiriye açıktır. Zira, üçüncü kişi' kimdir? Üçüncü kişiye ait olup, özel mülkiyete konu olmayan taşınmazlar mevcut mudur?

şu şekildedir: "İtiraz konusu kuralla, belediyelerin bazı varlıkları haciz yasağı kapsamına alınarak belediyeden olan alacaklarını icra yoluyla tahsil etmek zorunda kalanlar bakımından mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmiş ise de, belediyelerin, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin son fıkrasında belirtilenlerin dışındaki gelir ve varlıkları üzerine haciz işlemi yapılabilmesi imkânının bulunması, kişilerin bu hakkının tamamen ortadan kaldırılmadığını ve hukuk düzeninin korunması altındaki haklarını elde edebilme imkânlarının bulunduğunu göstermektedir.

Ayrıca belediyelerin, belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileri olmaları nedeniyle, bunlara yasalarla yüklenilen görevler, yerel toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimleridir. Belediyeler bu gereksinimleri karşılamak amacıyla bazı etkinliklerde bulunurlar. Bunun için de aynı ve nakdi varlığa ihtiyaç duyarlar. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için, bu etkinliklerden bazılarının kesintisiz bir biçimde yürütülmesi; bunun sağlanabilmesi bakımından da belediyelerin aynı ve nakdi varlığa sahip olmaları gerekir. Belediyelere ait bazı aynı ve nakdi varlıklara haciz yasağı getirilmesindeki amaç da belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinin bazılarının, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi gereğidir. Yani toplum yararının üstün tutulmasıdır. Yine belirtmek gerekir ki, belediyelerin devamlılık gösteren kamu hizmetleri

Üçüncü kişi, hukuki ilişkinin dışında kalan kişi anlamına gelmekte ve genellikle sözleşmenin tarafı olmayan kişiyi karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Yapı kayıt belgesi verilmesi, tek taraflı bir idari işlem olup; yapı kayıt belgesi vermeye yetkili makam⁴⁷ ile hak sahibi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır. Şu halde burada bahsedilen “üçüncü kişi” kimdir? Burada maddenin lafzından ve amacından yola çıkılarak iki şekilde yorum yapılabilir.

Bu ifadenin lafzından yola çıkılarak, işlemi tesis eden idari makam ile yapı maliki dışında kalan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmek amacıyla kullanıldığı kabul edilirse; öncelikle, özel hukuk kişilerine ait özel mülkiyete konu olamayacak taşınmazların ne olduğu hususu izah edilmelidir. Bu durumda kanun koyucunun, özel mülkiyete konu olamayacak nitelikte olup da; -hukuka aykırı- bir şekilde özel hukuk kişileri adına tescili gerçekleşmiş taşınmazları⁴⁸ kastettiği düşünülecektir. Böylece, özel mülkiyete konu olamayacak nitelikteki bu taşınmazlar için yapı kayıt belgesi düzenlenmesi mümkün olacaktır. Ancak özel mülkiyete konu olamayacak bu taşınmazlar üzerindeki yapı için yapı kayıt belgesi düzenlenebileceğini kabul etmek; bizi, bu taşınmazların yapı kayıt belgesi aracılığıyla yeniden özel hukuk kişisi tarafından kullanılmasına ve/veya yeniden özel mülkiyete konu olmasına neden olmak gibi kabulü mümkün olmayan bir döngü içerisine sokacaktır.

Öte yandan bu yorum tarzı, Hazineye ait taşınmazlar dışında kalan, diğer kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyete konu taşınmazları (özel mallar) üzerine inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenememesi; ancak bu idarelerin kamu malları üzerine inşa edilenler için yapı kayıt belgesi düzenlenebilmesi gibi anlamsız bir sonucu da beraberinde getirmektedir.

nin görülmesine ayrılmış olan tüm kaynaklarının hacze konu olabilesinin, bu hizmetlerin ifa araçlarını tamamen ortadan kaldırmak gibi bir sonuç doğurabileceği de kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamadaki amaç da belirtilen nitelikteki istenilmeyen sonucun ortaya çıkmasını engellemektir”. Anayasa Mahkemesi, 16.12.2010 tarih, E.2007/37 – K.2010/114.

42 Begüm İşbir, *Kamu Tüzel kişiliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 70. “Kamu kurumları, görevlerini yerine getirebilmeleri için gereken personele ve merkezi idareden ayrı mal varlığına sahiptirler”. Turan Yıldırım, “Türkiye'nin İdari Teşkilatı”, *İdare Hukuku*, Ed.: Turan Yıldırım, 7. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 109.

43 Bu hususta bkz. “Hazineye Ait Taşınmazlar İçin Aranan Özel Şart: Özel Kanunlar Kapsamında Kalmama” başlığı.

44 Bu hususta bkz. “Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Sonuçları” başlığı.

45 Bu hususta ayrıca bkz. “Hazineye Ait Taşınmazlar İçin Aranan Özel Şart: Özel Kanunlar Kapsamında Kalmama” başlığı.

46 Geçici Madde 16/9: “Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar (...) bu madde hükümlerinden yararlandırılmaz”.

Bu nedenle burada kanunun amacından yola çıkılarak bir yorum yapılması yerinde olacaktır. Burada ifade edilen “üçüncü kişi” ifadesinin, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri dışında kalan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmek amacıyla kullanıldığı kabul edilmelidir. Bu nedenle maddeyi, ‘gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin taşınmazları üzerinde inşa edilen yapılar’ şeklinde okumak daha doğru olacaktır.

Kamu tüzel kişilerinin de özel malları bulunmakla birlikte, İmar Barışı Kanunu kamu malı/kamunun özel malı⁴⁹ ayırımına gitmemiştir. Kanun, taşınmazın idareye ait olmasını, bu taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenmesi konusunda yeterli kabul edilmiştir.

Bu noktada asıl sorun, kamu tüzel kişiliği tartışmalı olan kişilere ait taşınmazlar üzerine inşa edilen ruhsatsız yapılar konusunda belirecektir. Şu halde belediye şirketleri⁵⁰ ile diğer kamu sermayeli kuruluşlara⁵¹ ait taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için de yapı kayıt belgesi düzenlenebilecek midir? Bu sorunun cevabı, bu kuruluşların özel hukuk kişisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunun cevabına bağlıdır. Zira, kamu sermayeleri kuruluşların özel hukuk kişisi olarak nitelendirilmesi halinde, bu kuruluşların malları da ‘özel hukuk tüzelkişilerinin taşınmazları’ kapsamında değerlendirilecek ve bu arazi üzerine yapılmış bulunan yapılar hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecektir. Kamu sermayeli kuruluşların, mevzuatının dağınık olması⁵², türlerinin her geçen gün

47 Bu hususta bkz. “Yapı Kayıt Belgesi Vermeye Yetkili Makam” başlığı.

48 2981 sayılı Kanun’un “Bu Kanun hükümlerinden yararlanamayacak olanlar” başlıklı 14’üncü maddesinde bu nitelikteki taşınmazların örneğine rastlanmaktadır. Bu hususta bkz. Madde 14: Aşağıdaki durumlara uyan yapılar bu Kanun hükümlerinden yararlanamazlar: (...)

i) Kıyı tanımına giren yerlerde gerçek kişilere veya hukuk tüzel kişilerine ait yapılar”.

49 Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. “Belediyeye Ait Taşınmazlar İçin Aranılan Özel Şart: Belediyenin Özel Mülkiyetinde Olma” başlığı. Bu ayırım hakkında ayrıca bkz. Bu ayırım hakkında bkz. Lütfi Duran, “Kamusal Malların Ölçütü”, *AİD*, Cilt 19, Sayı 3, 1986, s. 43-52; Aydın Gülan, “Kamu Malları”, *Gün Işığında Yönetim*, İl Han Özyay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 665-669.

50 Bilindiği üzere, gerek 5393 sayılı Belediye Kanunu (madde 70) gerekse 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (madde 26/1), belediye idarelerinin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilmelerine imkan tanımaktadır. Belediye şirketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, “Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü”, *TBB Dergisi*, Sayı 134, 2018, s. 153-174. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 52’inci maddesinde il özel idarelerine de şirket kurma imkanı verilmekle beraber, şirket kurma yöntemine belediyelerce daha çok başvurulması sebebiyle konu belediyeler üzerinden ele alınacaktır.

51 ‘Kamu sermayeli kuruluşlar’ ifadesi, kamu ihtiyaçlarını karşılamak ve kamu hizmetlerini günün gerekleri doğrultusunda görmek amacıyla kamu sermayesiyle kurulan özel teşebbüslerin genel adı olarak kullanılmaktadır. Bu hususta bkz. Erdoğan Bülbül, *Kamu İştirakleri*, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 4 vd.

artması⁵³, karma hukuki rejime tabi olması⁵⁴, bunların hukuki niteliği konusunda verilen farklı yargı kararları⁵⁵ ile doktrinde⁵⁶ görüş birliğinin bulunmaması gibi sebepler, bu kuruluşlara ait malların ‘özel hukuk tüzel kişilerine ait taşınmazlar’ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin genel bir tespit yapmayı neredeyse imkansızlaştırmaktadır. Bu tespit, her bir kuruluş için, tabi olduğu hukuki rejim göz önüne alınarak ayrı ayrı yapılmalıdır.

Peki, yapı kayıt belgesi alınacak yapının, kısmen gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin taşınmazı üzerinde inşa edilmiş olması halinde ne olacaktır? Daha önceki imar affı kanunlarının⁵⁷ aksine, İmar Barışı Kanunu’nda bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Çevre Şehircilik Bakanlığı’nın 2018/8 Sayılı “3194 Sayılı İmar Kanunu’nun Geçici 16. Maddesi (İmar Barışı) Uyarınca Yapılacak Olan İşlemler” (Genelge) konulu genelgesinde, “*Hazinenin ve üçüncü kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar üzerinde kısmen tecavüzü bulunan yapılar için hazinenin/ilgililerinin muvafakati alınması koşuluyla tapu kütüğünün beyanlar hanesinde tecavüze yönelik belirtme yapılarak tapu sicilinde gerekli tescil işlemi yapılabilecektir*” denilmektedir. Genelge’ye göre, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan bir taşınmaza kısmen tecavüz halinde tapu kütüğüne tescil, ancak özel hukuk kişisinin muvafakatiyle gerçekleştirilebilir. Bu düzenlemeden, kısmen özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş yapılar için yapı kayıt belgesi alınabileceği; ancak, tapuya tescil

52 “Diğer taraftan, kamu sermayeli şirketlerin basit bir yasal çerçeveye tabi olduklarını söylemek güçtür. Hukuki açıdan kamu işletmeleri arasında bir yeknesaklık bulunmamakta, bir kısmı 233 sayılı KHK’ya, bir kısmı 4046 sayılı Kanuna tabi iken, bir kısmının ise kendilerine özel kanunları bulunmaktadır.”: *T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)*, Kamu İşletmeciliği, Özel İhtisas Komisyon Raporu, Ankara, 2014, s. 24. Kamu sermayeli kuruluşlarına ilişkin düzenleme içeren mevzuata örnek olarak şunlar verilebilir: 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi Ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun, 6107 İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun, 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Kuruluş Kanunu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu(TÜRKSAT), 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu(BORSA İSTANBUL A.Ş.), 6446 sayılı Elektrik Piyasaları Kanunu(EPIAŞ).

53 Bu hususta bkz. Bülbül, *Kamu İştirakleri*, s. 5 vd.

54 Kamu İktisadi Teşebbüslerinin karma hukuki rejime tabi oldukları hususunda bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 206; Bu hususta ayrıca bkz. Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, Cilt I, Yetkin Yay., Ankara, 2017, s. 141; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku: Genel Konular*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970, s. 202.

55 T.C. Merkez Bankası’na ilişkin olarak bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.2.1991 tarih, E.990/37 - K.991/1, RG: 12.5.1991, S. 20869, s. 10 vd.; Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri hakkında bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.5.1992 tarih, E.992/21 - K.992/22, RG: 24.6.1992, S. 21264, s. 22 vd.; Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı’na ilişkin olarak bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi,

işleminin özel hukuk kişinin muvafakatiyle gerçekleştirilebileceği gibi yanlış bir anlam çıkarılabilecektir. Halbuki İmar Barışı Kanunu, ‘gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin taşınmazları üzerinde inşa edilen yapılar’ için yapı kayıt belgesi alınmayacağını ifade etmiş; bu yapıların kısmen ya da tamamen inşası noktasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Öte yandan, kısmen tecavüz halinde yapı kayıt belgesinin düzenlenebileceğinin kabulü, özel hukuk kişinin mülkiyet hakkını kaybetmemekle beraber, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanamaması gibi kabul edilemeyecek bir sonucu da beraberinde getirecektir. Bu nedenle, kısmen de olsa özel hukuk kişilerine ait taşınmazlara tecavüz eden yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

D. Başvuru Yapılması

İmar Barışı Kanunu’ndan faydalanabilmek için, yukarıda yer verilen şartların varlığı yeterli değildir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara⁵⁸ 31.10.2018 tarihine kadar⁵⁹ başvurulması gerekmektedir. Hatta Anayasa Mahkemesi, yapı kayıt belgesi başvurusunu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmek için tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirmiştir⁶⁰. Kararın değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır⁶¹. Bu nedenle burada, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu kararın - kişileri yapı kayıt belgesi bedeli ödemek ve yapı kayıt belgesi almak

3.5.1999 tarih, E.999/1 - K.999/11, RG: 8.6.1999, S. 23719, s. 25 vd.; OYAK (Ordu Yardımlaşma Kurumu)’ın kamu kurumu olduğuna ilişkin olarak bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.9.1997 tarih, E.997/43 - K.997/42, RG: 30.10.1997, S.23/55, s. 21; İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı’nın (İLKSAN) hukuki statüsüne ilişkin olarak bkz. Danıştay 10.D., E.2001/674 - K.2003/4126, Danıştay Kararları Dergisi, S.3, 2004, s. 311. Aynı Kurumun özel hukuk tüzel kişisi olduğuna ilişkin bkz. Danıştay 10.D., E.1992/2323 - K.1994/1871, (www.kazanci.com). (10.10.2018).

56 Bu husustaki farklı görüşler için bkz. Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2018, s. 476-478; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s. 285; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2018, s. 378; Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Öniit, Serkan Seyhan, *İdare Hukuku*, Seçkin Yay., 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 236 vd; Ulusoy, s. 141; İsbir, s. 452.

57 Bu hususta bkz. 5218 sayılı Kanun, Madde 8; 6188 sayılı Kanun, Madde 9; 2981 sayılı Kanun, Madde 9, 11, 12, 22.

58 Usul ve Esaslar, Madde 3/1-b: “Kurum ve kuruluş: Yapı Kayıt Belgesi vermek üzere Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum ve kuruluşları”, (...) ifade eder.

59 Başvuru ve ödeme süresini bir yıla kadar uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir (3194 sayılı Kanun, Geçici Madde 16/2). Bu süre, 257 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla 31.12.2018’e kadar uzatılmıştır. (R.G.: T.31.20.2018, S.30581) Cumhurbaşkanlığı Sistemine geçildikten sonra bakanlar kurulu kaldırılmıştır. Anayasa’nın Geçici 21/G maddesinde yer alan, “Kanunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapıncaya kadar Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılır” hükmü gereğince, uzatma

zorunda bırakması; aksi halde bireysel başvuru yoluna başvuramayacakları sonucunu doğurması nedeniyle - bireysel başvuru hakkını kısıtlayıcı nitelik taşıdığı söylenilmekle yetinilecektir.

Bu başlık altında ise, öncelikle başvurabilecekler tespit edilecek; ardından da başvuru usulü üzerinde durulacaktır.

1. Başvuruda Bulunabilecekler

İmar Barışı Kanunu'nun gerekçesinde yer alan ve Kanunla gerçekleştirilmesi hedeflenen 'İmar Barışı'nı sağlama adına, Kanun'un kapsamı da oldukça geniş tutulmuştur. Nitekim Usul ve Esaslar'ın "yapı kayıt belgesi müracaatı" başlıklı 4/2'inci maddesinde, "Yapı Kayıt Belgesi için yapı maliklerinden herhangi birisi veya vekili tarafından" başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir. Peki burada başvuru yapabileceği ifade edilen 'yapı maliki' kim ya da kimlerdir? Bu tespitin yapılması, yapı kayıt belgesi alınması sürecini başlatmanın yanı sıra, sürecin sonunda yapı kayıt belgesi bedelinin ödenmesi sonucunu doğuracağı için oldukça önem arz etmektedir.

Kendisine ait arazi üzerinde yapı inşa eden ve yapı malikinin tek kişi olduğu hallerde bu tespiti yapmak kolaydır. Burada arazinin maliki genellikle⁶² yapının da malikidir ve malik başvuruda bulunabilecektir. Yine, kat mülkiyetine geçilmiş yapılarda ruhsat ve eklerine aykırılık gerçekleştirilmesi halinde, aykırılık hangi

işleminin Geçici 16'ıncı maddede "Bakanlar Kurulu" tarafından yapılacağı yazılmış olsa da Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilmiştir.

60 AYMK, 30.10.2018 tarih, Başvuru No: 2018/1275. "...(B)ireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir.

32. Bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi halinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun bu niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmesi için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca başvuru Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikayetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17). (...)

34. Başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği, ilke olarak Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldığı tarihteki duruma bakılarak değerlendirilir. Ancak Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşturulan yeni başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine de karar verebilir. (...)

36. Dolayısıyla bireysel başvuru yapıldıktan sonra yeni bir başvuru yolunun oluşturulması halinde Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu başvuru yolunun düzenleniş şekli itibarıyla ulaşılabilir olup olmadığını, ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesine sahip olup olmadığını değerlendirmektir. (...)

42. 3194 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde öngörülen başvuru koşulları bir bütün ola

bağımsız bölümde/bölmelerde yapılmış ise o bağımsız bölüm sahipleri başvuru-
da bulunabilecektir.

Burada asıl üzerinde durulması gereken, elbirliğiyle ya da paylı mülkiyetin söz konusu olduğu taşınmazlar üzerine inşa edilmiş yapılar ve kat mülkiyetine geçilmiş yapıların ortak alanlarındaki yapılar ile mülkiyeti idareye ait araziler üzerine inşa edilmiş yapılar için gerçekleştirilecek başvurulardır.

a. Birden Fazla Yapı Malikinin Varlığı Halinde Başvuruda Bulunulması

Usul ve Esaslar'ın 4/2'inci maddesinin lafzından hareketle, yapının birden fazla maliki bulunması halinde, yapı maliklerinden birisinin başvurusu, sürecin başlaması için yeterli kabul edilmektedir. Şu halde yapı üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olması halinde, bir malikin başvurusu süreci başlatabilecek; diğer malikler de zorunlu olarak bu sürecin bir parçası haline geleceklerdir⁶³.

Bu hüküm, mülkiyet hakkının yanı sıra, birden fazla malikin bulunduğu taşınmazlar üzerine inşa edilen yapıların idaresine ve tasarrufuna ilişkin yasal düzenlemelerle çelişir gözükmemektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "elbirliğiyle mülkiyet"i düzenleyen 702/2'inci maddesine göre, "Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim, gerek tasarruf iş-

rak değerlendirildiğinde başvuru koşullarının objektif ve makul olduğu, başvuruculara aşırı külfet yüklenmediği, yetkili kurum ve kuruluşlarının takdir yetkisinin sadece objektif başvuru koşullarının yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle sınırlı olduğu anlaşıldığından söz konusu başvuru yolunun yeterli giderim sağlama kapasitesine sahip olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

43. Başvurucunun ihlal iddiaları dikkate alındığında ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun ikincil niteliği ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır.

44. Açıklanan gerekçelerle başvurunun başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir".

61 Bu hususta bir değerlendirme için bkz. Burak Gemalmaz, *İmar Barışı (Yapı Kayıt Belgesi) İmkanından Yararlanmak, Bireysel Başvurularda Tüketilmesi Gereken Bir Yol Mudur?*, <http://blog.lexpera.com.tr/imar-barisi-yapi-kayit-belgesi-imkanindan-yararlanmak-bireysel-basvurularda-tuketilmesi-gereken-bir-yol-mudur/> (01.12.2018).

62 Arazi ve yapı bağının koptuğu bir örnek için bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Madde 728: "Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.

Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez".

63 Benzer tartışma 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi çerçevesinde yapılmıştır. Kanun'un 3'üncü maddesine göre, "(r)iskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdare

lemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir". Yine, paylı mülkiyetin⁶⁴ varlığı halinde, Medeni Kanun'un, ister 691'inci maddesi⁶⁵ kapsamında "önemli yönetim işleri" olarak, isterse 692'inci maddesi⁶⁶ kapsamında "olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar" olarak değerlendirilsin, tek bir malikin inisiyatifi, taşınmazın idaresi ve üzerinde tasarrufta bulunmak için yeterli görülmemiştir. "Önemli yönetim işleri"nin yapılması, pay ve paydaş çoğunluğuna; "olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar"ın gerçekleştirilmesi ise oybirliğine bağlanmıştır. Benzer sorun, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) kapsamında kat mülkiyetine geçmiş taşınmazların ortak alanları konusunda da yaşanabilecektir⁶⁷. Zira kat malikleri, ortak yerler⁶⁸ üzerinde kullanma hakkına sahiptirler ve aksine sözleşme olmadıkça, bu alanlar her kat malikine ait arsa payı ile oranlıdır.

Bu temel Kanun hükümleri bir yana, Usul ve Esaslar'ın 4/2'inci maddesiyle, mülkiyet hakkı sahiplerinden birisinin⁶⁹ başvurusuyla diğer malikleri mali külfet altında bırakabilecek bir sürece başlanılmasını kabul etmek mümkün değildir. Zira Usul ve Esaslar'ın 4/2'inci maddesi bu yönüyle zikredilen Kanunlara ve mülkiyet hakkına aykırılık taşımaktadır. Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince mülkiyet hakkına yönelik böyle bir sınırlama ancak kanunla yapılabilecektir.

Nitekim, 3194 sayılı Kanun Geçici Madde 16/5, "yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda (...)

ye bildirilir". Burada yer alan 'yapı malikleri' ifadesinin de, TMK ve KMK açısından benzer sorunları doğurduğu ifade edilmektedir. Konuya 6306 sayılı Kanun açısından yaklaşan Özsunay, aynı aykırılıkları şu şekilde dile getirmektedir: "Yapı maliki tek kişi" ise, 6306 sayılı Kanunun uygulanmasında önemli bir sorun ortaya çıkmamaktadır. (...)

4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun "paylı mülkiyet" adını verdiği; önceki TMK'nın ve halkın "müşterek mülkiyet" olarak tanıdığı "birlikte mülkiyet" rejiminde, "yapının malikleri birden fazla"dır. Böyle olunca da, sadece bir "paydaş"ın (yani maliklerden birinin) başvurusuyla "riskli yapı tespiti"nin yaptırılabilmesi mümkün değildir. Zira, paylı mülkiyet rejiminde, 6306 sayılı Kanun anlamında "binanın yıktırılıp yenisinin yaptırılması", her paydaşın yapabileceği "olağan işlerden" veya "oyçokluğuyla yapılabilecek önemli tasarruflar"dan olmayıp; tüm paydaşların oybirliğine dayalı "olağanüstü tasarruflar"dandır TMK m. 692, "olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi"ni bütün paydaşların kabulüne bağlı kılmıştır. Bu nedenle de, "riskli yapı tespiti", ancak tüm paydaşların "oybirliğiyle alacakları bir karar" üzerine yaptırılabilir. Zira burada, "eşyanın tamamına ilişkin bir tasarruf" söz konusudur. (...)

Paylı mülkiyette olduğu gibi, TMK'undaki "elbirliği mülkiyeti"nde de (m. 701 vd.) durum aynıdır. (...) Elbirliği mülkiyetinde, riskli yapı tespiti istemek için, öncelikle oybirliğine dayalı bir kararın bulunması aranmalıdır. (...)

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda, "yapı maliki" ve "daire maliki" (ya da "kat veya bağımsız bölüm maliki") birbirinden farklı ve ayrı kavramlardır. (...) Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir (...) Anagayrimenkulün "esas yapı kısmı" olan "anayapı", tüm daire maliklerine ait olup, "paylı mülkiyet" rejimine tabidir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda "ortak mülkiyet" (m. 16) kavramıyla ifade edilen rejim, yeni TMK'nda "birlikte mülkiyet" başlığı altında düzenlenen "paylı mülkiyet" rejimidir (m. 688 vd.). (...)

cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebil(mesini)”, maliklerin tamamının muvafakatinin bulunmasına bağlamıştır. Bir diğer ifadeyle kanun koyucu, mülkiyet hakkı sahiplerinin karşılaşacakları mali külfete binaen, -isabetli bir şekilde- bu külfete katlanacakların, külfete katlanma iradelerinin varlığını aramıştır. Böylece, malikler arasında ileride doğması muhtemel hukuki sorunlar, en baştan önlenmek istenmiştir. Kanun koyucunun cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesisine ilişkin olarak sergilemiş olduğu bu yerinde tutumun tüm başvurulara tahvil edilmesi gerekirken; maliklerden sadece birinin başvurusuyla yapı kayıt belgesi alınması sürecinin başlatılmasına imkan tanıyan Usul ve Esaslar’ın 4/2’inci maddesi yerinde bir düzenleme olmaması; malikler arasında yıllarca sürececek davalara davetiye çıkarılmıştır.

b. İdareye Ait Taşınmaz Üzerine İnşa Edilen Yapılar İçin Başvuruda Bulunulması

Kişilerin mülkiyet hakkına sahip olmadığı, idareye ait taşınmaz üzerinde bulunan yapılar için yapılacak başvurular üzerinde de durulması gerekmektedir. Zira bu durumda, yapı maliki nasıl tespit edilecektir? Birden fazla kişinin hak iddia etmesi halinde ne şekilde işlem yapılacaktır? Konuya ilişkin olarak mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmaması ve başvuru usulünün beyana dayalı olması tespiti daha da zor hale getirmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki,

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, 6306 Kanun anlamında “yapının (anayapının) yıktırılması”nın söz konusu olacağı durumlarda, riskli yapı tespitini yapacak lisanslı kurum, kuruluş veya firmanın, anayapıda teknik operasyonlara (karotların alınması vb.) başlamazdan önce, inceleme isteminde bulunan kişiden, paylı mülkiyet ve “elbirliği mülkiyeti” rejimlerinde usulüne uygun olarak “oybirliğiyle alınmış bir karar”ın sunulmasını; kat mülkiyeti rejimine tabi yapılarda da, kat malikleri kurulunun kararını istemesi gerekir (TMK m. 692). Ergun Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 6, 2014 s. 42-44.

64 “...Paylı durumda bulunan taşınmazlarda paydaşlık giderilmediği sürece paydaşlardan her biri payı oranında taşınmazın her noktasında hak sahibi olduğundan, taşınmazın hangi bölümünün hangi paydaşa ait olduğunun belirlenemeyeceği, ...”. Danıştay 6.D.,15.01.2009 tarih, E.2007/1520 – K.2009/358.

65 Madde 691: “İşletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi, adı kiraya veya ürün kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı gibi önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerekir.

Olağan yönetim sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli bakım, onarım ve yapı işlerinde de aynı çoğunluk aranır (...).”

66 Madde 692: “Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. (...)”.

67 Bu hususta bkz. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, Madde 42 vd.

68 Madde 16: “Kat malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar. Kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkında

idareye ait taşınmaz üzerine yapı inşa eden yapı malikinin başvuruda bulunabilmesi için ‘işgalci’ statüsünde olması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, idareyle girdiği bir hukuki ilişki sebebiyle taşınmazı kullanan yapı maliki yapı kayıt belgesi için başvuramayacaktır⁷⁰. Usul ve Esaslar’ın 4/5’inci maddesinin ilk halinde, “her yapı için sadece bir Yapı Kayıt Belgesi düzenlenir” hükmü yer almaktaydı. Bu da idareye ait taşınmazlar üzerinde inşa edilmiş ruhsatsız bir yapı için, önce başvuranın yapı kayıt belgesini alacağı; ‘gerçek hak sahibi(!)’⁷¹ ise, yapı kayıt belgesinin iptali için hukuki yollara başvurmak durumunda kalması sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu kural, 20.09.2018 tarih ve 30541sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan yönetmelikle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, aynı yapı için birden fazla başvuru için yapı kayıt belgesi düzenlenebilecek; hangisinin ne oranda hak sahibi olduğu konusundaki muhtemel bir uyuşmazlık, belge sahipleri kendi aralarındaki anlaşma ya da yargı kararı aracılığıyla çözüme kavuşturulacaktır.

2. Başvuru Usulü

Yapı kayıt belgesi alınmasında başvuru usulü olarak, ‘beyan’ esas alınmıştır. Geçici Madde 16/1’e göre, bu maddede yer alan şartların gerçekleştirilmesi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara başvuru yapılması halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebileceği; başvuruya konu yapının ve

sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat malikine ait arsa payı ile oranlıdır”.

69 Bu %1 pay oranına sahip bir malik de olabilecektir.

70 “Dosyanın incelenmesinden, dava konusu taşınmazın bir vatandaşa ait iken 10 yıl süreyle kayyum tarafından idare edildikten sonra 6.2.2006 tarihinde Hazine adına tescil edildiği, bu tarihten itibaren davacı tarafından Defterdarlıktan kiralanan suretiyle taşınmazın kullanıldığı, öncesinde ise 1989 yılında Defterdarlık Kayyum Bürosu ile yapılan yapılan kira sözleşmesine dayalı olarak kullanıldığı, söz konusu taşınmazın 4706 sayılı Kanun kapsamında tarafına satılması için Belediyeye devredilmesi istemiyle yaptığı başvurunun taşınmaz üzerindeki yapının muvakkat yapı olduğundan bahisle reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, 4706 sayılı Kanun’un Hazine taşınmazlarının işgalcilerine satışını öngördüğü ve 31.12.2000 tarihinden önce işgalci olunması gerektiği dikkate alındığında, bu tarih öncesinde kayyum marifetiyle idare edilen taşınmazı Defterdarlık Kayyum Bürosu ile yapılan kira sözleşmesine dayalı olarak kullanılan davacının taşınmaz üzerinde işgalci olmaması nedeniyle 4706 sayılı Kanun kapsamında hak sahibi olmadığı sonucuna varılmıştır”. Danıştay 10.D., 22.05.2015 tarih, E.2011/3578 – K.2015/2483. (Lexpera) (20.11.2018).

71 Bu ifade, başvuru hakkı sahibini ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Kendisine ait olmayan bir arazi üzerine yapı inşa etmiş olan kişiler hakkında, ‘hak sahibi’ veya ‘gerçek hak sahibi’ kavramlarını kullanmak, sadece mevzuatın bu şekilde ihdas edilmesi sebebiyle ve konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla. Yoksa bir hukuk devletinde, başkasının mülkiyetinde bulunan bir taşınmaz üzerine hiçbir hukuki sebebe dayanmaksızın yapı inşa edenlerin ‘hak sahibi’ olarak nitelendirilmesine ve bu şekilde kabul görmesine olanak bulunmamaktadır.

arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedileceği düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda, Usul ve Esaslar'ın 4'üncü maddesinde başvuru usulü düzenlenmiştir⁷². Buna göre, ister e-Devlet üzerinden isterse Yapı Kayıt Belgesi vermek üzere Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum ve kuruluşlar üzerinden yapılsın, yapı kayıt belgesi almak için yapılacak müracaatta yapı sahibinin beyanı esas alınmakta ve bu aşamada herhangi bir denetim söz konusu olmamaktadır. Müracaat sonrasında gerçekleştirilecek işlemler de, bu beyana dayanılarak yapılmaktadır. Bu beyanın doğruluğu ise, beyanda bulunanın sorumluluğundadır. Yalan beyanda bulunanalar hakkında Usul ve Esaslar'ın 9 veya 10'uncu maddesi gereğince işlem tesis edilecektir⁷³.

E. Yapı Kayıt Belgesi Bedelinin Ödenmesi

İmar Barışı Kanunu'nun idare açısından belki de en önemli yönü, idarenin yapı kayıt belgesi karşılığında başvuranlardan alacağı bedeldir. Nitekim, yapı kayıt belgesi almak için aranan en esaslı şart da, yapı kayıt bedelinin ödenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda aktarılan şartlar ile imar barışına ilişkin mevzuat dikkatle incelendiğinde, yasa koyucunun amaçları arasında öncelikli

72 Madde 4: "Yapı Kayıt Belgesi için yapı maliklerinden herhangi birisi veya vekili tarafından, e-Devlet üzerinden Yapı Kayıt Sistemindeki Yapı Kayıt Belgesi formunun doldurulması suretiyle müracaatta bulunulabileceği gibi kurum ve kuruluşlara başvurulmak suretiyle de müracaatta bulunulabilir.

Müracaatın e-Devlet üzerinden yapılması durumunda, Yapı Kayıt Belgesi formunun eksiksiz olarak doldurulmasından ve Yapı Kayıt Belgesi bedelinin yatırılmasından sonra, Yapı Kayıt Sistemi tarafından oluşturulan Yapı Kayıt Belgesi talepte bulunan yapı sahibince e-Devlet üzerinden alınır.

Müracaat kurum ve kuruluşlara yapılmış ise, Yapı Kayıt Belgesi formu müracaat sahibinin beyanına göre eksiksiz olarak doldurulur, Yapı Kayıt Belgesi bedelinin yatırılması sağlanır, Yapı Kayıt Belgesi formu sistem üzerinden onaylanmak üzere Müdürlüğe gönderilir ve formun Müdürlükçe onaylanmasından sonra bir örneği talepte bulunan yapı sahibine verilir".

73 Bu hususta bkz. "Yapı Kayıt Belgesinin İptalinin Sonuçları" başlığı.

74 İmar Barışı Kanunu'nun madde gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşüm daha hızlı ve etkin yapılması (...)".

75 Bu bedelin ne şekilde belirleneceği hususunda bkz. Kalabalık, İmar Barışı, s. 82 vd.

76 Madde 5: "(1) Yapı Kayıt Belgesi bedeli, yapının bulunduğu arsanın 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'na göre belirlenen emlak vergi değeri ile yapının yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden, konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş oranındadır. Yapı Kayıt Belgesi bedeli belirlenirken;

a) Yapının bulunduğu arsanın emlak vergi değeri, ilgili belediyesinden temin edilen arsa ve arazi asgari metrekare birim değerleri esas alınmak suretiyle hesaplanır. Arsa emlak vergi değeri hesaplanırken;

olanının, bu düzenleme sonucunda idarenin gelir elde etmesini sağlamak olduğu görülmektedir⁷⁴.

İmar Barışı Kanunu'nun 16/2'inci maddesinde, yapının bulunduğu arsanın 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'na göre belirlenen emlak vergi değeri⁷⁵ ile yapının Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş oranında alınacak kayıt bedeli üzerinden hesaplanacak bedelin ödenmesi halinde yapı kayıt belgesi verileceği düzenlenmiştir. Usul ve Esaslar'ın 5'inci maddesinde⁷⁶ ise yapı kayıt belgesi bedelinin hesaplanmasında esas alınacak değerler gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi Yapı Kayıt Belgesi verilmesi için yapılacak başvurularda alınması öngörülen bedelin, makul ve kabul edilebilir düzeyde olduğunu; kişileri yüksek bir mali külfet altına sokmadığını ifade etmiştir⁷⁷.

Burada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. İmar barışı kapsamına giren ve/fakat 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu kapsamında emlak vergisinden muaf tutulmuş idareye ait araziler⁷⁸ üzerine inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi bedeli ödenmesinde, yapı kayıt belgesi bedelinin tespitinde gerekli olan emlak vergi değerinin hesaplanması mümkün olmayabilecektir. Bu noktada şu

-
- 1) Hazineye ve belediyelere ait taşınmazlar üzerinde inşa edilmiş yapılar için yapının oturma alanına karşılık gelen arsa payı üzerinden,
 - 2) Parsel üzerinde birden fazla yapı bulunması durumunda, sadece Yapı Kayıt Belgesi müracaatında bulunulan yapıya isabet eden arsa payı üzerinden,
 - 3) Hisseli taşınmazlarda, yapı malikine ait hisse oranı üzerinden hesaplama yapılır.
 - b) Yapının yaklaşık maliyet bedeli belirlenirken birim maliyet bedeli;
 - 1) Tarımsal amaçlı basit binalar için 200 TL/ m2
 - 2) 1-2 katlı binalar ve basit sanayi yapıları için 600 TL/m2
 - 3) 3-7 katlı binalar ve entegre sanayi yapıları için 1000 TL/m2
 - 4) 8 ve daha yüksek katlı binalar için 1600 TL/m2
 - 5) Lüks binalar, villa, alışveriş kompleksi, hastane, otel ve benzeri yapılar 2000 TL/m2
 - 6) Enerji üretim tesisleri için 2.000.000 TL/MW,
 - 7) İskele, liman, tersane için 1500 TL/m2,
 - 8) İstinat duvarı, dolgu alanı, havuz, spor sahaları ve benzeri bina niteliğinde olmayan yapılar için 150 TL/m2, esas alınmak suretiyle hesap yapılır. Binanın katları hesap edilirken bodrum katlar da hesaba katılır.
 - c) Yapı Kayıt Belgesi bedeli; yapının bulunduğu arsanın emlak vergi değeri ile binanın toplam yapı alanı dikkate alınarak hesaplanacak yapı yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden, yapının konut veya ticaret olarak tek kullanımlı veya karma kullanımlı olup olmadığı da gözetilerek ve karma kullanımlı yapılarda konut ve ticari olarak kullanılan alanların arsa oranları ayrı ayrı dikkate alınarak konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş katsayısı ile çarpılması suretiyle belirlenir.
 - ç) İbadethaneler ile merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin ticari maksatla kullanılmayan yapıları için belge bedeli alınmaz.

soru sorulmalıdır: “Yapının bulunduğu yerin belediyesi tarafından belirlenen emlak vergi değerine esas arsa birim değeri”⁷⁹ yoksa, yapı kayıt belgesi bedeli belirlenemeyecek midir? Yapı kayıt belgesi bedeli belirlenemeyen bu araziler için yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek midir? Şayet düzenlenemeyecekse, bu durumda bulunan taşınmazlar, Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yerler kategorisi içerisinde yeni bir alan mıdır? Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yapının bulunduğu yerin belediyesi tarafından belirlenen emlak vergi değerine esas arsa birim değeri hesaplanmamış araziler, yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek alanlar içerisinde sayılmamıştır. Bu nedenle, Usul ve Esaslar marifetiyle böyle bir kategorinin yaratılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu da bizi, bu araziler için de yapı kayıt belgesi düzenlenebileceği; bu arazilerin arsa birim değerini hesaplamamanın ise idarenin görevi olduğu sonucuna götürmektedir.

Burada, yapı kayıt belgesi bedelinin beyan üzerine ödenmesi sebebiyle, konuya ilişkin sorun çıkmayacağı düşünülebilir. Ancak Usul ve Esaslar’ın 10’uncu maddesinde, Bakanlıkça yapılacak denetimler neticesinde, bu ve benzeri sebeplerle, eksik bedel ödeyenler hakkında gerekli düzeltme işlemi yapılması ve eksik olan meblağın ödenmesinin sağlanması öngörülmüştür. Maddede ayrıca, fazla ödenen bedellerin iadesi imkanı da getirilmiştir. Şu halde 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre belirlenen emlak vergi değerinin tespitindeki güçlük, yapı kayıt belgesi bedelinin eksik veya fazla ödenmesi sonucunu doğurabilmekle beraber; -belirlenebildiği sürece- tek başına yapı kayıt belgesinin alınmasını engel-

77 AYMK, 30.10.2018 tarih, Başvuru No: 2018/1275.

78 1319 sayılı Kanun, Madde 4: “Aşağıda yazılı binalar, kiraya verilmemek (24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun kapsamında yapılan işletme hakkı devirleri hariç) şartıyla Bina Vergisinden daimi olarak muaftır. (a), (b), (s), (y) ve (z) fıkraları için kiraya verilmeme şartı aranmaz.)

a) Özel bütçeli idarelere (Mazbut vakıflar dahil), il özel idarelerine, belediyelere, köy tüzel kişiliğine, kanunla kurulan üniversitelere ve Devlete ait binalar; (...)

u) Belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan binalar (Gelir Vergisinden muaf esnaf ile basit usulde Gelir Vergisine tabi mükellefler tarafından bizzat işyeri olarak kullanılan binalar hariç olmak üzere, ticari, sınai ve turistik faaliyetlerde kullanılan binalar ile muayyen zamanlarda dinlenme amacıyla kullanılan binalar için bu muafiyet uygulanmaz.)”

Madde 14: “Aşağıda yazılı arazi kiraya verilmemek (24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun kapsamında yapılan işletme hakkı devirleri hariç) şartıyla Arazi Vergisinden daimi olarak muaftır. ((a), (b), (f), (i) ve (j) fıkralarındaki arazi için kiraya verilmeme şartı aranmaz.)

a) Özel bütçeli idarelere, il özel idarelerine, belediyelere ve köy tüzel kişiliğine, kanunla kurulan üniversitelere ve Devlete ait arazi; (...)

g) Belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan arazi. (Gelir Vergisinden muaf esnaf ile basit (1) usulde Gelir Vergisine tabi mükellefler tarafından bizzat işyeri olarak kullanılan arsa ve arazi hariç olmak üzere, ticari, sınai ve turistik faaliyetlerde kullanılan arazi ile arsalar ve arsa sayılacak parsellenmemiş arazi için bu muafiyet uygulanmaz.)”

79 “Arsa Birim Değeri (TL / metrekaare)” olarak, e-Devlet üzerinden yapılan başvuru ekranında yer alan ve doldurulması zorunlu alanın açıklaması budur.

leyebilecek bir husus değildir.

Bu ön sorunun açıklığa kavuşturulmasından sonra, bedelin ne şekilde ödeneceği hususu üzerinde durulmalıdır. Hatırlanacağı üzere, Usul ve Esaslar'ın "yapı kayıt belgesi müracaatı" başlıklı 4/2'inci maddesine göre, yapı kayıt belgesi alabilmek için yapı maliklerinden herhangi birisinin başvurusu yeterlidir. Usul ve Esaslar'ın 5'inci maddesi de bu hükme paralel olarak vaz edilmiştir. Buna göre, "Yapı malikleri; (y)apı ruhsatı veya yapı kullanma izni bulunmayan yapılardaki aykırılıklarda, birinci fıkranın (c) bendi uyarınca yapının tamamı için hesaplanan Yapı Kayıt Belgesi bedeline, kendi bağımsız bölümünün kullanım durumuna göre eşit olarak katılmak zorundadır. Yapı ruhsatı veya yapı kullanma izni bulunmayan yapılardaki aykırılıklarda, Yapı Kayıt Belgesi bedelinin tamamı ödenmeden Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmez. Yapı Kayıt Belgesi bedelinin tamamını ödeyen yapı maliki genel hükümler çerçevesinde diğer yapı maliklerinden kendi paylarına düşen miktarı talep etme hakkına sahiptir" (Madde 5/2-a).

Madde metninde "yapı ruhsatı veya yapı kullanma izni bulunmayan yapılar" olarak ifade edilen ve uygulamada 'arsa tapulu' olarak nitelendirilen yapıların malikleri, -Geçici 16'ıncı madde'de böyle bir zorunluluk bulunmamasına karşın- Usul ve Esaslar'ın anılan hükmü nedeniyle kendi bağımsız bölümünün kullanım durumuna göre yapı kayıt belgesi bedelini ödemek durumunda kalmaktadır. Bu hükmün, İmar Barışı Kanunu'nun amacı olan "(m)ali yükümlülükleri yerine getirilmeden yapılmış kaçak yapıların, (...) Yapı Kayıt Belgesi altında kayıt altına alınması"⁸⁰ doğrultusunda getirildiği söylenebilecekse de; Kanunla düzenlenmesi ihtimalinde dahi hukuka uygunluğu tartışmalı olacak bu düzenlemenin, Usul ve Esaslar'la yapılması hukuka aykırı olarak değerlendirilmelidir. Zira mülkiyet hakkına yönelik müdahale, düzenleyici işlemle gerçekleştirilmiştir.

Öte yandan, yapı ruhsatı veya yapı kullanma izni bulunmayan yapı maliklerinden bir kısmının, yapı kayıt belgesi bedeline iştirak etmek istememesi halinde⁸¹, Usul ve Esaslara göre, maliklerden birisi yapı kayıt belgesi bedelinin tamamını ödeyerek diğer yapı maliklerine genel hükümler çerçevesinde rücu edebilecektir. Böylece, yapı kayıt belgesi almak istemeyen yapı malikleri, Usul ve Esaslar'ın bu hükmüne dayanılarak yapılan başvuru ve sonucunda ödenen yapı kayıt belgesi bedeline katlanmak zorunda kalabileceklerdir.

80 http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=sg7v9k7j6_14&pkanunlarno=230486&pkanunnumarasi=7143. (03.07.2018).

81 Her ne kadar yapı maliklerinin, yapı kayıt belgesi bedeline, kendi bağımsız bölümünün kullanım durumuna göre eşit olarak katılmak zorunda olduğu ifade edilse de bu zorunluluğa uymamaya bağlanmış herhangi bir hukuki sonuç bulunmamaktadır.

Burada, yapı kayıt belgesi almak istemeyen yapı maliklerinin, “bağımsız bölümün⁸² kullanım durumu”nun başvuran malik tarafından nasıl tespit edileceği de soru işaretidir. Bu durumda başvuran ve bedeli ödeyen malikin yanlış hesaplama neticesinde eksik bedel ödemesi halinde, karşılaşılabilecek ek mali külfete⁸³ diğer yapı malikleri de katlanacak mıdır? Yapı malikleri arasındaki davaların genel hükümler çerçevesinde çözümlenecek olması sebebiyle, bu sorunun cevabı çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak düzenleme mevcut şekliyle, yapı malikleri arasında uzun yıllar devam edecek davaları beraberinde getirme potansiyelini taşımasının yanı sıra, açılacak olan davalarda uyuşmazlığı çözecek hakimleri de çetrefil hukuki problemler beklemektedir. Bu noktada, idare hukukunu da ilgilendirmesi bakımından bunlardan sadece bir tanesine dikkat çekilmekle yetinilecektir: Yapı maliklerinden birisi tarafından, yapı kayıt belgesi bedelinin diğer maliklerden rücu tazmini istemiyle açılacak bir davada adli yargı hakiminin, hukuka aykırı ve/fakat yürürlükte olan Usul ve Esaslar ile aksi yöndeki Medeni Kanun hükümleri arasında kalması kuvvetle muhtemeldir. Bir diğer ifadeyle hakim, Usul ve Esaslar uyarınca rücu kararı vermek ile bu mevzuat hükmünü ihmal edip Medeni Kanun hükümleri doğrultusunda rücu talebini reddetmek seçeneklerinden birisini tercih etmek durumunda kalabilecektir⁸⁴.

82 Bu nitelikteki kısımların “bağımsız bölüm” olarak nitelendirilmesi de yerinde olmamıştır. Zira 634 sayılı KMK’nun 2’inci fıkrasında bağımsız bölüm, “anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerin(i)” ifade etmektedir. Usul ve Esaslar’da bahsedilen alanlar ise mevcut haliyle bağımsız mülkiyete konu olma niteliğini haiz değildir.

83 Madde 10: “(1) Yapı Kayıt Belgesi verilmesine ilişkin iş ve işlemler Bakanlık tarafından denetlenir.

(2) Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmesi safhasında e-Devlet sistemi üzerinden veya kurum ve kuruluşlara yapılan müracaatta yalan beyanda bulunulması durumunda;

a) Yapı Kayıt Belgesi bedeli eksik olarak ödenmiş ise müracaat sahibince e-Devlet üzerinden gerekli düzeltme işlemi yapılması ve eksik olan meblağın ödenmesi sağlanarak, duruma uygun yeni Yapı Kayıt Belgesi düzenlenir. Eksik olan meblağın ilgisince ödenmemesi halinde verilmiş olan Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir, daha önce yatırılmış olan bedel iade edilmez ve yalan beyanda bulunan hakkında 5237 sayılı Kanununun 206. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulur”.

84 Hukuk Genel Kurulu, idari işlem iptal edilmeden adli yargı hakiminin davayı göremeyeceğine şu şekilde karar vermiştir: “*Davacılar, davalı Boğazköy Belediye Başkanlığı tarafından yapılan imar uygulaması sonucu davalılar adına oluşan dava konusu 4552 ada, 4 parsel sayılı taşınmazın, gerçekte kendilerine ait olduğunu, davalıların edinimlerinin yolsuz ve hukuka aykırı bulunduğunu ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile adlarına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir. (...) Dosyada bulunan çap kaydı ve imar belgelerinin incelenmesinde; dava konusu 4552 ada, 4 parsel sayılı taşınmazın Boğazköy Belediyesinin 12.10.1998 tarih ve 174 sayılı Encümen kararı ile 3194 sayılı İma Kanununun 18.maddesi uyarınca yapılan imar şuyulandırması sonucu oluştuğu anlaşılmaktadır.*

Davacı imar işlemine konu Encümen kararının iptalini ve idari işlemin ortadan kaldırılmasını istemediğine, tapu iptal ve tescil isteğinde bulunduğuna göre, ortada mülkiyet uyuşmazlığı söz konusu olduğundan, uyuşmazlığın idari yargı yerinde değil adli yargı yerinde

V. Yapı Kayıt Belgesinin Hukuki Niteliği

Yapı kayıt belgesini temel alan bu çalışma açısından ortaya konulması gereken en önemli hususların başında, Yapı Kayıt Belgesi'nin hukuki niteliğinin tespiti gelmektedir. Hukuki nitelik kavramı, bir hukuksal kurum, diğer kurumlardan ayıran özellikler, vasıflar; onun hukukta var olmasını sağlayan hususlar şeklinde ifade edilebilir. Bir diğer ifadeyle hukuki nitelik, bir hukuksal kurumun hukuki esas ve temelini belirleme, hukuken ne anlama geldiğini ortaya koyma anlamına gelmektedir. Hukuki niteliğe ilişkin değerlendirmeler, hukuk düzende daha önce var olmayan, mevzuat değişikliği veya teknolojik gelişmeler neticesinde sonradan ortaya çıkan yeni hukuki durumların, hukukta var olan yerleşik kurumlara açıklanma ihtiyacı nedeniyle yapılmaktadır⁸⁵. Aşağıda yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğine ilişkin yapılacak değerlendirmeler de benzer bir ihtiyaçtan ötürü yapılacaktır. Zira yapı kayıt belgesi de mevzuatımıza İmar Barışı Kanunu'yla girmiş yeni bir belge türüdür. Bunun için İmar Barışı Kanunu hükümlerinin, bu amaçla daha önce yürürlüğe girmiş benzer mevzuat hükümleri ve diğer yerleşik hukuki kurumlarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yapı kayıt belgesi bir idari işlemdir⁸⁶. Belge, yapının hukuki statüsünde önemli değişiklikler yaratmaktadır. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, yapı kayıt belgesinin yapının hukuki statüsünde ne gibi değişikliklere yol açtığıdır.

3194 Sayılı İmar Kanunu'nun Geçici 16/2'inci maddesine göre, “*Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir*”. Devamındaki fıkrada, “*Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilir*” hükmü yer alırken, aynı

görülmesi zorunludur. Yerel mahkemenin uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine ilişkin gerekçesi yerinde değildir.

Bilindiği üzere, tapu iptal ve tescil davaları kayıt maliklerine karşı açılır. O halde davalı Belediyenin kayıtlı bir ilgisi olmadığına göde davada Belediyeye husumet yöneltilemez.

İptali istenen imar çapının dayanağı olan idari işlem ayakta olduğuna, idari yargı yerinde iptal edilmediğine göre, eldeki davanın dinlenme olanağı da bulunmamaktadır. Yerel mahkemece bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmelidir”. Yargıtay HGK., 04/03/2009 tarih, E.2009/8-59- K.2009/106. Aynı yönde bkz. “...Diğer taraftan yerel mahkemece imar plânı değişikliğinin bir düzenleyici işlem olduğu, bireysel (kişisel) işlemlerin aksine kişiler için kazanılmış hak yaratmadığı gibi davacı tarafından dava konusu taşınmazın ticaret alanı kapsamına alınmasına ilişkin imar plânının iptalini sağlamak amacıyla idare mahkemesinde iptal davası açılmadığından hâlen geçerli olduğu hususları da gözden kaçırılarak tescil isteminin kabulüne karar verilmesi doğru değildir”. Yargıtay HGK., 23.05.2018 tarih, E.2018/118 – K.2018/1112.

85 İbrahim Halil Tavaş, “Meclis Soruşturmasında Hukuki Nitelik Sorunu”, Yasama, Sayı 3, Ekim-Kasım-Aralık 2006, s. 72.

86 Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. “Yapı Kayıt Belgesinin Verilmesinde Yetki ve Şekil” başlığı.

maddenin 10.fıkrasında ise, “*Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir. Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanır*”.

Yukarıda yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, yapı kayıt belgesi alabilecek olanların kapsamının geniş tutulduğundan bahsedilmişti. Bu kapsamda İmar Barışı Kanunu’ndan faydalanabilecekleri, temelde ikiye ayırmak gerekmektedir. Bu ayırım, Yapı Kayıt Belgesinin de hukuki niteliğinin anlaşılmasını da kolaylaştıracaktır.

Buna göre, Yapı Kayıt Belgesi alabilecek ilk grupta, kişilerin mülkiyet hakkına sahip olmadıkları, Hazine ya da Belediyenin mülkiyetinde olan yerler üzerine inşa edilen yapıların sahipleri yer almaktadır. Bu kişiler, mülkiyet hakkına sahip olmadıkları bu taşınmazlar üzerinde inşa ettikleri yapılar için Yapı Kayıt Belgesi alabilmektedirler. Burada alınan Yapı Kayıt Belgesi, hukuki niteliği itibariyle, uygulamada kısaca “*İmar Affı Kanunu*” olarak bilinen 1984 tarihli Mülga 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu’nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun⁸⁷ kapsamında verilen “tapu tahsis belgesi”ne benzemektedir. Hatırlanacağı üzere, 2981 sayılı Kanunda kanun koyucu, kamu arsa veya arazileri üzerine yapılmış gecekondu sahiplerine tapu tahsis belgesi verilmesini öngörmüş; bu belge sahiplerinin Kanunda yer alan koşulları sağlamaları sonucunda işgal ettikleri taşınmazların mülkiyetini kazanmaları konusunda birtakım olanaklar getirmişti.

87 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 23.maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

88 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “(...) (T)apu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi değil yalnızca fiili kullanmayı belirleyen zilyetlik belgesidir. İlgilisine ancak kişisel hak sağlayabilir ve salt tahsis belgesinin varlığı tahsis edilen yerin tahsis edilen adına tescilini sağlayamaz. (...) Anılan belge ancak bunu veren idarece taşınmazın bulunduğu yörede imar İslah çalışmalarının başlaması halinde ilgisine tapu verilmesi vaadini taşıyabilir”. Yargıtay HGK, 4.12.1996 tarih, E. 1996/14-763 -K.1996/864. Aynı yönde bkz. Hukuk Genel Kurulu’nun 4.12.1996 tarihli ve 1996/14-763-864 sayılı kararında da belirtildiği gibi, tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen ve ilgisine kişisel hak sağlayan bir zilyetlik belgesidir. Tapu tahsis belgesinin varlığı tahsis edilen yerin adına Tahsis yapılan kişi veya mirasçıları adına tescili için yeterli değildir. Tahsis kapsamındaki yerin hak sahibi adına tescil edilebilmesi için; (...)” Kanunda yer alan diğer şartların da var olması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 14.HD., 08.03.2013 tarih, E. 2012/14835 - K. 2013/3429. Danıştay 6. Dairesinin E.2003/685, K.2004/3717 sayılı ve 11/06/2004 tarihli Kararında da benzer şekilde; “Bu belge, Medeni Kanunda tanımlanan tasarruf belgelerinden farklıdır. Mülkiyeti değil, haksahipliğini belirlediğinden ve tapuya dönüşüncüye kadar işlevi, içinde oturan dar gelirli ailenin barınma ihtiyacını karşılamak olduğundan bu şekilde tasarruf edilen bir gecekonduyun yıkılması ya da yıkılarak yeniden yapılması tahsisin iptali sonucunu doğurur ve tapu verilemez. Dolayısıyla tapu tahsis belgesi ile hak sahibi kabul edilenlerin tasarruf hakları yasanın belirlediği amaçlar çerçevesinde kısıtlanmıştır”.

Yargı yerlerince tapu tahsis belgesi, bir mülkiyet belgesi olarak değil; ilgili taşınmaz üzerinde fiili kullanmayı belirleyen bir zilyetlik belgesi olarak nitelendirilmiştir⁸⁸. Danıştay da yakın tarihli bir kararında tapu tahsis belgesi hakkında şu değerlendirmede bulunmuştur: *“Tapu tahsis belgesi (...) kişilere tanınan ve şahsi hak içeren bir belge olup Kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi durumunda, ilgisine o taşınmazın mülkiyetini kazandıracak niteliğe sahiptir”⁸⁹”*.

Bu minvalde, kişilerin mülkiyet hakkına sahip olmadıkları idarenin mülkiyetinde olan yerler üzerine inşa edilen yapılar için verilmiş olan Yapı Kayıt Belgesi de tapuya dönüşüncüye kadar, kişiler için hak sahipliğini ve fiili kullanmayı belirleyen bir zilyetlik belgesi olarak değerlendirilebilecektir.

Yapı Kayıt Belgesi alabilecek ikinci grupta ise, mülkiyet hakkına sahip oldukları taşınmazlar üzerinde, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı inşa eden kişiler yer almaktadır. Bu grupta yer alan kişiler için, Yapı Kayıt Belgesinin zilyetlik belgesi olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Zira bu kişiler, halihazırda yapının üzerinde inşa edildiği taşınmazın maliki konumundadırlar. Ancak taşınmaz üzerinde inşa ettikleri yapılar, ruhsatsız, iskansız (yapı kullanma izni) ya da ruhsat ve eklerine aykırılık taşır niteliktedir. Yasa koyucu, bu nitelikteki yapılar için de Yapı Kayıt Belgesi alma imkanı tanımıştır.

3194 Sayılı İmar Kanunu'nun Geçici 16'ncı maddesine göre, bu nitelikteki yapılar için alınan Yapı Kayıt Belgesi, yapı ruhsatı bulunmayan ya da yapı ruhsatı bulunup da yapı kullanma izni olmayan yapıların, yapı kullanma izni varmışçasına cins değişikliği yapılmasına ve kat mülkiyetine geçilebilmesine imkan

89 Danıştay İDDK, 11.10.2017 tarih, E.2017/2078 – K.2017/2972, Danıştay Dergisi, S.148, Y.2018, s.15. Danıştay bu niteliğe binaen tapu tahsis belgesi sahibinin tapu tahsis belgesine konu taşınmaz hakkında alınan acele kamulaştırma kararına karşı dava açmakta menfaati olduğuna şu gerekçeyle karar vermiştir: *“... ‘Mülk’ kavramı ‘mevcut mülkler’ ile sınırlı değildir; kıymetleri, başvuranın üzerinde mülkiyet hakkını fiilen kullanabilmeye yönelik makul ve ‘yasal bir beklentiye’ sahip olduğunu iddia edebileceği arazileri de kapsar.*

“Tapu tahsis belgesi”, imar ve gecekondü mevzuatı çerçevesinde; hazine, belediye, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve il özel idarelerinin müstakilen sahip oldukları taşınmazlar üzerinde 2981sayılı Kanun’a göre belirlenen çerçevede ilgili kişilere tanınan ve şahsi hak içeren bir belge olup Kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi durumunda, ilgisine o taşınmazın mülkiyetini kazandıracak niteliğe sahiptir.

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde tapu tahsis belgesine sahip bir kimsenin, bu belgenin ait olduğu alana yönelik çıkarımın, Anayasa'nın 35.maddesi hükmü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No.lu Protokol'ün 1.maddesinin ilk cümlesinin anlamı çerçevesinde önemli bir çıkar ve dolayısıyla ‘mülk’ oluşturmaya yetecek doğaya sahip olduğu ve bu durumun davacıya verilen tapu tahsis belgesi ile idarece kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, tapu tahsis belgesi sahibi olan davacının bakılmakta olan davayı açmakta; güncel, meşru ve kişisel bir menfaatinin varlığı açık olduğundan, Dairece davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir”.

tanımlanmakta⁹⁰⁻⁹¹; bu yapılara talep halinde su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmekte⁹² ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın verilmektedir⁹³. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni bulunmakla beraber, ruhsat ve eklerine aykırılık taşıyan yapılardaki aykırı imalatlar ise, yapı kayıt belgesiyle kayıt altına alınmak suretiyle hukuka uygun hale getirilmektedir.

Kısacası, ikinci grupta yer alan kişiler tarafından alınan Yapı Kayıt Belgesinin varlığı, yapıda var olan imar mevzuatına aykırılıkları hukuka uygun hale getirmekte⁹⁴; 3194 Sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının kendiliğinden hükümsüz hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu yönüyle yapı kayıt belgesi, bir ‘af’ belgesidir ve yapı ruhsatı ve/veya yapı kullanma izni belgesi niteliği taşımaktadır.

Şu halde yapı kayıt belgesini, idarenin mülkiyetinde olan yerler üzerine inşa edilen yapılar için hak sahipliğini ve fiili kullanmayı belirleyen ve kişilerin mülkiyet hakkına sahip oldukları taşınmazları üzerinde var olan yapıdaki imar mevzuatına aykırılıkları hukuka uygun hale getiren *sui generis* bir belge olarak nitelendirilmesi mümkündür.

VI. Yapı Kayıt Belgesinin Verilmesinde Yetki ve Şekil

Bu çalışma kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer konu da yapı kayıt belgesini kimin ne şekilde vereceği hususudur. Zira, yapı kayıt belgesi verilmesine ilişkin mevzuatta yer alan düzenleme müphem niteliktedir. Bu nedenle konunun idari işlem teorisi üzerinden açıklanması yerinde olacaktır. “İdari işlem, kural olarak, idari organ ve makamların, ‘idare alanındaki’ irade açıklamalarıdır⁹⁵”. Burada önemli olan husus, bu irade açıklamalarının hukuki sonuç yaratma

90 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, Madde 3/3: “Kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup, yapının tamamı için düzenlenecek yapı kullanma izin belgesine dayalı olarak, bu Kanunda gösterilen şartlar uyarınca kat mülkiyetine resen çevrilir”.

91 Kat mülkiyeti kurulması için Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 12/a bendinde istenilen belgelerden birisi olan yapı kullanma izni yerini; Usul ve Esaslar 6/4-a’da yapı kayıt belgesi almaktadır.

92 3194 sayılı İmar Kanunu, Madde 31: “İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir”.

93 Usul ve Esaslar, Madde 6/8.

94 Kanun koyucu, Mülga 2981 sayılı İmar Affı Kanunu’nda bu nitelikteki yapılara Kanun’da yer alan şartları sağlamaları halinde ruhsat ve kullanma izni verilmesi öngörülmüşken; İmar Barışı Kanunu Yapı Kayıt Belgesi’ne ruhsat ve/veya yapı kullanma izni fonksiyonu tanımak suretiyle aynı sonuca, kısa yoldan ulaşmıştır.

95 Yasama ve yargı organlarının da idare işlevine giren alanda tesis ettikleri işlemlerin, fonksiyonel anlamda idari işlem olarak değerlendirileceği hususunda bkz. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 385.

özelliğidir. Hukuki sonuç yaratmayan irade açıklamaları idari işlem olarak değerlendirilemeyecektir⁹⁶. İşlemin hukuk düzeninde yarattığı sonuç, kişi ya da nesnenin hukuki durumunda değişikliğe yol açması anlamına gelmekte; yeni bir hukuki durum yaratma veya var olanı kaldırma ya da bir talebin reddedilmesi şeklinde var olanın muhafazası şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. İdarenin yarattığı hukuki sonuca geçerlilik tanınabilmesi için, belli kurallara, şekil ve usullere, neden ve amaçlara bağlı olarak ortaya çıkarılması gerekir. İdari işlem yapılırken bu unsurlara yani kalıplara aykırı tesis edilirse, hukuka aykırı bir idari işlemden bahsedilecektir⁹⁸. Bu nedenle yapı kayıt belgesinin bahsi geçen kalıplara uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Aşağıda yapı kayıt belgesi, idari işlemin yetki ve şekil unsurları yönünden incelenecektir.

1. Yapı Kayıt Belgesi Vermeye Yetkili Makam

Yapı kayıt belgesinin verilmesinde yetkili makamın⁹⁹ kim olduğu hususu, üzerinde durulması gereken bir konudur. Zira, yapı kayıt belgesi verilmesinde kimin yetkili olduğu sorusunun cevabı, belgenin iptali için başvuru yapılacak ve belgeyi iptal edecek makamın tespiti için de oldukça önemlidir¹⁰⁰.

3194 sayılı İmar Kanunu Geçici Madde 16/1'ya göre, "(...) Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. (...)". Kanun, başvurulacak makamı ve öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde yapı kayıt belgesi verilebileceğini söylemekle beraber; yapı kayıt belgesinin

96 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 108.

97 Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Astana Yay., Ankara, 2014, s. 17.

98 Yayla, s. 116.

99 Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (R.G.:T.02.02.2015, S.29255.) 3'üncü maddesine göre yetkili makam, "(m)evzuatta belirtilen görevleri yerine getirme hususunda yürütme ve karar verme yetkisine sahip görevliler" olarak tanımlanmıştır. Bu Yönetmeliğin dayanağı olan 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmasına karşın, Yönetmelik hala yürürlüktedir(!). Dayanağı olan yani yetki aldığı yasa yürürlükten kalkan düzenleyici işlemin hukuki etkisini ve icrailik özelliğini yitireceği hususunda bkz. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasalık ve İdari İşlemler*, 3. Basi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 77. Aksi yönde bkz. "Yürürlükten kaldırılan kanuna dayanılarak çıkarılan -özellikle düzenleyici- işlemin, salt dayanak kanunun yürürlükten nedeniyle örtülü olarak yürürlükten kalktığını savunmak zordur. Nitekim Fransız Danıştay'ının 1900'lü yıllardan günümüze kadar verdiği kararlar da bu sonucu ortaya koymaktadır. Buna göre, örneğin, bir kanunun uygulanması amacıyla çıkarılan bir yönetmelik, kanunun yürürlükten kaldırılmasına rağmen ikame edilemediği ve bu düzenleyici işlem sonraki mevzuat hükümleri ile bağdaştığı ölçüde hukuki varlığını sürdürecektir". Erdoğan Bülbül, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 103.

100 Bu hususta bkz. "Yapı Kayıt Belgesinin İptalinde Süre" başlığı.

kim tarafından verileceğine ilişkin düzenleme ihtiva etmemektedir¹⁰¹. Yine, Geçici Madde 16'nın çeşitli fıkralarında¹⁰², “*yapı kayıt belgesi alınan yapılar*”dan bahsedilmekle birlikte, bu belgenin kimden alınacağı hususunda herhangi bir hüküm Kanun'da yer almamaktadır.

Maddenin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Usul ve Esaslar, dolaylı da olsa bu yönde hüküm içermektedir. Usul ve Esaslar'ın “Yapı kayıt belgesi müracaatı” başlıklı 4'üncü maddesine¹⁰³ göre başvuru, e-Devlet üzerinden yapılabileceği gibi kurum ve kuruluşlar aracılığıyla da yapılabilmektedir. Başvurunun, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yetkilendirilen kurum ve kuruluşlara yapılması halinde, yapı kayıt belgesi başvuru formunun Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından onaylanacağı ve bir örneğinin talepte bulunan yapı sahibine verileceği düzenlenmiştir. Burada işlemi tesis etmeye yetkili makamın, Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü olduğu görülmektedir. İşlem İl Müdürlüğü'nün onayıyla kesinleşmektedir¹⁰⁴.

E-Devlet üzerinden müracaat yapılması halinde ise, yapı kayıt belgesi formunun eksiksiz olarak doldurulmasından ve yapı kayıt belgesi bedelinin yatırılmasından sonra, yapı kayıt sistemi¹⁰⁵ tarafından oluşturulan yapı kayıt belgesinin talepte bulunan yapı sahibince e-Devlet üzerinden alınacağı düzenlenmiştir. Burada işlemin, kim tarafından tesis edildiği kabul edilecektir? Yapı kayıt bel-

101 Geçici Madde 16'nın 4'üncü fıkrasında da, “*Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılar*” hakkında alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edileceği düzenlenmiş; ancak belgeyi kimin vereceğinden bahsedilmemiştir. Benzer durum, 10.fıkrada da yer almaktadır. “*Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen*” yapılardan bahsedilmiş; yetkili makam belirtilmemiştir.

102 Bu hususta bkz. Geçici Madde 16/3-7-8.

103 Madde 4: “*...Yapı Kayıt Belgesi için yapı maliklerinden herhangi birisi veya vekili tarafından, e-Devlet üzerinden Yapı Kayıt Sistemindeki Yapı Kayıt Belgesi formunun doldurulması suretiyle müracaatta bulunulabileceği gibi kurum ve kuruluşlara başvurulmak suretiyle de müracaatta bulunulabilir.*”

Müracaatın e-Devlet üzerinden yapılması durumunda, Yapı Kayıt Belgesi formunun eksiksiz olarak doldurulmasından ve Yapı Kayıt Belgesi bedelinin yatırılmasından sonra, Yapı Kayıt Sistemi tarafından oluşturulan Yapı Kayıt Belgesi talepte bulunan yapı sahibince e-Devlet üzerinden alınır.

Müracaat kurum ve kuruluşlara yapılmış ise, Yapı Kayıt Belgesi formu müracaat sahibinin beyanına göre eksiksiz olarak doldurulur, Yapı Kayıt Belgesi bedelinin yatırılması sağlanır, Yapı Kayıt Belgesi formu sistem üzerinden onaylanmak üzere Müdürlüğe gönderilir ve formun Müdürlükçe onaylanmasından sonra bir örneği talepte bulunan yapı sahibine verilir”.

104 “*Kesinlik, idari işlemin oluşması için öngörülen sürecin tüm aşamaları ile tamamlanıp yetkili idari makam veya organlarca imzalanarak uygulanabilir duruma gelmiş olmasıdır*”. Danıştay 5.D., 17.05.1996 tarih, E.1995/4416 – K.1996/1911.

105 Usul ve Esaslar, Madde 3/1-ç: “Yapı Kayıt Sistemi: Bakanlıkça 3194 sayılı Kanunun geçici 10 ncü maddesi kapsamında imar mevzuatına aykırı yapıların kaydedilmesi için oluşturulan elektronik yazılım sistemini, ifade eder”.

gesi, e-Devlet sistemi üzerinden bir ‘internet çıktısı’ olarak alınmaktadır. Ne Geçici 16’ncı maddede ne de Usul ve Esaslarda, e-Devlet üzerinden yapılacak başvuru neticesinde verilen belgenin kim tarafından düzenlendiği hususunda açık bir hüküm bulunmaktadır. Bir önceki paragrafta aktarılan, İl Müdürlüğü tarafından onaylanma usulü burada bulunmamaktadır. İdari işlem ancak bir idari makam¹⁰⁶ tarafından tesis edilebileceğine¹⁰⁷ ve ‘E-Devlet’ bir idari makam olarak değerlendirilemeyeceğine göre, bu işlem kimin işlemidir? Mevzuatımızda E-Devlet’e ilişkin genel bir yasal düzenlemenin olmayışı, tespiti daha da zorlaştırmaktadır. Bu nedenle mevzuatın diğer hükümlerine daha yakından bakılmalıdır. Usul ve Esaslar’ın 3’üncü maddesinde, başvurunun yapıldığı yapı kayıt sisteminin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından oluşturulduğu söylenmektedir. 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 509/3’üncü maddesinde ise, bakanlık taşra teşkilatının, Bakanlığın kuruluş amaçlarını gerçekleştirmek ve yürütmekte oldukları hizmetleri vatandaşlara sunmakla görevli olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin 4’üncü fıkrasında ise, “*Bakanlık merkez, taşra teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşların hiyerarşik kademeleri; hizmetin özelliklerinden kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmak kaydıyla aşağıdaki şekilde düzenlenir. (...)* ç) *Taşra teşkilatı il kuruluşlarında: 1) Vali, 2) İl Müdürlüğü, 3) Şube Müdürlüğü, 4) Şeflik*.” Vali, yetki genişliği sebebiyle taşra teşkilatının başında olmakla birlikte; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 21/1’inci maddesinde¹⁰⁸, il idare şube başkanlarının, kendi faaliyet alanlarına giren hizmetleri yürütmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Şu halde, her ne kadar mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olsa da; e-Devlet üzerinden yapılacak başvuru neticesinde verilen belgenin de, -asında bu sürece hiçbir dahli bulunmakla beraber- yapının bulunduğu yer Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından tesis edildiğinin kabulü gerekmektedir. Böylece, yorum yoluyla da olsa uygulamada birlik sağlanabilecektir.

2. Yapı Kayıt Belgesinin Şekli

Şekil unsuru, idari işlemlerin yapılışında uyulması gereken şekil ve usul kurallarını içerir. Aslında şekil, işlemin görünüşünün, hukuk alemindeki varlığının

106 Akyılmaz, idari makam kavramının hem kamu gücünü hem de kamu günü kullanan organı anlattığını ifade etmektedir. Bahtiyar Akyılmaz, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yay., Ankara, 2000, s. 35. İdari makam kavramının sadece idare örgütünü ifade etmediği; idare işlevine ilişkin faaliyette bulunan kamu makamları ile bazı durumlarda özel hukuk tüzel kişilerini de kapsadığı hususunda bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin. Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s. 62.

107 Akyılmaz, s. 35.

108 Madde 21/1: “İl idare şube başkanları kendi şubelerine taallük eden işlerin yürütülmesinden ve şubeleri memur ve müstahdemlerinin kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatta belirtilen ödev ve görevlerinin sürat ve intizamla yapılmasından valiyeye karşı sorumludurlar”.

belgelenmesidir. Bu yönüyle, işlemin yapılışında izlenen usul hükümlerinden ayrılmaktadır. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu, sadece şekil unsurundan söz ettiği için, her iki unsur şekil başlığı altında birlikte ele alınmaktadır¹⁰⁹. Ülkemizde şekil-usul kurallarını düzenleyen genel bir idari usul yasası bulunmamaktadır. Bu nedenle, işlemin yapılışına ilişkin şekil ve usul kuralları mevzuatta dağınık biçimde yer almaktadır. Buna karşın, tüm idari işlemler için geçerli temel şekil kuralının yazılılık olduğu ifade edilmektedir¹¹⁰. İdare hukuku bakımından şekil, idari işlemin metninin bir kağıt üzerinde tecessüm etmesi olarak da ifade edilebilecektir¹¹¹. Bir başka ifadeyle, idari işlemin özünü oluşturan iradenin yazılı olarak maddi aleme yansımaları gerekmektedir. Ayrıca yazılı olarak yapılmış bu işlemin, işlemleri yapan kamu görevlisince imzalanması gerekmektedir¹¹². “İmza işleminin varlığının bir şartı ve işlemleri yapanın iradesinin gösterilmesi aracıdır¹¹³”. “İdari işlemler yetkili makamca imzalandıkları tarihten itibaren hukuken tekemmül etmiş (tamamlanmış) sayılırlar. Yani bu andan itibaren hukuken geçerli bir şekilde vardırırlar¹¹⁴”.

Yetkili makamın tespitine ilişkin yapılan değerlendirmelerden de hatırlanacağı üzere Usul ve Esaslar, yapı kayıt belgesinin düzenlenmesinde iki ayrı usul benimsemiştir. İlki, kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yapılan başvuru sonucunda Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerinden yapı kayıt belgesi alınmasına ilişkin usuldür. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu işlem, Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerinin onayıyla ortaya çıkmakta ve işlemin geçerliliği için herhangi bir özel şekil kuralı öngörülmemektedir. Kişilerin sistem üzerinden yaptıkları başvuru neticesinde yapı kayıt belgesinin, Müdürlüğün onay işlemiyle yazılı olarak yapı maliklerine verildiği anlaşılmaktadır. Bu usule ilişkin herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Asıl sorun, ikinci usul olan e-Devlet üzerinden yapılan başvurular neticesinde alınan yapı kayıt belgelerinde karşımıza çıkmaktadır. Usul ve Esaslar'ın 4/3'üncü maddesinde, e-Devlet üzerinden müracaat yapılması halinde, yapı

109 Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, *İdare Hukuku*, Ed.: Turan Yıldırım, 7. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 374. İdari işlemin şekil unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Can, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2016.

110 Kural, idari işlemin yazılı olması olarak ifade edilmekle birlikte; idarenin sözlü işlemler, işaretiler, zımnı ret ve zımnı kabuk gibi yazılı olmayan idari işlemleri bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Akyılmaz, s. 19; Can, s. 270-293.

111 Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yay., Ankara, 2017, s. 354.

112 Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yay., Ankara, 2018, s. 144. Yaşar, idari işlemin şekil kuralını, yazılı, gerekçeli ve imzalı; gerektiğinde onaylı olması olarak ifade etmektedir. Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, 3. Basım, Der Yay., İstanbul, 2016, s. 373.

113 Akyılmaz, s. 196.

114 Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Bası, Ekin Yay., Bursa, 2018, s. 327.

kayıt belgesi formunun eksiksiz olarak doldurulmasından ve yapı kayıt belgesi bedelinin yatırılmasından sonra, yapı kayıt sistemi tarafından oluşturulan yapı kayıt belgesi'nin talepte bulunan yapı sahibince e-Devlet¹¹⁵ üzerinden alınacağı düzenlenmiştir. Elektronik belge¹¹⁶ niteliğinde olan bu belgenin hukuki niteliği, idari işlemin şekil unsuru yönünden değerlendirilmelidir.

Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, idari işlemin genel şekil kuralı yazılılıktır ve bu kural, belgenin işlemi yapan kamu görevlisince imzalanması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Ancak, e-Devlet üzerinden alınan 'internet çıktısı' şeklindeki yapı kayıt belgesi üzerinde, barkod, belge no, başvuru numarası ve düzenleme tarihi bulunmakla birlikte; herhangi bir imza yer almamaktadır. Bildiği üzere imza, artık yalnızca elle atılmak zorunda değildir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5'inci maddesine göre, "(g)üvenli elektronik imza¹¹⁷, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur". Ancak e-Devlet üzerinden alınan yapı kayıt belgesinde böyle bir imza da yer almamaktadır. Dolayısıyla üzerinde barkod ya da belge numarasının yer alması, belgenin şekil yönünden mevzuata uygun olduğu sonucunu doğurmamaktadır.

Öte yandan, yapı kayıt belgesinin mevcut şekli, resmî yazışmalara¹¹⁸ ilişkin kuralları belirlemek amacıyla çıkarılan Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 3'üncü maddesinde yer alan "belge" tanımına da uymamaktadır. Buna Yönetmeliğe göre belge, "(h)erhangi bir bireysel

115 E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Madde 4/1-c: "e-Devlet hizmeti: Hizmet süreçlerinin vatandaş odaklı olarak yeniden yapılandırılması da içerecek şekilde, kurumlar arası veri paylaşımı esasına dayalı olarak yürütülmesi için kurumlar tarafından, hızlı, güvenli, etkili, verimli, şeffaf ve hesap verebilir, temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek ve mahremiyet gözetilecek şekilde elektronik ortama aktarılan her bir kamu hizmetini," ifade eder.

116 E-Belge, idarenin irade açıklamasını içeren veya idare nezdinde tutulan, paylaşılan veya bildirilen dijital veri ve kayıt olarak tanımlanmaktadır. Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda 'E-Devlet' Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2010, s. 187. Kalabalık, yapı kayıt belgesinin "resmî belge" niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Kalabalık, *İmar Barışı*, s. 227.

117 Madde 3/1-b: "Elektronik imza: Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi, (...) ifade eder". Elektronik İmza Kanunu md.4'te de belirtildiği üzere güvenli elektronik imza;

a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan,

b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,

d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imzadır.

118 Madde 3/1-s: "Resmî yazışma: İdarelerin kendi içlerinde, birbirleriyle veya gerçek ya da tüzel kişiler ile iletişim sağlamak amacıyla fiziksel ortamda veya güvenli elektronik imza kullanarak elektronik ortamda yürüttükleri süreci, (...) ifade eder".

işlemin, kurumsal fonksiyonun veya kurumsal işlemin yerine getirilmesi için alınmış ya da idare tarafından hazırlanmış; içerik, ilişki ve formatı ile ait olduğu fonksiyon veya işlem için delil teşkil ederek aidiyet zincirini muhafaza eden, el yazısı ya da güvenli elektronik imza ile imzalanmış ve EBYS ya da kurumsal belge kayıt sistemleri içinde kayıt altına alınmış her türlü kayıtlı bilgi veya dokümanı” ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, burada da dokümanın elle ya da güvenli elektronik imzayla imzalanması şartı aranmaktadır. Yapı kayıt belgesinin “belge” niteliğini haiz olmaması, Usul ve Esaslar’ın 8 ve 10’uncu maddeleri uyarınca yapılacak suç duyuruları neticesinde yapılacak soruşturmalar ve devamındaki kovuşturmalara da etki edebilecektir¹¹⁹.

Şu halde, e-Devlet üzerinden alınan yapı kayıt belgesi, idari işlemin şekli açısından yeni bir kategori olarak mı değerlendirilmelidir? Alman İdari Usul Kanunu’nda, otomatik araçlarla yapılan idari işlemlerde, yetkili kişinin adı ve soyadı ile imzasının bulunmayabileceği ifade edilmektedir¹²⁰. Ancak, Alman Medeni Usul Kanunu’nda olduğu gibi, e-Devlet üzerinden alınan belgelerin idari işlem olarak değerlendirilmesine yönelik mevzuatımızda genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nitelikteki belgelerin, imzalı belgelerle aynı hüküm ve sonucu doğurduğuna ilişkin özel yasal düzenlemelere mevzuatımızda rastlanılmaktadır¹²¹. Bu anlamda büyük bir yasal boşluğun varlığından bahsetmek mümkündür. Bu boşluk, yapı kayıt belgesi açısından da kendini göstermektedir. Zira, yapı kayıt belgesi özelinde de, bu nitelikte özel bir düzenleme ne İmar Barışı Kanunu’nda ne de Usul ve Esaslarda yer almaktadır. Bu nedenle e-Devlet üzerinden verilen yapı kayıt belgesinin, idari işlemin genel şekil kuralı olan yazılılığına aykırı nitelik taşıdığı söylemek yanlış olmayacaktır.

Peki bu durumda e-Devlet üzerinden alınan yapı kayıt belgelerine hukuken geçerlilik tanınmayacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap vermek mümkün değildir. Zira, aynı yapıda malik olan kişilerden, mevzuatta öngörülen iki usulden ilkini tercih edenlerin yapı kayıt belgesini geçerli kabul edip; ikincisini tercih edenlerinkini geçersiz kabul etmek eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık taşı-

119 Zira, yalan beyanda bulunan yapı malikleri hakkında 5237 sayılı Kanunun “resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” başlıklı 206. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulması halinde, “bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi” ifadesindeki, “resmî belge” ve “kamu görevlisi” unsurları tartışmalı hale gelmektedir. Resmî belgenin söz konusu olabilmesi için, kamu görevlisi tarafından düzenlenme ve görevi gereği düzenlenmiş olma şartlarının var olması gerektiği hususunda bkz. Ahmet Gökcen, *Belgede Sahtecilik Suçları*, 5. Baskı, Adalet Yay., Ankara, 2018, s. 78.

120 Aktaran Akyılmaz, s. 198.

121 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, Madde 44/5: “Kişiler; kendileri ve alt ya da üst soylarına ait nüfus kayıt örneklerini, kendileri ve ergin olmayan çocuklarının ise yerleşim yeri belgelerini, güvenli kimlik doğrulama araçlarını kullanarak e-Devlet kapısı üzerinden sorgulayabilir, sonucu fiziki veya elektronik ortamda merciiene verebilirler. E-Devlet kapısı üzerinden alınan belgeler, nüfus müdürlüklerinden alınmış diğer belgelerle aynı hukuki değere sahiptir”.

yacaktır. Burada idarenin eksik düzenlemesinin sonuçlarına kişilerin katlanması beklenemeyecektir. Bunun da ötesinde, idarenin bu eksikliği nedeniyle kişilerin zarara uğramaları halinde, idarenin sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

VII. Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Sonuçları

Yapı kayıt belgesinin alınması, birçok hukuki sonucu da beraberinde getirmektedir. Yapı kayıt belgesinin önemi de ortaya çıkardığı bu hukuki sonuçlara dayanmaktadır. Aşağıda bu sonuçlar ayrı ayrı incelenecektir.

A. Yapının Mevcut Haliyle Muhafaza Edilmesi ve Sınırı

3194 Sayılı İmar Kanunu'nun Geçici 16/2'inci maddesine göre, "*Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir*". Yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği başlığından hatırlanacağı üzere yapı kayıt belgesi, yapı ruhsatı ve/veya yapı kullanma izni belgesi niteliği taşıyabilmektedir. Bu da, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılar ile ruhsatı bulunup da yapı kullanma izni olmayan yapıların imar mevzuatına uygun şekilde değerlendirilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu sonucun bir uzantısı olarak, yapı kayıt belgesi alınmış yapılar, yapı kayıt belgesinde gösterildiği şekliyle muhafaza edilme hakkını elde edeceklerdir. Ancak yapı kayıt belgesinin yapıyı imar mevzuatına uygun hale getirme niteliği, kanun koyucu tarafından belirli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Maddenin 10.fıkrasına göre, "*Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir*". Bu zamana kadar yapılarda, sadece ruhsat alınmaksızın yapılabilecek basit onarım ve tadilatlar yapılabilecektir. (Usul ve Esaslar, Madde 6/7)

Burada cevaplanması gereken asıl soru, idareye ait taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için alınan yapı kayıt belgesi, yapı kayıt belgesinde gösterildiği şekliyle ne zamana kadar muhafaza edileceklerdir? Hatırlanacağı üzere yapı kayıt belgesi, idareye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş yapılar için alınması durumunda bir zilyetlik belgesi niteliği taşımaktaydı. Peki bu zilyetlik belgesi, mülkiyet hakkına sahip olmadığı taşınmaz üzerine yapı inşa eden yapının malikine, yapıyı -mülkiyeti devralmaksızın- mevcut haliyle muhafaza imkanı tanıyacak mıdır? Şayet yapı kayıt belgesinin bu sonucu doğurduğu kabul edilirse, yapı kayıt belgesi sahibi, yapının yıkılmasına kadar yapıyı kullanma hakkını elde edecektir. İmar Barışı Kanun'unda Hazine¹²² ve Belediye'ye¹²³ ait taşınmazların

122 Geçici Madde 16/7: "Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır".

123 Geçici Madde 16/8: "Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazlar rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılır".

devri için, yapı kayıt belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin taleplerinin varlığının araması bu düşünceyi kuvvetlendirmektedir. Kanun'da, idareye ait taşınmazlar üzerinde yapı inşa etmiş yapı maliklerini, bu taşınmazları satın almaya zorlayacak herhangi bir hüküm de yer almamaktadır. Şu halde, taşınmazın devri yönünde bir talebi olmaması durumunda¹²⁴ yapı kayıt belgesi sahibi, idareye ait taşınmaz üzerinde inşa etmiş olduğu yapıyı, mülkiyeti devralmadan, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar muhafaza etme imkanına mı kavuşmaktadır? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Gerçekten de, idareye ait taşınmazlar üzerinde inşa edilen yapılar için alınan yapı kayıt belgesi de - kabulü zor da olsa - yapının yıkılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar yapıyı muhafaza imkanını sağlamaktadır. Ancak bu durumda, mülkiyeti idareye ait taşınmaz üzerine inşa edilen yapı hakkında ecrimisil¹²⁵ tahakkuku söz konusu olabilecektir.

Ecrimisil hakkında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda hüküm bulunmakla beraber¹²⁶; konuya ilişkin en çok uygulaması olan hüküm 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesidir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Ecrimisil ve tahliye" başlıklı 75'inci maddesinin birinci fıkrasına göre,

124 Kanun'un yapı kayıt belgesi almış yapılara su, elektrik ve doğalgaz bağlanabileceği yönündeki hükmü ile yapı kayıt belgesinin mirasçılara da geçebileceğini gösteren düzenlemeler göz önüne alındığında, yapı maliklerinin mülkiyetin devrine ihtiyaç duymalarını gerektiren bir durum olmadığı düşünülebilecektir.

125 Kamu mallarında ecrimisil uygulaması hakkında bkz. Yasin Sezer, "Kamu Mallarında Ecrimisil", *Danıştay Dergisi*, Sayı 108, Ankara, 2004, s. 5-22. "Bilindiği ve gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifa edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarihli 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; fuzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekeceği vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan olumlu zarar ile kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2004 günlü ve 200411-120-96 sayılı kararı)." Yargıtay 1. HD, 15.09.2015 tarih, E. 2013/20888 - K.2015/10760.

"... Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların yasal bir nedene veya sözleşmeye dayanmadan işgal edilmesi halinde haksız zilyedin benzeri gayrimenkullerin kira bedeli kadar bir tutarı ecrimisil olarak ödemek zorunda olduğu ve bu ödemenin haksız zilyedi tazminata mahkum etme anlayışından kaynaklandığının açık olduğu vurgulanarak bu durumda; fuzuli şağil olduğu sabit bulunan ve aksi yönde bir iddiası da olmayan davacıdan, fuzuli işgali nedeniyle 2886 sayılı yasanın 75 inci maddesi uyarınca ecrimisil istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı...". Danıştay 10. D., 13.04.2004 tarih, E.2001/4196 - K.2004/3809.

126 Madde 44: Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerince, taşınır ve taşınmaz edinilmesi, yönetilmesi, trampası, elden çıkarılması, ecrimisilin tahsil ve takibinde izlenecek yöntem,

“Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz malların, gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden, bu Kanunun 9 uncu maddesindeki yerlerden sorulmak suretiyle, idareden taşınmaz ve değerlendirme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca tespit tarihinden geriye doğru beş yıl geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir. Ecrimisil talep edilebilmesi için, idarelerin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve fuzuli şagilin kusuru aranmaz¹²⁷”. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik¹²⁸ Madde 4’e göre ecrimisil, “(h)azine taşınmazının, İdarenin izni dışında gerçek veya tüzel kişilerce işgal veya tasarruf edilmesi sebebiyle, İdarenin bir zarara uğrayıp uğramadığına veya işgalcinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın İdarece talep edilen tazminatı” ifade etmektedir. Aynı Maddede fuzuli şagil (işgalci) ise, “(k)usurlu olup olmadığına bakılmaksızın, Hazine taşınmazının zilyetliğini, yetkili İdarenin izni dışında eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu malı kullanan veya tasarrufunda bulunduran gerçek veya tüzel kişiler” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, bir kişinin fuzuli şagil kabul edilebilmesi için, 2886 sayılı Kanun’un 75’inci maddesinde sayılan idarelere ait bir taşınmazın zilyetliğini, yetkili İdarenin izni dışında eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu malı kullanan veya tasarrufunda bulunduran konumunda olması gerekmektedir. Bu kişiden, idarenin işgalden dolayı bir zarara uğramış olup olmadığına veya kişinin kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ecrimisil talep edilebilecektir. Bu idarelere ait¹²⁹ taşınmaz üzerine yapı inşa eden kişi de, idareye ait taşınmazı yetkili idarenin izni dışında eline geçirmiş ve halihazırda

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin yönetimi ve korunması, işgalli malların tahliyesi gibi hususlar ilgili kanunlarında düzenlenir.) Bu malların kaydı ile taşınmazların muhafazası, kullanımı, mal yönetim hesabının verilmesi ve mal yönetim sorumlularıyla bunlar adına görev yapacak olanların belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmeliklerle belirlenir.

127 21.03.2018 tarihli ve 7103 sayılı Kanununun 26’ncı maddesiyle, bu fıkranın birinci cümlesine “Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları” ibaresinden sonra gelmek üzere “, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar” ibaresi eklenmiş ve aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Hazine” ibaresi “idarelerin” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece İmar Barışı Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden iki aydan daha az bir süre önce, maddenin kapsamı genişletilmiştir.

128 R.G.: T.19.06.2007, S.26557.

129 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15’inci maddesi ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 7. Maddesinde, ilgili kurumların (Belediye ve İl Özel İdareleri) mallarına karşı suç işleyenlerin Devlet malına karşı suç işlediğinin ve 2886 sayılı Kanunun 75. maddesinin bu kurumların taşınmazları hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir.

elinde tutmaktadır. Bu anlamda yapı kayıt belgesi sahibinin de fuzuli şağil olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Yapı kayıt belgesinin bu statüyü sonlandırdığı ileri sürülebilecekse de; yapı kayıt belgesi, idareye ait taşınmazın ‘idarenin izni dışında’ ele geçirildiği ve elde tutulduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Aksine, yapı kayıt belgesi, bu işgali idarenin bilgisi dahiline sokmaktadır. Nitekim İmar Barışı Kanunu’nun gerekçesinde Kanun’un amacı şu şekilde ifade edilmektedir: “(M)ali yükümlülükleri yerine getirilmeden yapılmış kaçak yapıların, yapılan düzenleme ile Yapı Kayıt Belgesi altında kayıt altına alınması amaçlanmıştır¹³⁰”.

Dolayısıyla yapı kayıt belgesi bir izin belgesinden ziyade, imara aykırı nite-likteki yapıları kayıt altına alan; -bazı durumlar hariç¹³¹- verildiği tarihten ileriye doğru sonuç doğuran bir zilyetlik belgesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, yapı kayıt belgesi alınmasından önceki dönem ile mülkiyetin devrine kadar geçen zaman için de ecrimisil talep edilmesi mümkündür¹³². Nitekim kanun koyucu İmar Barışı Kanunu’nda bu haksız işgal tazminatının “affi”ni öngörmemiştir¹³³. Burada yapı kayıt belgesi, fuzuli şağilin içerisinde bulunduğu fiili duruma kısmi bir hukuki koruma kazandırmaktadır. Bu koruma, yapının mevcut şekliyle kullanımını sağlayarak 2886 sayılı Kanun’un 75’inci maddesi uyarınca tahliyenin önüne geçmek ve mülkiyetin devrine olanak tanımakla sınırlıdır. Bir diğer ifadeyle, idareye ait taşınmaz üzerindeki yapı için yapı kayıt belgesi

130 Gerekçe, s. 5.

131 Yıkım ve para cezalarının iptali.

132 Danıştay, 4706 sayılı Kanun kapsamında yer alan taşınmazın devri hususunda hak sahibi olan kişi için, hak sahibi olması anından itibaren ecrimisil istenemeyeceğine karar vermiştir: “...(Y)ukarıya aktarılan 5. maddesinde; belediye ile mücavir alan sınırları dahilinde bulunan ve Kanun kapsamına girmeyen taşınmazların dışında Bakanlar Kurulu ya da Maliye Bakanlığınca belirlenen taşınmazlardan, 31/12/2000 tarihinden önce üzerinde yapılanma olanların, öncelikle yapı sahiplerine ya da bunların kanuni veya akdi haleflerine satılacağı, kuralı yer almıştır.

Kanun’un amacı ile 5. maddesi birlikte irdelendiğinde, Kanunda öngörülen şartları taşıyan ve hak sahibi kabul edilen ilgililerin, kullandıkları taşınmazın mülkiyetini Hazine devralma hakkının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, gerek Maliye Bakanlığının gerekse belediyelerin Kanun gereği en kısa zamanda devir işlemlerini tamamladıktan sonra taşınmazın satış işlemlerine başlaması gerekmektedir.

Dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden, anılan parselin 4706 sayılı Kanun çerçevesinde Küçükçekmece Belediyesi’ne devrinin talep edildiği görülmektedir.

Bu itibarla, öncelikle ecrimisile konu taşınmazın 4706 sayılı Kanun kapsamında Belediye devredilip devredilmediği ve davacıya satışın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun aydınlatılması gerekmektedir. Davacının 4706 sayılı Kanun kapsamında hak sahibi olduğunun tespit edilmesi durumunda ise Kanun’un yürürlüğe girdiği 18/07/2001 tarihinden sonraki dönem için davacı fuzuli şağil sayılmayacağından, bu tarihten sonraki dönem için ecrimisil istenemeyeceği hususunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir”. Danıştay 17.D., 18.01.2016 tarih, E.2015/13741 – K.2016/57. (Lexpera) Yukarıda yapılan değerlendirmeye ile Danıştay’ın bu içtihadı çelişir gözükmemekte ise de, bu yorum, 4706 sayılı Kanun ile İmar Barışı Kanunu hükümlerinin farklılığından kaynaklanmaktadır. Zira, 4706 sayılı Hazineye Ait

alınması halinde yapı maliki, ecrimisil ödemeye devam etmek suretiyle yapıyı kullanma hakkı elde ederken; ecrimisil, fuzuli şağil tarafından rızaen ödenmez ise, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunacaktır¹³⁴.

Tahsilin gerçekleşmemesi halinde tahliyenin mümkün olup olmayacağı sorusuna ilişkin olarak, İmar Barışı Kanunu ile Usul ve Esaslar'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumda idarenin elinde daha etkili hukuki araçlar bulunmaktadır: Haciz ve satış¹³⁵.

B. Aboneliklerin Yapılması

İmar Barışı Kanunu'nda, yapı kayıt belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabileceği düzenlenmiştir. (Geçici Madde 16/3) Maddede, aboneliklerin yapılması konusunda yapının idareye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması ile kişilerin kendi arazileri üzerinde inşa etmiş oldukları yapılar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Öte yandan, maddenin lafzından yola çıkılarak, su, elektrik ve doğalgaz bağlama konusunda idarenin takdir yetkisi olduğunu düşünülebilecektir¹³⁶. Ancak

Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da, devir talebinden itibaren ecrimisil alınmayacağına ilişkin açık hüküm bulunmaktadır. (Madde 5/10) Ayrıca Kanun'da, hak sahibinin taşınmazı devralmaması halinde Belediyelerce genel hükümlere göre satılabileceği; bu satışın üç yıl içerisinde gerçekleşmesi halinde ise Hazine adına resen tescil edileceğine dair hüküm de yer almaktadır. (Madde 5/8)

133 Örneğin, 2981 sayılı İmar Affı Kanun'da, kanun kapsamında kalan taşınmazlar için ecrimisil alınmayacağını açıkça ifade edilmiştir. Bkz. 2981 sayılı Kanunu, Madde 18/d: "Bu Kanun kapsamında kalan gecekondulara, ecrimisil ve arsa kullanım bedeli tahakkuk ettirilmez ve alınmaz. Tahakkuk ettirilen veya tahakkuk ettirilip tahsil edilen ecrimisiller ve arsa kullanım bedeli, arsa bedeline dönüşür".

134 2886 sayılı Kanun, Madde 75/2. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gül Üstün, *İdare Hukuku Boyutuyla 6182 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Uygulamaların Görev Sorunu*, On iki Levha Yay., İstanbul, 2013.

135 6183 sayılı Kanun kapsamında haciz ve satış işlemleri için bkz. Üstün, s. 86-131. Belgenin haczedilip haczedilemeyeceği sorusunun cevabı ise müspettir. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere yapı kayıt belgesi devredilebilir ve satış sözleşmesine konu edilebilir niteliktedir. Geçici 16'ncı maddenin 6 ve 7'inci fıkralarında, mülkiyetin devri için yapı kayıt belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin başvurabileceğinin düzenlenmiş olmasının sebebi bu olsa gerektir. Taşınmazın mülkiyetini alamayan ve ecrimisil bedelini ödeyemeyen yapı maliki, rızaen veya cebri icra mağrifiyetiyle yapı kayıt belgesini devretmek zorunda kalacak; yapı kayıt belgesini devralan halef de talep ederse mülkiyeti alabilecektir. Bu durumda belgeyi devralan kişi, yapı için 'enkaz bedeli' ödemek durumunda kalabilecektir.

136 Yazar, yapı kayıt belgesinin varlığının aboneliklerin yapılması sonucunu kendiliğinden doğurmadığını, idarenin bu hususta takdir yetkisi olduğunu ifade etmektedir. Kalabalık, *İmar Barışı*, s. 108-109.

yapı kayıt belgesi, yapının kullanım amacına yöneliktir ve hukuki niteliği gereği ruhsat ve/veya yapı kullanma izni belgesi niteliği taşıyabilmektedir. Bu nedenle kişilerin yapı kayıt belgesi aldıkları yapılarına aboneliklerin yapılamayacağı kabul edilirse, Kanun'da öngörülen amacın gerçekleştirilememe tehlikesi karşımıza çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, İmar Kanunu'nun 31. maddesine göre, yapı kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılar, izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmamaktadırlar.

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin¹³⁷ 64/7. maddesine göre de *“(k)ullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılar elektrik, su, kanalizasyon, haberleşme ve benzeri hizmetlerden ve tesislerden faydalanamazlar. Bu hizmetlerden yararlanılması durumunda hizmeti veren idare sorumludur. Kısmi yapı kullanma iznine bağlanan yapının yalnızca bu bölümleri bu hizmetlerden yararlandırılır”*.

Görüldüğü üzere, mevzuat gereği yapı kullanma izni bulunmayan yapılara elektrik, su, doğalgaz ve benzeri hizmetlerden faydalanma imkanı tanınmamaktadır. Ancak yapı kayıt belgesinin varlığı, talep halinde, bu aboneliklerin bağlanması imkanını beraberinde getirmektedir. Bu imkanı, yapı kayıt belgesinin yapı ruhsatı ve/veya yapı kullanma izni niteliğinin bir uzantısı olarak düşünmek de mümkündür. Zira mevzuatta aboneliklerin yapılması için, çoğu zaman yapı kullanma izninin varlığı aranmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken son husus ise, aboneliklerin geçici olarak bağlanacağına düzenlenmesidir. Geçici Madde 16/3'e göre, *“Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, (...) geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilir”*. Bu düzenlemede yer alan “geçici” ifadesinin anlam kazanabilmesi için, “kalıcı” olarak bağlanmasının şartlarının neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Geçici 11'inci maddesinde¹³⁸ aboneliğin, yapı kullanma izni alınmasına kadar geçerli olacağı ifade edilmek suretiyle neden

137 R.G.: T. 03.07.2017, S.30113.

138 Geçici Madde 11: “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapı (inşaat) ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış olup, kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılara; yol, elektrik, su, telefon, kanalizasyon, doğal gaz gibi alt yapı hizmetlerinden birinin veya birkaçının götürüldüğünün belgelenmesi halinde, ilgili yönetmelikler doğrultusunda fenni gereklerin yerine getirilmiş olması ve bu maddenin yayımı tarihinden itibaren başvurulması üzerine, kullanma izni alınıncaya kadar ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su ve/veya elektrik bağlanabilir. Bu kapsamda, ilgili belediyeden dağıtım şirketlerine elektriğin kesilmesi talebinin söz konusu olması halinde aboneliği iptal edileceğinden, su ve/veya elektrik bağlanması herhangi bir kazanılmış hak teşkil etmez. Ancak, yapı (inşaat) ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış olma şartı 12/10/2004 tarihinden önce yapılmış olan yapılarla ilgili olarak uygulanmaz

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan abonelikler de ait olduğu gruba dönüştürülür”.

geçici nitelik taşıdığı ortaya konulmuştur. Yapı kayıt belgesi açısından ise, bağlanan aboneliklerin ne zamana dek geçerli olacağı hususunda Geçici 16. madde ile Usul ve Esaslar'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Aboneliklerin yapılması için aranan şartın yapı kullanma izni alınması olduğu düşünüldüğünde, yapı kullanma izni alınmadığı müddetçe, aboneliklerin kesilmesi tehdidi, yapı kayıt belgesi sahipleri üzerinde “Demokles’in kılıcı” gibi sallanacak mıdır? Kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli olduğunu söylemek mümkündür. Zira, kanun koyucu özellikle hazine ve belediyeye ait taşınmazlar üzerine inşa edilen yapıların maliklerini, “abonelikleri kesme silahı”yla mülkiyeti ya da yapı kayıt belgesini devre zorlayabilme imkanını elde edeceklerdir. Ancak bu imkanın, kişilerin kendi mülkiyetinde olan taşınmazlar üzerine inşa ettikleri yapı için aldıkları yapı kayıt belgesi sonucunda yapılan abonelikler için var olduğunu söylemek mümkün değildir. Yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği buna engel teşkil etmektedir¹³⁹.

C. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı Verilmesi

İmar Barışı Kanunu'nu 2981 sayılı İmar Affı Kanunu'ndan ayıran önemli özelliklerden birisi de, sadece konut ihtiyacının karşılanmasına ilişkin olmayıp; ticari nitelikteki yapıları da kapsamaktadır. Bu minvalde, yapı kayıt belgesinin doğurduğu sonuçlardan bir diğeri de, yapı kayıt belge almış ticari nitelikteki yapılar için, işyeri açma ve çalışma ruhsatının alınmasında yapı kullanma izninin aranmamasıdır. Usul ve Esaslar'ın 6/8'inci maddesinde düzenlenen bu imkandan faydalanmak için de, yapının idareye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması ile kişilerin kendi arazileri üzerinde inşa etmiş oldukları yapılar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

İş Yeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'in muhtelif maddeleri¹⁴⁰ ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184'üncü maddesinde¹⁴¹ işyeri açma ve çalışma ruhsatı almak için yapı kullanma izni alınması zorunluluğu öngören hükümlere rastlamak mümkündür. Ancak, Usul ve Esaslar'ın 6/8'inci maddesi-

139 Danıştay yapı kullanma izni bulunan yapıda gerçekleştirilen imara aykırılıklar nedeniyle suyun kesilmesini şu şekilde hukuka aykırı bulmuştur: “(İ)mar mevzuatına uygun olarak inşa edilmeyen, bu nedenle de yapı kullanma izni belgesi alınmayan yapılarda yaşanmasının önüne geçilmesi, bu sayede tüm yapıların imara uygun olarak inşaa edilmesi amaçlanmıştır. Ancak maddede belirtilen yaptırımlar yapı kullanma izni belgesi henüz alınmamış yapılar için geçerlidir. Yapı kullanma izin belgesi alınmış olan bir yapıda daha sonra ruhsat ve eki projesine aykırılıklar yapılabileceği de açıktır. Bu gibi durumlarda İmar Kanunu'nun 32. ve devamı maddelerinde öngörülen yaptırımlar uygulanır. Ancak yapı kullanma izin belgesi alınmak suretiyle iskan edilen bir yapıda ruhsat ve eklerine aykırı olarak değişiklik yapılması nedeniyle yapının suyunun kesilmesi hem maddenin amaç ve kapsamına hem de temel insan haklarına aykırılık teşkil eder”. Danıştay 6.D., 14.03.2008 tarih, E.2007/9678 – K.2008/1744.

140 R.G.:T.10.08.2005, S.25902. Bkz. Madde 5, 18, EK-1. Bu hususta ayrıca bkz. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği.

141 Madde 184/3: “Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

ne göre, “Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarda işyeri açma ve çalışma ruhsatı yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın verilir”. Şu halde, yapı kayıt belgesinin yapı kullanma izni niteliğinin bir yansıması olarak ifade edilebilecek Usul ve Esaslar’ın 6/8’inci maddesi gereğince, yapı kayıt belgesi alınmış yapılar için işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi için ayrıca yapı kullanma izni aranmayacaktır.

D. Cins Değişikliği ve Kat Mülkiyeti Tesis Edilebilmesi

Yapı kayıt belgesinin alınması, yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın yapıda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilmesi imkanını da beraberinde getirmektedir. Geçici Madde 16/5’e göre, “(y)apı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilir. Bu durumda, ikinci fıkrada belirtilen bedelin iki katı ödenir”.

Usul ve Esaslar 6/4’üncü maddesinde ise, kullanım maksadı değişiklikleri de dahil olmak üzere tapuda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesisi yapılabilmesi -isabetli olarak- belli şartlara bağlanmıştır¹⁴². Mevzuat dikkatle incelendiğinde Usul ve Esaslar’da öngörülen şartların; bir kısmının (b¹⁴³ ve ç bentleri) Kat Mülkiyeti Kanunu’nda kat mülkiyeti kurulması için istenen belgeler olduğu¹⁴⁴; diğer kısmının beyan üzerine alınan yapı kayıt belgesi ile proje uyumunun sağlanmasına yönelik olduğu (d bendi); geri kalanın, tapuya tescil edilecek yapının, kamu hizmetini sekteye uğratmaması için, imar mevzuatı gereğince umumi hizmet

142 Ruhsatsız ve/veya yapı kullanma izni bulunmayan yapılarda tapuda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesisi yapılabilmesi için;

“a) Yapı Kayıt Belgesi,

b) Mevcut yapının veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı ve yapı maliklerini de gösteren ve mimar tarafından yapılan ve ana gayrimenkulün yapı maliki veya bütün paydaşlarının imzaları alınarak imzalanmış ve elektronik ortamda Tapu Müdürlüğüne ibraz edilen proje,

c) İmar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edildiğine ilişkin ilgili belediyesinden alınan belge,

ç) Bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran yapı maliki veya malikleri tarafından imzalanmış yönetim planı,

d) Yapı Kayıt Belgesi ile zemin ve mimari proje uyumunu gösteren ve tescil sayfasını da içeren özel harita mühendislik büroları veya Lisanslı Harita Kadastro Büroları (LİHKAB) tarafından düzenlenmiş olan zemin tespit tutanağı” aranmaktadır.

143 Kat mülkiyeti kurulması için Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 12/a bendinde istenilen yapı kullanma izninin yerini; yapı kayıt belgesi almaktadır.

alanlarına¹⁴⁵ ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmesini temin etmek amacıyla getirildiği (c bendi) görülmektedir. Usul ve Esaslar'da yalnızca cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesisi yapılabilmesi için şartlar öngörülmemiş; ayrıca bu işlemlere ilişkin usul de belirlenmiştir¹⁴⁶.

Usul ve Esaslar, (b) bendinde projeyi hazırlayan mimarlar ile (d) bendinde belirtilen zemin tespit tutanağını hazırlayan mühendisleri¹⁴⁷, bu belgelerin içeriklerinin doğruluğundan yapı malikleri ile birlikte sorumlu tutmaktadır. Bu sayede zemin tespit tutanağı, kadastro müdürlüğü tarafından sadece kağıt üzerinden denetlenmekle yetinilecek ve tescil için ilgili tapu müdürlüğüne gönderilecektir.

E. Eksik İnşaatların Tamamlanması

Usul ve Esaslar'ın 6/6'ncı maddesine göre, "(i)nsaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibari ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile Yapı Kayıt Belgesi verilir ve Yapı Kayıt Belgesi verilen kısımların eksik inşaat işleri tamamlanabilir". Ancak bu inşaatın hangi aşamada olması gerektiği yönünde herhangi bir şart belirlenmemiştir. Bu anlamda İmar Barışı Kanunu, "temel inşaatı tamamlanmış veya sömel betonları¹⁴⁸ dökülmüş olmak" şeklinde bir şart öngören, 2981 Sayılı İmar Affı Kanunu'dan¹⁴⁹ ayrılmaktadır.

Bu durumda, temeli atılmış bir bina ya da beton zemin üzerine tuğla duvar

144 Kat Mülkiyeti Kanunu, Madde 12: "Kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının aşağıda yazılı belgeler ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir:

a) Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının imzaları alınarak onaylanan ve elektronik ortamda tapu müdürlüğüne gönderilen mimarî proje ile yapı kullanma izin belgesi.

b) Bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28'inci maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plânı."

145 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Madde 4/1-kkkk: "Umumi hizmet alanı: Millî Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve orta öğretim kurumları ile yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri, karakol, pazar yeri, semt spor alanı gibi kamusal hizmete ayrılan alanları, (...) ifade eder.

Kalabalık, 3194 sayılı Kanun'un 18/3'üncü maddesinde yer alan, "Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Millî Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve orta-öğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumî hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden" şeklindeki hükümden umumi hizmet alanları çıkarmaktadır. Yazar, aynı Kanun'un 15'inci maddesini de bu şekilde yorumlamanın mümkün olduğunu ifade etmektedir. Kalabalık, *İmar Barışı*, s. 118-119.

örülmüş yapı için yapı kayıt belgesi verilmesi mümkün olabilecektir¹⁵⁰; bu nitelikteki yapılar, -hazineye ait taşınmazların devri gibi- yapı kayıt belgesinin sonuçlarını doğurmaya imkan tanyacaktır.

Ancak, bu nitelikteki yapıların inşası konusunda “ilave inşaat alanı ihdas etmemek” koşulu getirilmiştir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin¹⁵¹ 4/1 maddesinde yapı inşaat alanı, “(ı)şıklıklar ve avlular hariç olmak üzere, bodrum kat, asma kat ve çatı arasında yer alan mekânlar, çatı veya kat bahçeleri, çatıda, katta ve zemindeki teraslar, balkonlar, açık çıkmalar ile binadaki ortak alanlar dâhil yapının inşa edilen bütün katlarının alanı” olarak tanımlanmıştır. Şu halde, yapı kayıt belgesi verildikten sonra, bu nitelikte bir alan artışı olmaksızın yapıda bulunan eksik inşaat işleri tamamlanabilecektir. Ancak tamamlanmamış yapılar için alınan yapı kayıt belgesi, kat yükseltmek, çıkma yapmak gibi yapıda alan yaratacak nitelikte inşai faaliyete olanak tanımamaktadır.

F. Yıkım Kararı ve Para Cezalarının İptali ile Devam Eden Uyuşmazlıklara Etkisi

Yapı kayıt belgesi alınmasının en önemli sonuçlarından birisi de, daha önce alınmış yıkım kararları ile para cezalarının iptali sonucunu doğurmasıdır. Geçici Madde 16/4'e göre, “Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilir”.

146 Buna göre, yukarıda yer alan belgelerle birlikte, “kadaströ müdürlüğüne müracaatta bulunulur. Bu fıkranın (b) bendinde belirtilen projeyi hazırlayan mimar ile (d) bendinde belirtilen zemin tespit tutanağını hazırlayan mühendisler bu belgelerin içeriklerinin doğruluğundan yapı malikleri ile birlikte hukuken sorumludur. Bu sorumluluk gereğince kadaströ müdürlüğü tarafından resen zemin tespit tutanağının sadece büro kontrolleri yapılmakla yetinilerek tescil için ilgili tapu müdürlüğüne gönderilir ve daha evvel Yapı Kayıt Belgesi için ödenen meblağ kadar bir bedelin genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilmek üzere Hazine ve Maliye Bakanlığının merkez muhasebe birimi hesabına yatırılmasından sonra ilgili tapu müdürlüğüne ilgili vergi dairesi müdürlüğüne ibraz edilmek üzere, Yapı Kayıt Belgesine konu yapıya (Mahalle/Sokak/Bina No-Ada/Parsel/Pafta No) ve söz konusu yapıdaki bağımsız bölümler veya sair tesisler ile maliklerine ait bilgileri içeren bir yazı düzenlenerek başvuru sahibine verilir ve ilgili vergi dairesince söz konusu yapıya ilişkin olarak cins değişikliği harcının tahsil edilmesi üzerine tapu müdürlüğüne belirtilen işlemler yapılır”.

147 Lisanslı Harita ve Kadaströ Mühendislik Bürolar ile Serbest Kadaströ Mühendislik ve Müşavirlik Büroları tarafından gerçekleştirilecek işlemler hakkında bkz. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Tapu ve Kadaströ Genel Müdürlüğü Kadaströ Dairesi Başkanlığı'nın 2018/8 No'lu Genelgesi. https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2018-8_nolu_genelge_o.pdf. (08.11.2018).

148 Sömel beton, “binanın esas yükünü toprağa aktaran ilk beton” olarak tanımlanmaktadır. Neşer Kızıl Erkelli, “2981 Sayılı İmar Affı Kanunu ve Bu Kanuna Dayanılarak Kurulan Yeminli Özel Teknik Büroların Faaliyeti”, *İHİD*, Cilt 4, Sayı 1-3, 1983, s. 75 dn.4.

149 Bu hususta bkz. Madde 8. ve 15.

150 Uygulamada, inşaat yapılmak amacıyla kazılmış çukur için yapı kayıt belgesi alındığına şahit olunmuştur.

151 R.G.: T.03.07.2017, S.30113.

Hukuki niteliği gereği yapı kayıt belgesi, yukarıda da ifade edildiği üzere, ruhsatsız yapılar ile yapıda var olan ruhsat ve eklerine aykırılıkları imar mevzuatına uygun hale getirmektedir. Bu nitelik, alınmış olan Yapı Kayıt Belgesi'nin hukuki etkisi dolayısıyla yıkılıp yeniden yapılan ya da kentsel dönüşüm kapsamında yenilenene kadar yapının muhafazası imkanını tanımaktadır.

Bunun yanı sıra kanun koyucu, yapı kayıt belgesine, geriye etkili olarak, daha önce verilmiş yıkım ve idari para cezalarını 'af' fonksiyonu da yüklemiştir. Böylece Yapı Kayıt Belgesi, hem taşınmazda bulunan ruhsat ve eklerine aykırılıkların ilk etapta mevcut şekliyle korunmasını sağlamakta hem de bu ruhsat ve eklerine aykırılıklar için tesis edilen idari para cezası ve yıkım kararları ile bu aykırılıklara bağlı olarak gerçekleştirilen mühür vb. uygulamaların kendiliğinden hükümsüz kalması sonucunu doğurmaktadır.

Burada iki husus üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, 3194 sayılı Kanun dışındaki mevzuat gereğince verilen idari para cezası ve yıkım kararlarının da iptali söz konusu olacak mıdır? Örneğin, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'na göre verilen bir imar para cezası ve yıkım kararı¹⁵², yapı kayıt belgesi alınması sonucunda iptal edilecek midir?¹⁵³ Her ne kadar maddenin lafzında "*bu kanuna göre*" ifadesi yer almaktaysa de; burada kanunun amacı ve yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğinden hareketle bir sonuca ulaşmak daha doğru olacaktır. Geçici Madde 16/3'e göre, "*Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir*". Yine, Kanun'un 1'inci fıkrasında, maddenin amacı, "*imar barışının sağlanması*" olarak belirlenmiştir. Öte yandan yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği gereği belge, yapıyı mevcut şekliyle imar mevzuatına uygun hale getirmektedir. Şu halde, Kanun'un yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek alanlar içerisinde saymadığı ve bu nedenle Kanun'a uygun şekilde yapı kayıt belgesi alınmış bir yapı hakkında daha önce başka kanunlar uyarınca tesis edilmiş para cezası ve yıkım kararlarının iptal edilmeyeceğini söylemek; hem İmar Barışı Kanunu'nun amacına, hem yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğine hem de eşitlik ilkesine ay-

152 Bkz. 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, Madde 13, 18.

153 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanın Geçici 16'ncı madde kapsamında yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek alanlar içerisinde sayıldığı düşünüldüğünde, bu Kanun'un örnek niteliği taşımadığı düşünülebilecektir. Ancak ekli krokide gösterilen öngörünüm bölgesi sınırının aşağı çekilmesi neticesinde bu durumda yer alan taşınmazların sayısının hiç de az olmayacağı söylenebilir. Bu hususta bkz. Plan ve Bütçe Komisyonunda 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun öngörünümüne dahil bölümünün yararlanamaması hükmü getirilmişti. Ancak genel kurulda yapılan değişiklikle barıştan yararlanamayacak alan miktarı 8 bin 500 hektardan 4 bin 564 hektara indirildi". <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/bogazdaki-9-mahalle-ile-imar-barisi-40834821>. (18.08.2018).

kırı bir yorum olacaktır¹⁵⁴. Zira, hukuka uygun şekilde yapı kayıt belgesi alınmış taşınmazlardan, hakkında 3194 sayılı Kanun uyarınca yaptırım kararı tesis edilmiş yapılar ile diğer kanunlar uyarınca yaptırım kararı tesis edilmiş yapılar arasında imar kamu düzenine uygunluk/aykırılık noktasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucunun İmar Barışı Kanunu'yla amaçladığı husus, bu nitelikteki yapıların Kanun'da öngörülen şartları sağlaması koşuluyla kayıt altına alınması ve muhafaza edilmesidir. Bu nedenle, hukuka uygun şekilde yapı kayıt belgesi alınmış bir yapı hakkında diğer kanunlar uyarınca tesis edilen imar para cezası ve yıkım kararlarının da iptali gerekecektir.

Üzerinde durulması gereken ikinci husus ise, İmar Barışı Kanunu'nun devam eden davalara etkisinin ne olacağıdır. Yukarıda aktarılan kanun koyucunun amacı ve yapı kayıt belgesinin hukuki niteliği birlikte düşünüldüğünde, hukuka uygun şekilde alınmış yapı kayıt belgesinin, yapı hakkında tesis edilen para cezası ve yıkım kararlarına karşı açılmış ve halihazırda devam eden davaların konusuz kalması¹⁵⁵ sonucunu beraberinde getireceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim Danıştay da 'karar verilmesine yer olmadığı' kararı verilebilmesi için dava yoluyla elde edilmek istenen hukuki yarara ulaşılmasını aramaktadır¹⁵⁶. Yapı maliki, yapı kayıt belgesi almak suretiyle, yapı hakkında tesis edilen para cezası ve yıkım kararlarına karşı açmış olduğu davalardan elde etmek istediği hukuki sonuca ulaşmaktadır. Bu nedenle devam eden davalara ilişkin olarak 'ka-

154 Benzer bir yorum için bkz. "7 Şubat 2003 tarih ve 25033 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4811 sayılı Vergi Barışı Kanununun 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasında; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan ödemeler ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48'inci maddesine göre tahsil edilen tecil faizlerinin bu Kanun hükümlerine dayanılarak ret ve iadesinin yapılamayacağı; ancak, bu Kanunun 3'üncü maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak dava konusu olan tarhiyatlara karşılık bu Kanunun yürürlük tarihinden önce ödeme yapılmış olması halinde, ödenen bu tutarların vergi mahkemesinde devam eden davalar için bu maddeden yararlanılmak üzere yapılan başvurular ile vergi mahkemesince verilmiş terkin kararları üzerine nakden ya da mahsuben iade edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar, yukarıda sözü edilen yasa hükmünde, 4811 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan ödemelerle ilgili olarak yalnızca bu Kanunun 3'üncü maddesine göndermede bulunulmuş ise de; aynı Kanunun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde, bu Kanun hükümlerinin, "Devlete ait olup gümrük idareleri tarafından alınan ve bu Kanunun ilgili bölümlerinde geçen bazı gümrük vergileri, para cezaları ve gecikme zamları, hakkında uygulanır." şeklinde yer alan düzenleme uyarınca, anılan madde hükmününün gümrük vergileri hakkında da uygulanması gerekmektedir. Esasen; Kanun koyucu'nun 213 sayılı Vergi Usul Kanununun kapsamında bulunan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerinin mükellefleri için tanıdığı bir durumdan, gümrük vergisi mükelleflerini yararlandırmak istemediği gibi bir sonuca ulaşılması, Kanun koyucu'nun 4811 sayılı Kanunu yürürlüğe koyarken gütmüş bulunduğu genel amaç ve Anayasanın eşitlik ilkeleri karşısında olanaklı değildir". Danıştay 7.D.,14.10.2004 tarih, E.2004/89 – K.2004/2442.

155 Bu hususta bkz. F.Ebru Gündüz, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yay., Ankara, 2016, s. 170-178.

rar verilmesine yer olmadığı' kararının verilmesi gerekmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, ruhsat ve eklerine aykırılık nedeniyle tesis edilen işlemlere karşı yapı malikleri tarafından açılmış ve devam etmekte olan davalar açısından, yapı kayıt belgesi alınmasını “tüketilmesi gereken başvuru yolu” olarak değerlendirmiş ve bu yola başvurulmadan bireysel başvuru yoluna gidilmesini “başvuru yolları tüketilmediği” gerekçesiyle kabul edilemez olarak nitelendirmiştir¹⁵⁷. Aslında Yüksek Mahkeme, yapı maliklerinin bu yola başvurmaları halinde bireysel başvuru yoluyla elde etmek istedikleri hukuki yararı elde edebilecekken, başvurmadan -bireysel başvuru yoluna gitmelerinin 'bireysel başvuru yolunun ikincil niteliğine aykırı' olacağını ifade etmek suretiyle, yapı kayıt belgesi alınmasının mevcut uyumsuzlukları konusuz bırakacağını dolaylı olarak ortaya koymuştur.

G. Taşınmazların Devrine Esas Teşkil Etmesi

Yapı kayıt belgesi alınmasının bir diğer önemli sonucu, Hazineye ve belediyeye ait arazi üzerine yapı inşa edenlere bu arazinin mülkiyetine devralma imkanı¹⁵⁸ sağlamasıdır. Bu sonuç, yapı kayıt belgesi alınmasının en netameli alanları arasında yer almaktadır. Kanun koyucu Geçici Madde 16'da¹⁵⁹, yalnızca Hazine ve belediyeye ait taşınmazların devrine olanak tanımaktadır. Bu idareler dışında kalan kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş yapılar için yapı

156 “Görülmekte olan bir dava hakkında karar verilmemesi için belli koşullar gerekmektedir. İdari davaya konu olan idari işlemin idarece yeni bir işlemle geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi ve bu yolla davacının elde etmek istediği hukuki yararın bir şekilde elde edilmesi halinde, davanın konusunun kalmaması nedeniyle mahkemeye dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesine bir engel bulunmamaktadır. Belirtilen durumların olmaması durumunda iş, idari işlem hukuk aleminde varlığını devam ettirmek suretiyle geçerliliğini koruyorsa, mahkemeye tüm deliller değerlendirilerek bir karar verilmesi dava hakkı bakımından yerine getirilmesi gereken yargısal bir görevdir”. Danıştay 6.D., 24.09.2014 tarih, E.2013/8711 – K.2014/5615.

157 AYMK, 30.10.2018 tarih, Başvuru No: 2018/1275.

158 Bu imkan, bazı hallerde yükümlülük halini alabilecektir. Zira, yapı malikinin mülkiyeti devral(a) maması halinde ödemek durumunda kalacağı ecrimisil bedeli (bu hususta bkz. “Yapının Mevcut Haliyle Muhafaza Edilmesi ve Sınırı” başlığı.) yıllara sari olarak düşünüldüğünde, yapı malikini bu arazinin mülkiyetini devralma ya da yapı kayıt belgesini devretme zorunluluğuyla karşı karşıya bırakabilecektir.

159 Geçici Madde 16/7-8: “Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu durumda elde edilen gelirler bu maddenin ikinci fıkrasına göre genel bütçeye gelir kaydedilir. Ayrıca bu gelirler hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5'inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanmaz.

Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazlar rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılır”.

kayıt belgesi verilmesi yasaklanmamış; ancak bu taşınmazlarının devrine de olanak tanımamıştır.

Bunun yanı sıra kanun koyucu, Hazine ve belediyelere taşınmazların devri hususunda herhangi bir takdir yetkisi de vermemiştir¹⁶⁰. Bu nedenle, Usul ve Esaslar'ın 7/4'üncü maddesinde yer alan “Belediyelerin özel mülkiyetinde olan taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olan yapılara Yapı Kayıt Belgesi verilebilir” cümlesinde geçen “verilebilir” ifadesi, idarenin takdir yetkisinin var olduğu şeklinde değil; bu nitelikteki taşınmazların dışında kalan belediye taşınmazları için yapı kayıt belgesi düzenlenemeyeceğini gösterdiği şekilde yorumlanmalıdır¹⁶¹. Şu halde, aşağıda yer verilecek genel ve özel şartların¹⁶² gerçekleşmesi halinde taşınmazın devri gerçekleştirilmek durumundadır.

1. Taşınmazın Devri İçin Aranan Genel Şartlar

Taşınmazın devri için aranan genel şartlar, hem Hazineye hem de belediyeye ait taşınmazların devri için aranan ortak şartlardır. Bunlar: hak sahibinin talebi ile rayiç bedelin ödenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu iki şart ayrı ayrı ele alınacaktır.

160 Aynı yönde bkz. “Yasa'nın (4706) 5. maddesinin altıncı fıkrasında, belediye ve mücavir alan sınırları içinde olup, Maliye Bakanlığınca tespit edilecek alanlarda bulunan Hazineye ait taşınmazlardan, 31.12.2000 tarihinden önce üzerinde yapılanma olanların öncelikle yapı sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerine satılmak ya da genel hükümlere göre değerlendirilmek üzere ilgili belediyelere bedelsiz olarak devredilmesi; bu şekilde devredilen taşınmazların belediyelerce öncelikle talepleri üzerine yapı sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerine, rayiç bedel üzerinden doğrudan satılması esası benimsenmiştir.

Getirilen bu düzenleme, Yasa'nın amacıyla birlikte değerlendirildiğinde, ilgili belediyelere, kendilerine devredilen işgal edilmiş Hazine taşınmazları üzerinde serbest tasarruf yetkisi tanınmadığı; belediyelerin bu nitelikteki taşınmazları talepleri üzerine yapı sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerine, rayiç bedel üzerinden, doğrudan satılmakla görevlendirildiği, diğer bir ifadeyle; taşınmazı talepte bulunan işgalciye satıp, satmamak konusunda ilgili belediyelere takdir yetkisinin tanınmadığı anlaşılmaktadır”. Danıştay 10.D., 21.05.2015 tarih, E.2013/3243 – K.2015/2459. (Lexpera) (11.11.2018).

161 “3194 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde öngörülen başvuru koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde (...) yetkili kurum ve kuruluşlarının takdir yetkisinin sadece objektif başvuru koşullarının yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle sınırlı olduğu anlaşıldığından...”. AYMK, 30.10.2018 tarih, Başvuru No: 2018/1275.

162 Bu şartlar, 2981 sayılı İmar Affı Kanunu'na nazaran oldukça sadeleştirilmiş; kanun koyucu mülkiyetin devrini kolaylaştırmıştır. 2981 sayılı İmar Affı Kanunu'nda öngörülen şartlar hakkında bkz. “Buna göre kanunda öngörülen usul ve koşullara uygunluğu saptananlara hak sahipliği ölçütüne dayalı olarak arsa veya hisse tahsis edilmekte ve gerekli düzenlemeler tamamlandıktan sonra da yapılmış olan tahsis esas alınarak idarece hak sahiplerine tapu verilmektedir.

Ancak tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen bir zilyetlik belgesidir. Bu nedenle ilgisine sadece kişisel hak sağlar ve bunun sonucunda sadece tahsis belgesinin varlığı mülkiyet hakkının kazanılmasına gerekçe olamaz. Tapu tahsis belgesi düzenlenmiş olsa bile kanunda öngörülen diğer şartların da oluşması gerekmektedir. Tahsis kapsamındaki yerin hak sahibi adına tescil edilebilmesi için;

a. ‘Hak Sahibi’nin Talebi

Taşınmazın devri için öncelikle yapı kayıt belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin¹⁶³ talepleri gerekmektedir. Kanun koyucu burada yalnızca yapı kayıt belgesi sahibinin talebinden bahsetmemiş; onun kanuni ve akdi haleflerinin de talepte bulunabileceğini ifade etmiştir. Peki yapı kayıt belgesi sahiplerinin kanuni ve akdi haleflerinden kasıt kimlerdir?

Kanuni ve akdi halefin tespiti hususunun çalışmanın kapsamı dışında kaldığı ve borçlar hukukunun konusunu oluşturduğu düşünülebilir. Ancak bu kişilerin tespiti, “talepte bulunabilecek” kişilerin de tespiti sonucunu doğuracağından; mülkiyetin devrinden önceki aşamayı, yani idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Nitekim Danıştay’a göre de, taşınmazın satışına ilişkin sözleşme imzalanana kadarki sürece ilişkin işlemler, idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır¹⁶⁴. Bu durum, taşınmazın devrinin herhangi bir süreyle sınırlandırılmadığı hususuyla birlikte düşünüldüğünde, taşınmazın devri için başvuru-abilecek kişilerin tespitinin idare hukuku açısından önem arz etmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle kısaca akdi ve kanuni halefin kim olduğunun üzerinde durulması faydalı olacaktır.

“Halefiyet, kelime anlamı itibariyle, bir kimsenin yerine geçmeyi ifade et-

-
- Hukuki yönden geçerliliğini koruyan bir tapu tahsis belgesinin bulunması,
 - Tahsise konu yerde 3194 sayılı Kanunun 18’inci maddesi uyarınca imar plâmi veya 3290 sayılı Kanun ile değişik 2981 sayılı Kanun uyarınca ıslah-imar plânlarının yapılmış olması,
 - İlgilisine, tapu tahsis belgesi gereğince bir başka yerden tahsis yapılmamış olması,
 - Tahsise konu yerin kamu hizmetine ayrılmamış ve imar plânına göre konut alanında kalmış olması,
 - Tahsise konu yer ile tescili istenilen taşınmazın aynı yer olup olmadığı ve taşınmazın niteliklerinin belirlenmesi amacıyla mahallinde uzman bilirkişiler aracılığı ile keşif yapılması,
 - Tahsise konu arsa bedelinin ödenmiş olması, ödenmemiş ise taşınmazın dava tarihindeki rayiç değerinin uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanarak hükümden önce mahkeme veznesine veya belirlenecek tevdi mahalline depo edilmiş olması,
 - İmar parsellerinin oluşturulması sırasında, şuyulandırmaya tabi tutulan parselden 3290 sayılı Yasa ile değişik 2981 sayılı Yasanın 18’inci maddesinin b-c bendi uyarınca düzenleme ortaklık payı kesilip kesilmediğinin, kesilmiş ise uygulanan oran saptanmalıdır.

Yukarıda belirtilen koşullar doğrultusunda yapılacak inceleme sonucunda mahkemece, tescil isteğinin kabulü için yasal koşulların oluştuğu belirlenir ise 3290 sayılı Kanun ile değişik 2981 sayılı Kanun’un 10’üncü maddesinin C-2 bendi gereğince tahsise konu yerde uygulanan düzenleme ortaklık payının davacıyı da bağlayıcı nitelikte olduğu dikkate alınarak, tahsis miktarından bu oranda yapılacak indirimden sonra kalan miktarın tesciline karar verilmelidir”. Yargıtay HGK., 23.05.2018 tarih, E.2018/118 – K.2018/1112.

163 Benzer bir düzenleme için bkz. 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi İle Hazineye Ait Tarım Arazierinin Satışı Hakkında Kanun, Madde 6: “(1) 2/B alanlarında bulunan taşınmazlar hakkında bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenen güncelleme listelerine veya kadaströ tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluştur-

mektedir. Hukuki anlamda halefiyet, hak sahibi bir kimsenin yerine geçmektir. Daha açık bir ifade ile bir başkasının bir hakkına -veya bütün olarak mal varlığına- sahip olmak suretiyle o kimsenin yerine geçmektir. Halefiyet, hakkın süjesinin (hak sahibinin) değişmesini ifade eder¹⁶⁵. İmar Barışı Kanunu'nda yer alan 'halef' kavramını da bu şekilde yorumlamak gerekmektedir¹⁶⁶. Temelindeki hukuki sebep ne olursa olsun, kanuni düzenlemeler (örn. miras) veya sözleşme¹⁶⁷ aracılığıyla hak sahibinin yerine geçen kişileri, halef olarak değerlendirmek mümkündür.

Bu kişilerin, mülkiyetin devri hususunda yapacağı başvuru ile bu başvurunun reddi işleminin sonuçları idare hukuku alanında doğmaktadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de, 2981 sayılı İmar Affı Kanunu uyarınca belediyenin mülkiyetinde görünen taşınmaza ilişkin tapudaki tescilin iptali ile tapu tahsis belgesi sahibi kişinin taşınmazı kendi adına tescili istemini konu edinen davanın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁸.

lan tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatin sahibi olarak gösterilen kişilerden bu taşınmazları satın almak için süresi içerisinde idareye başvuran ve idarece tespit edilen satış bedelini itiraz ve dava konusu etmeksizin kabul edenler bu Kanuna göre hak sahibi sayılır. (...)

(10) Hak sahibi olunmasında kanuni halefiyet, hak sahibinin veya mirasçılarının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra noter tarafından düzenlenecek muvafakatname vermeleri hâlinde ise akdi halefiyet hükümleri geçerlidir. Bu fıkraya göre noter tarafından düzenlenecek muvafakatlardan 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu hükümlerine göre elli Türk Lirası maktu noter harcı alınır”.

164 “İdare hukukunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar idari yargının görevi alanını oluşturmaktadır. İdare hukuku kuralları içinde, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemler ile aynı amaçla gerçekleştirilen idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümü idari yargının görev alanına girmektedir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.

Öte yandan, taraflardan biri idare olmakla birlikte, tarafların özgür iradeleriyle imzalanan ve idari sözleşme niteliği taşımayan sözleşmelerin, imzalanmasından sonraki aşamalarda, sözleşmenin ifasından kaynaklanan, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin gereklerinin gerektiği şekilde yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olarak taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde çözümleneceği de açıktır. (...)

İlgilinin, mülkiyeti Hazineye ait taşınmazın 4706 sayılı Yasa uyarınca kendisine satılması talebi üzerine, anılan Yasanın idareye yüklediği görev ve sorumlulukların yerine getirilerek taşınmazın ilgiliye satılmasına ilişkin sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar ki süreçten kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı mercilerince çözümlenmesi gerekeceği tartışmasıdır”. Danıştay 10.D., 26.02.2014 tarih, E.2013/5405 – K.2014/1193. Aynı yönde bkz. “Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinde anılan Kanun kapsamında yer alan taşınmazlarda bulunan geçekonduların nasıl tespit edileceği, tespit sonrasında ne tür işlemler yapılacağı açıklanmış, hak sahiplerince alınan tapu tahsis belgesinin sonradan tapuya dönüştürüleceği öngörülmüştür.

Uyuşmazlık konusu olayda, Mustafa Oturak ve Mecit Karagöl tarafından dava konusu

b. Rayiç Bedelin Ödenmesi

Hazine ve belediyeye ait taşınmazların hak sahipleri tarafından devralınabilmesi için, taşınmazın rayiç bedelinin ödenmesi gerekmektedir. Burada ilk olarak şu sorular akla gelmektedir: Bu rayiç bedel kim tarafından ve nasıl belirlenecektir? Bedel belirlenirken, emlak vergisine esas belediye rayiç bedeli mi yoksa piyasa rayiç mi (gerçek rayiç bedel) baz alınacaktır? Bu belirlemeye karşı dava açmak mümkün müdür?

İlk sorudan başlamak gerekirse, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi alınması halinde taşınmaz Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na devredileceği için, taşınmazın bedeli Bakanlık tarafından tespit edilecektir. Usul ve Esaslar'ın 7/1'inci maddesine göre de, "*Rayiç bedel Bakanlıkça tespit edilir veya ettirilir*". Bu suretle yapılacak satışlarda satış bedeli, en az yüzde onu peşin ödemek üzere beş yıla kadar taksitlendirilebilir. Taksit tutarlarına ödeme tarihine kadar kanunî faiz oranının yarası uygulanır".

taşınmazda gecekondusu bulunması nedeniyle hak sahibi olarak tespitler yapıldığı, anılan tespitler sonrasında adlarına tapu tahsis belgesi düzenlendiği, 17.04.2002 tarihinde davacı tarafından taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle adına tapu tahsis belgesi düzenlenen Mustafa Oturak'tan satın alındığı, davalı idarece ise söz konusu taşınmazın Mecit Karagöl'e satışının gerçekleştirilerek belirtilen şahıs adına tapu düzenlendiği görülmektedir.

Buna göre, dava konusu işlemlerin taşınmazın bedeli ile ilgili uyumsuzluktan kaynaklanmadığı gibi Medeni Kanun hükümleri uyarınca yapılan bir tapu kaydının iptaline veya tapu verilmesine de ilişkin olmadığı 2981 sayılı Kanun çerçevesinde hukuken değerlendirilmesi gereken uyumsuzluğun çözümünün idari yargının görev alanına girdiği anlaşıldığından, aksi yönde İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamıştır". Danıştay 6.D.,29.06.2010 tarih, E.2008/8596 – K.2010/6862. (Lexpera) (11.11.2018).

165 Haluk Nomer, "Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikler Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 55, Sayı 3, 1997, s. 243.

166 Alacağın devrinin halefiyetten farklı olduğu; alacağın akdi bir işlemle üçüncü kişiye geçirilmesi halinde halefiyetin değil, alacağın devrinin söz konusu olacağı hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2018, s. 1262.

167 Danıştay da, hazineye ait taşınmazı satın alma hakkını devralan şirket akdi halef olarak nitelendirmiştir. 8.Dairenin kararı şu şekildedir: "*Olayda, dava konusu taşınmazın doğrudan davacı şirkete satışına ilişkin alınmış bir Belediye Meclis kararı bulunmadığı, Belediye Meclisince kendisine satılmasına karar verilen başka bir şirketten noter kanalıyla düzenlenen muvafakatname ile taşınmaza ilişkin hakları devralan şirketten yine Noter kanalı ile bu hakkı devraldığı, ayrıca davacı şirketin dosyaya sunulan 6292 sayılı Yasa uyarınca dava konusu taşınmazın tarafına doğrudan satışı için bila tarih ve sayılı başvurusunun bulunduğu dikkate alındığında, uyumsuzluğun çözümü için akdi halef olduğu anlaşılan davacı şirketin söz konusu taşınmazı 6292 sayılı Yasa uyarınca doğrudan satın alma hakkının bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.*

Bu bakımdan, her ne kadar dava konusu işlem, sonucu itibariyle tapu kaydında değişiklik yapılması sonucunu doğuracak nitelikte bir işlem ise de, söz konusu taşınmazın 6292 sayılı Yasa kapsamında davacı şirketin hak sahipliğinin tespitine yönelik idari nitelikte bir ön işlem olduğu açıktır.

Bu durumda, dava konusu taşınmazın davacı şirkete doğrudan satışı için 6292 sayılı Yasada

Belediyeye ait taşınmazların satışı halinde ise bedel, belediye tüzel kişiliği tarafından belirlenecektir. Ancak belediyeye ait taşınmazların devrinde, taksit imkanı tanınmamıştır. Halbuki Kanun'da her iki taşınmaz türü için de taksit imkanına ilişkin hüküm getirilmemiştir; bu husus idarenin düzenlemesine bırakılmıştır. Usul ve Esaslar'ın 7'inci maddesinde Belediyeye ait taşınmazları satın almak isteyen yapı kayıt belgesi sahibine bu imkanın tanınmaması, eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilecektir. Her ne kadar, taşınmazın mülkiyeti farklı tüzel kişilere ait olsa da; yapı kayıt belgesinin verilmiş amacı ve hukuki niteliği, yapının Hazine'ye ya da belediyeye ait taşınmaz üzerine inşa edilmiş olmasına göre farklılık göstermemektedir. Dolayısıyla idareye ait taşınmazlar üzerine yapı inşa eden yapı kayıt belgesi sahibi yapı maliklerinin aynı hukuki statü içerisinde olduğu kabul edilmeli; belediyeye ait taşınmaz üzerine yapı inşa eden yapı kayıt belgesi sahiplerinin de taksit imkanından faydalanması gerektiği söylenmelidir.

Peki bu belirleme neye göre yapılacaktır? Kanun'da bu belirlemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, idare tarafından oluşturulacak komisyonlar tarafından hesaplanacak gerçek (piyasa) rayiç

öngörülen şartları taşıyıp taşımadığının idari yargı yerince değerlendirilmesi gerektiğinden, uyuşmazlığın görün ve çözümünün idari yargıya ait olduğu ve davanın görev yönünden reddine dair kararda hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır". Danıştay 8.D., 12.05.2015 tarih, E.2015/955 – K.2015/4496. (Lexpera) (14.11.2018). Aynı yönde bkz. "Davalı vekili, hak sahiplerine tahsis edilen arsa ve konutlardan 15.05.1987 tarihinden sonra noterler vasıtasıyla düzenlenen harici satış ve satış vaadi sözleşmelerinin geçersiz olduğunu bu nedenle davanın reddini savunmuştur. (...)

Uygulamada kısaca, İmar Affı Kanunu olarak bilinen 2981 sayılı Kanun imar ve gecekondular mevzuatına aykırı olarak inşaa edilmiş ve inşa halindeki yapı maliklerini hedeflemiştir. Başka bir anlatımla, kanunda yazılanlar dışındaki kişilerin İmar Affı Kanununa dayanarak istemde bulunma olanakları yoktur. Ne var ki, 3290 sayılı Kanun ile bazı maddeleri değiştirilen ve bazı maddeler eklenen 2981 sayılı Kanunun Uygulamasına Dair Yönetmeliğin 25. maddesi, kanun kapsamında kalan kişilere yapılan tahsisin bunlar tarafından üçüncü kişilere temlikine imkan tanımıştır. Ancak bu gibi durumlarda da tahsis sahiplerinden devralan kişilerin 2981 sayılı Kanundan yararlanıp yararlanamayacağı hususunun araştırılması gerekir. 2981 sayılı Kanunun 13/a hükmüne göre, arsa tahsis edilecek kimselerin kendisinin veya eşinin veya reşit olmayan çocuğunun oturduğu belediye ve mücavir alan sınırları içinde ev yapmaya müsait arsaya veya bir eve veya apartmanın bağımsız bir bölümüne veya bir bölümü işyeri olarak kullanılan bir yapıya sahip bulunmaması zorunludur.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında; davacıların eski 754 ada 3 parsel sayılı taşınmazda 137,60 m2 işgal alanlı tek katlı gecekondular sahibi ...'e 24.04.1986 tarihli tapu tahsis belgesiyle tahsis edilen taşınmaz.... Noterliğinin 13.06.1989 tarihli ve.... yevmiye numaralı satış vaadi sözleşmesi ile satın aldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda geçerli bir tapu tahsis belgesine dayanarak tapu iptali ve tescil isteyen davacıların, 2981 sayılı kanundan 13/a maddesi gereğine yararlanma şartlarını taşıyıp taşımadıkları araştırıldıktan sonra davacıların talebi hakkında Dairemizin yukarıda belirtilen ilkeleri doğrultusunda gerekli inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiştir". Yargıtay 14.HD., 14.03.2016 tarih, E.2015/12280 – K.2016/3219. (Lexpera) (14.11.2018).

üzerinden taşınmazın devri işlemleri gerçekleştirilmelidir. Nitekim Danıştay da, 4706 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında, rayiç bedelin güncel bedel olması gerektiğini; hatta mahkeme kararı ile satışın gerçekleşeceği zaman aralığının uzun olması halinde mahkemece belirlenecek bedele göre dahi satışın yapılamayacağını ifade etmiştir¹⁶⁹.

Gerçekten de daha önceki imar affi kanunları döneminde de taşınmazın bedeli, idarece kurulmuş komisyonlar aracılığıyla tespit edilen piyasa rayici esas alınarak belirlenmiş¹⁷⁰; bu bedelin piyasa rayicinden düşük tespiti halinde ise kamu zararının ortaya çıktığı gerekçesiyle komisyon üyelerinin sorumluluğuna gidilmiştir¹⁷¹.

Öte yandan, taşınmazın yüzölçümü büyük olmakla birlikte üzerindeki yapının küçük bir alanı kaplaması halinde, yapının bulunduğu alan ifraz edilerek, ifrazın mümkün olmaması durumunda ise taşınmaz hisseli olarak satılacaktır (Usul ve Esaslar, Madde 7/2).

İdare tarafından tespit edilecek bedelin gerçek bedeli aşacak nitelikte belirlenmesi halinde ise, bu belirlemeye karşı da idari yargıda dava açılabilir.

168 “Yasa’da öngörülen usul ve koşullara uygunluğu saptananlara hak sahipliği ölçütüne dayalı olarak arsa veya hisse tahsis edilmekte ve gerekli düzenlemeler tamamlandıktan sonra da, yapılmış olan tahsis esas alınarak idarece hak sahiplerine tapu verilmektedir.

2981 sayılı Yasa hükümlerine göre, idarenin hak sahiplerine “tapu vermek” ya da 10. maddesinin b bendinde belirtildiği gibi hak sahibi olmadıkları anlaşılmalara verilmiş olan “tapuları resen iptal etmek” şeklindeki bu yetkilerini idari nitelik taşıyan uygulama işlemlerinin doğrudan bir sonucu olarak kullanması ve ayrıca bu şekilde kurulan mülkiyet, Medeni Kanun hükümleri dışında ve özel bir kanun hükmü gereğince idari tescile dayandığı gibi tapuya yapılan tescilin de, bu idari işlemin icrası niteliğinde olması karşısında, uyumsuzluğun sözü edilen uygulama işlemlerinin dayanağı olan yasal düzenleme çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceği açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı vekilinin, müvekkilinin üzerinde gecekondusunun bulunduğu taşınmaz için 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile 2981 sayılı Kanunun bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 3290 sayılı Kanunun aradığı tüm koşulların yerine getirildiğini; anılan Yasa uyarınca tapu tahsis belgesi verilmesine karşın, adına tescil edilmemesi nedeniyle taşınmazın Belediye adına olan tapusunun iptal edilerek müvekkili adına tescili istemiyle bakılan davayı açtığı anlaşılmıştır.

Bu duruma göre, davacının taşınmaz üzerindeki iddiası, gayrimenkul mülkiyetinin iktisap yollarına ilişkin Medeni Kanun hükümlerine değil, 2981 sayılı Yasa’da öngörülen hak sahipliği esasına dayandığı, hak sahipliğinin tespiti ve geri alınmasının idari usul ve esaslar çerçevesinde belirlendiği göz önüne alındığında, uyumsuzluğa konu işlemin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 2981 sayılı Yasa’ya dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil davasının görüş ve çözümü idari yargı yerinin görevine girmektedir”. Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk), 30.11.2015 tarih, E.2015/759 – K.2015/776. (Lexpera) (18.11.2018). Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk), 26.10.2015 tarih, E.2015/663 – K.2015/686. (Lexpera) (18.11.2018). “Bu durumda; dava konusu işlemin, İstanbul İli, Bahçelievler İlçesi, A1 Mevkii, 4 pafta, 1297 parsel sayılı Hazineye ait taşınmazın rayiç bedelinin belirlenerek 4706 ve 4707 sayılı Kanun hükümleri uyarınca satışı talebinin reddine ilişkin olduğu hususu göz önüne alınarak,

Nitekim gerek Uyuşmazlık Mahkemesi¹⁷² gerekse Danıştay¹⁷³, bedel tespit işleminin idari yargıda dava konusu edilebilir nitelikte bir işlem olduğuna karar vermişlerdir. Sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri ise adli yargıdır¹⁷⁴.

Bedelin belirlenmesinden sonra, Geçici 16'ncı madde kapsamında Bakanlıkça ya da ilgili belediyece yapılacak satış işlemleri, tapu müdürlüğünde resmi senet düzenlenmek suretiyle gerçekleştirilecek; işlem sonrasında taşınmazın beyanlar hanesine, yapılan satış işleminin Geçici 16.madde kapsamında gerçekleştirildiği yazılacaktır. (2018/8 No'lu Genelge¹⁷⁵)

2. Taşınmazın Devri İçin Aranılan Özel Şartlar

Hazine ve belediyeye ait taşınmazların devri hususunda, Kanun'da olmayan ve/fakat Usul ve Esaslar'la getirilen bazı hükümler dolayısıyla özel şartların varlığından bahsedilebilecektir. Aşağıda belediye ve Hazineye ait taşınmazlar için öngörülen bu özel şartlar incelenecektir.

davanın bu çerçevede değerlendirilmesi suretiyle yeniden karar verilmesi gerektiğinden, (...)". Danıştay 14.D., 13.03.2013 tarih, E.2011/7628 – K.2013/1765. (Lexpera) (18.11.2018).

169 *"Yasa hükmünde, Hazineye ait olup da ilgili belediyelere bedelsiz olarak devredilen taşınmazların, belediyece öncelikle yapı sahipleri ile bunların kanunî veya akdi haleflerine rayiç bedel üzerinden doğrudan satılacağı kurala bağlanmıştır. Bir başka ifade taşınmazın satış tarihi itibarıyla belediyece belirlenecek rayiç (güncel) bedel üzerinden yapı sahiplerine, bunların kanunî veya akdi haleflerine satılabilmesine olanak tanınmıştır. (...)*

Yasa hükmüne göre, belediyenin satış tarihi itibarıyla belirlediği rayiç bedel üzerinden taşınmazı davacıya satmakla yükümlü olduğu dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu taşınmazın kıymet takdirinin yapıldığı 2.3.2011 tarihi itibarıyla Mahkeme kararı ile belirlenen bedel ile davacıya satılmasına yasal olanak bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle belirlenen bedel, 2.3.2011 tarihi itibarıyla taşınmazın rayiç bedeli olup, bu tarihten sonra taşınmazın davacıya satılması halinde geçerli olabilecek bir bedel değildir. Dolayısı ile davalı belediyece, 02.03.2011 tarihinden sonraki bir tarihte yapılacak satışta, Mahkemece belirlenen bedelde güncelleme yapılabilir (...) Davacının, satış tarihi itibarıyla belediyece belirlenen rayiç bedeli ödeyerek taşınmazı satın almasından sonra, satış bedelinin fahiş olduğu iddiasıyla 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi hükümlerine göre uğramış olduğu zararın tazmini istemiyle dava açabilmesi mümkündür". Danıştay 10.D., 23.09.2014 tarih, E.2014/1509 – K. 2014/5397. (Lexpera) (20.11.2018).

170 *"(İ)harece kurulan Komisyon tarafından kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen değer tespiti işleminin..."*. Uyuşmazlık Mahkemesi, 04.02.2013 tarih, E.2012/70 – K.2013/167 (Lexpera) (23.11.2018).

171 Bu nitelikte bir uyuşmazlık için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk), 01.06.2015 tarih, E.2015/375 – K.2015/387. (Lexpera) (23.11.2018).

172 *"(İ)harece kurulan Komisyon tarafından kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen değer tespiti işleminin, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğini taşıdığı ve bu işlemin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a. maddesinde yer verilen "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davası" kapsamında bulunduğu açık olduğundan; bu işlemin yargısal denetiminin idari yargı yerlerinde yapılacağı açıktır"*. Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk), 04.02.2013 tarih, E.2012/70 – K.2013/167 (Lexpera) (23.11.2018).

a. Hazineye Ait Taşınmazlar İçin Aranan Özel Şart: Özel Kanunlar Kapsamında Kalmama

3194 sayılı İmar Kanunu Geçici Madde 16'da, hazineye ait araziler üzerine inşa edilen ve yapı kayıt belgesi alınan taşınmazların satışı için, hak sahibinin talebi ve rayiç bedelin ödenmesinden başka bir şart öngörülmediği yukarıda ifade edilmişti. Ancak Kanun'da yer almamasına karşın, Usul ve Esaslar'da, "Hazineye ait taşınmazlardan özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gerekenler dışında kalanlar"ın Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na devredileceği ve sonrasında satılabileceği düzenlenmiştir¹⁷⁶. Peki, "özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gereken taşınmazlar" ifadesinden anlaşılması gereken nedir? Bu ifade, yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yeni bir alan mı ortaya çıkarmaktadır?

İkinci sorudan başlamak gerekirse, kanun koyucu yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek alanları Geçici 16'ncı Madde'de saymıştır¹⁷⁷. Daha önce de ifade

173 "Dava dosyasının incelenmesinden; dava konusu işlemlerle, davacıların zilyetliğinde bulunan İstanbul İli, A1 Mahallesi'ndeki 38 pafta, 30 ada, 166 parsel sayılı taşınmazın, 4706 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca, belediye encümeni kararıyla belirlenen miktar karşılığında davacılara satışının kararlaştırıldığı; davacılar tarafından belirlenen bedelin fahiş olduğundan bahisle anılan işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıya aktarılan 4706 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca tesis edilen, kamu gücüne dayalı, tek taraflı, idare hukuku alanında hukuki sonuç doğuran işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluğun görüm ve çözümünde idari yargının yetkili olduğunda tartışma bulunmamaktadır". Danıştay 10.D., 21.03.2013 tarih, E.2009/8950 – K.2013/2488. (Lexpera) (25.11.2018) "Bu bağlamda, ilgili belediyelerin taşınmazların satış bedelini belirlemek biçimindeki işlemleri, belediyenin üzerinde tam tasarrufta bulunduğu taşınmazın satışa davet niteliğinde bir irade açıklaması değil, aksine, kamu gücüne dayanan, tek yanlı irade açıklaması yoluyla kesin ve yürütülmesi zorunlu hukuksal etkiler doğuran idari işlemler niteliğinde olduğundan, bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların görüm ve çözümünde idari yargı düzeninin görevli olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır". Danıştay 10.D., 21.05.2015 tarih, E.2013/3243 – K.2015/2459. (Lexpera) (25.11.2018).

174 "Dava, Mülkiyeti Hazineye ait iken 4706 sayılı Kanun'un 5. Maddesi uyarınca davacıya satış yapılmak üzere Küçükçekmece Belediye Başkanlığı'na devredildikten sonra, davacıya taksitli satış işlemi yapılan taşınmazın, davacının satış sözleşmesiyle taahhütte bulunduğu ödeme planında öngörülen sürede satış bedelini ödememesi nedeniyle, satış işleminin iptal edilerek, taşınmazın Hazine adına tescilinin sağlanması ve satış bedelinin %10' u mahsup edilerek geriye kalan 45.255.-TL' nin faizsiz olarak davacıya ödenmesine ilişkin İstanbul Defterdarlığı Avrupa Yakası Milli Emlak Müdürlüğü'nün 16/05/2012 tarih ve 030906 sayılı işlemi ile Küçükçekmece Belediye Başkanlığı'nın 28/05/2012 tarih ve 3500-512430 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır. (...)

Bu durumda, satış sözleşmesinin gereklerinin yerine getirilmediğinden bahisle satışın iptaline ilişkin uyumsuzluğun, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı mercilerince çözümlenmesi gerektiğinden, idare mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasını incelemek suretiyle karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir". Danıştay 10.D., 26.02.2014 tarih, E.2013/5405 – K.2014/1193. (Lexpera) (25.11.2018).

175 https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2018-8_nolu_genelge_o.pdf. (08.11.2018).

176 Madde 7/1: "Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş

edildiği üzere, söz konusu kanun hükümlerinin mefhum-u muhalifinden, sayılan alanlar dışında kalan taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenebileceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim, Usul ve Esaslar'ın "Yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yapılar" başlıklı 8'inci maddesi içerisinde de "özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gereken taşınmazlar" şeklinde bir kategori oluşturulmamıştır. Bu nedenle Usul ve Esaslar'ın 7'inci maddesinde yer alan ifadenin, Hazineye ait olmakla birlikte özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gereken taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlenmesini engellemediği; hükmün bu amaçla ihdas edilmediği kabul edilmelidir. Aksi yorum, bu nitelikteki taşınmazlar üzerine inşa edilmiş yapılar için alınmış yapı kayıt belgesinin, "Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar için bu belgenin düzenlendiği" gibi bir sonucu doğurmakta ve belge sahibinin hukuki ve cezai sorumluluğunu gündeme getirebilmektedir¹⁷⁸. Bu ifadenin, bu nitelikteki taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için alınan yapı kayıt belgesinin, mülkiyetin devrine olanak sağlamayacağı göstermek amacıyla ihdas edildiği söylenebilecektir. Aslında söz konusu hüküm dikkatle incelendiğinde, devre engel teşkil eden kuralın Usul ve Esaslar değil; bu taşınmazların satışını önleyen özel kanun hükümlerinin olduğu görülecektir. Bu da bizi yukarıda cevaplanması gerektiği ifade edilen, "özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gereken taşınmazlar"ın neler olduğu sorusuna yöneltmektedir.

olması halinde, bu taşınmazlardan özel kanunları kapsamında kalan ve bu özel kanunlara göre değerlendirilmesi gerekenler dışında kalanlar Bakanlığa tahsis edilir. Tahsis işleminden sonra, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bu taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır".

177 Bu hususta bkz. "Yapının Yapı Kayıt Belgesi Düzenlenemeyecek Yerlerde İnşa Edilmemiş Olması" başlığı.

178 Usul ve Esaslar, Madde 8/2: "Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar için bu belgenin düzenlendiğinin tespit edilmesi durumunda, Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir, bu belgenin sağlamış olduğu haklar geri alınır, Yapı Kayıt Belgesi bedeli olarak yatırılmış olan bedel iade edilmez ve belge düzenlenmesi safhasında yalan beyanda bulunan müracaat sahibi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 206 ncı maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulur".

179 "Anayasa'nın bu emredici kuralı nedeniyle yasakoyucunun, bu alanların kullanıcılarına veya başkalarına, hatta orman içi köyler halkına satılmasını veya bu amaçla devredilmesi ni sağlayacak bir düzenleme yapması olanaklı değildir". (...)

Bu nedenle, Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin satışı ve bu amaçla devri olanağını getiren dava konusu kural Anayasa'nın 169. ve 170. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir". Anayasa Mahkemesi, 23.01.2002 tarih, E.2001/382 – K.2002/21.

180 Aydın Güllan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Yay., İstanbul, 1999, s. 123-124.

181 "...Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de söz konusu olamaz...". Anayasa Mahkemesi, 16.2.1965 tarih, E. 1963/126 - K. 1965/7.

Bu taşınmazlar içerisine, bir Anayasa hükmüyle kamu malı statüsü kazanmış mallar evleviyetle girecektir. Zira bu nitelikteki kurallar, kanun koyucuyu da bağlamakta; kanun koyucu, mülkiyetin devrine ilişkin hüküm ihtiva eden kanunlarda bu malları ayrı tutmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle, bu niteliği haiz taşınmazların satışı söz konusu olamayacaktır. Örneğin kıyılar (Anayasa, Madde 43), ormanlar¹⁷⁹ (Anayasa, Madde 169) ve tabii servetler (Anayasa, Madde 168) anayasa koyucunun iradesiyle kamu malı vasfını kazanmıştır¹⁸⁰. Bu mallar, özel mülkiyete dahi konu olamamaktadır. Dolayısıyla özel mülkiyete dahi konu olamayan bu malların devredilebileceği söylemek mümkün değildir¹⁸¹. Bu taşınmazlar söz konusu niteliği haiz olduğu müddetçe, kamu mülkiyetinin devredilemezliği ilkesi gereği, üçüncü kişilerin iyi niyeti de korunmayacaktır¹⁸².

Bu şekilde anayasal korumaya sahip olmamakla birlikte; özel yasal düzenlemelerle mülkiyet rejimi öngörülmuş Hazineye ait taşınmazlar da bulunmaktadır¹⁸³. Kamu mallarına ilişkin mevzuatın dağınık olması, bu nitelikteki taşınmazların her birinin tespiti ile ayrı ayrı irdelenmesini güçleştirmekle beraber; böyle bir irdemeye gerek de bulunmamaktadır. Burada öncelikle şu tespit yapılmalıdır: Bu taşınmazların devri için anayasal bir engel bulunmamaktadır.

Dolayısıyla cevaplanması gereken soru şu olacaktır: Bu taşınmazların devri hususunda, yapı kayıt belgesi alınmasına ve sonrasında taşınmazın satışına imkan tanıyan ‘sonraki kanun’ konumundaki “İmar Barışı Kanunu” mu dikkate alınacak, yoksa söz konusu taşınmazlara ait hukuki rejimi belirleyen ‘özel kanun’

182 Nur Kaman, “Kamu Malları”, *İdare Hukuku*, Ed.: Turan Yıldırım, 7. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 272.

183 Hazineye ait olmakla beraber mülkiyeti devredilemeyeceği düzenlenen taşınmazlar, 313 Sıra No’lu Milli Emlak Genel Tebliği’nde (R.G.: T.29.08.2007, S.26628) “satılamayacak taşınmazlar” başlığı altında şu şekilde sayılmıştır: “II. SATILAMAYACAK TAŞINMAZLAR

(1) Satışı mümkün olmayan taşınmazlar aşağıda belirtilmiştir.

- a) Kamu hizmetlerine tahsisli bulunan taşınmazlar,
- b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup tescili mümkün olmayan taşınmazlar,
- c) 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre kıyıda kalan yerler,
- ç) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında olup, Kültür ve Turizm Bakanlığınca satılması uygun görülmeyen taşınmazlar,
- d) 9/8/1983 tarihli ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu uyarınca milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları içinde kalması nedeniyle Çevre ve Orman Bakanlığınca tahsisli gereken taşınmazlar,
- e) 22/11/1984 tarihli ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununa göre uygulama alanı ilan edilen bölgelerde kalan ve Tarım Reformu Genel Müdürlüğüne satışı uygun görülmeyen taşınmazlar,
- f) 18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu kapsamında kalıp Genelkurmay Başkanlığınca satılması uygun görülmeyen taşınmazlar,
- g) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu kapsamında kalan taşınmazlar ile

niteliğindeki mevzuat mı baz alınacaktır?¹⁸⁴ Bu sorunun cevabını vermek kolay değildir. Burada sonraki genel kanun ile önceki özel kanun arasında bir tercihte bulunmak gerekmektedir. Bu tercih konusunda pozitif hukukun bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Doktrindeki daha ağır basan görüşün, önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanunla yürürlükten kaldırılamayacağı yönünde olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁵.

Şu halde, ister mülkiyet rejimi dışında kalsın isterse özel yasal düzenlemeler çerçevesinde devri yasaklanmış bulunsun, Hazineye ait bu nitelikteki taşınmazlar üzerine inşa edilen yapılar için alınan yapı kayıt belgesinin, mülkiyetin devri imkanı tanımadığı söylenebilecektir. Bu taşınmazlar üzerinde yapılaşmaya engel yasal düzenlemelerin varlığı halinde ise yapı kayıt belgesi, zilyetliğin muhafazasına da imkan tanıyamayacaktır¹⁸⁶. Bu durumda, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Geçici 16'ncı maddesi uyarınca alınan yapı kayıt belgesinin iptali gerekecektir. Ancak bu ihtimalde, Kanun'da yapı kayıt belgesi alınmayacak taşınmazlar arasında sayılmayan bu araziler için ödenen yapı kayıt belgesi bedelinin iadesi ile yapı kayıt belgesi sahiplerinin Usul ve Esaslar'ın 8/2'inci maddesi uyarınca hukuki ve cezai sorumluluktan muaf tutulması hakkaniyet gereğidir. Zira, kişilere, karmaşık mevzuat hükümlerini incelemek suretiyle, İmar Barışı Kanunu ile Usul ve Esaslar'da açıkça yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek yapılar arasında

17/10/1983 tarih ve 2924 sayılı Kanun gereğince Çevre ve Orman Bakanlığı emrine geçen taşınmazlar,

ğ) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında kalması nedeniyle Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsisi gereken taşınmazlar (Hazineye ait olmayanlarla tevhit şartı olanlar ile Hazinesin hissedar olduğu taşınmazlar hariç),

h) 24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanuna göre tapu tahsis belgesi verilen taşınmazlar,

ı) 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun kapsamında kalması nedeniyle Bayındırlık ve İskan Bakanlığına tahsisi gereken taşınmazlar,

i) 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu kapsamında kalan taşınmazlar,

j) Teferruğ yoluyla edinilen ve edinme tarihinden itibaren bir yıl geçmemiş taşınmazlar,

k) Kamulaştırma yoluyla edinilip 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23 üncü maddesinde yazılı süresi dolmamış taşınmazlar,

l) Özel kanun hükümleri gereği kamu kurum ve kuruluşlarına tahsisi, devri, terki ve kullanım hakkı verilmesi gereken taşınmazlar,

m) Elbirliği halindeki mülkiyet durumu paylı mülkiyete dönüştürülmemiş taşınmazlar,

n) İmar planlarında bir kamu hizmeti için ayrılmış olan taşınmazlar (ilgili idare tarafından bu hizmette kullanılmayacağı belirtilen taşınmazlar hariç),

o) Kısmi satın alma talebi olan ancak, ifrazı Hazine lehine olmayan taşınmazlar,"

184 Gözler, bu hükümlerin özel-genel niteliğinin nispi; tespitinin de oldukça güç olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu niteliğin tespiti için şu kriterleri önermektedir: "(1) Uygulama alanı

sayılmayan bu taşınmazların özel mülkiyete konu olamayacak veya mülkiyeti devredilemeyecek taşınmazlar arasında yer alıp almadığını tespit etme ödevi yüklemek hakkaniyete aykırı olacaktır.

b. Belediyeye Ait Taşınmazlar İçin Aranan Özel Şart: Belediyenin Özel Mülkiyetinde Olma

Geçici 16'ncı maddede, belediyeye ait taşınmazlar üzerine yapı inşa eden yapı kayıt belgesi sahibi ile onun kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine, taşınmazın devredileceği kurala bağlanmıştır. Usul ve Esaslar'ın 7/4'üncü maddesinde bu devrin gerçekleşebilmesi, hatta yapı kayıt belgesi verilebilmesi için ek bir şart öngörülmüştür: Belediyenin özel mülkiyetinde olma.

Usul ve Esaslar'ın 7/4'üncü maddesine göre, *“Belediyelerin özel mülkiyetinde olan taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olan yapılara Yapı Kayıt Belgesi verilebilir”*. Daha önce de ifade edildiği üzere, burada geçen “verilebilir” ifadesi, idarenin takdir yetkisinin var olduğu şeklinde yorumlanamayacaktır. Zira kanun koyucu, genel şartların varlığı halinde belediyeye ait taşınmazların devri hususunda idareye bir takdir yetkisi tanımamıştır. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin, belediyenin özel mülkiyeti dışında kalan taşınmazlarının devrini önlemek amacıyla getirildiği kabul edilmelidir. Peki bu kabul, düzenlemeyi hukuka uygun hale getirmeye yetecek midir? Bu sorunun cevabını vermeden önce, “belediyenin özel

daha geniş olan hüküm genel hüküm, daha dar olan ise özel hükümdür. Özel hüküm tek bir durum veya olaya uygulanabilirken, genel hüküm birden fazla durum veya olaya uygulanır. (2) Söz konusu hüküm (örneğin A hükmü) olmasaydı, o durum veya olaya bir başka hüküm (örneğin B hükmü) uygulanabiliyor ise, ikinci hüküm (B hükmü) genel hüküm, birinci hüküm (A hükmü) özel hükümdür”. Kemal Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 67. www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf, (02.11.2018).

185 Gözler, *Yorum...*, s. 69.

186 *“Şikâyetçinin devlet orman sınırları içindeki taşınmazı satış vaadi sözleşmesi ile satın alması, tapu siciline kayıtlı mülkiyetini iktisap etmesi sonucunu doğurmayacağı gibi, taşınmazda tasarrufla bulunması 3091 sayılı Kanun uyarınca korunması gereken bir zilyetlik de kazandırmayacaktır”*. Danıştay 10. D., 06.04.1994 tarih, E. 1992/3368 - K. 1994/1464.

187 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gülan, s.30 vd. Kamunun özel mallarını tespit etmeye yarayacak kriterlerin bulunmadığı; bu malların, kamu malından hareketle yapılacak bir olumsuz tasnif neticesinde belirlendiği ifade edilmektedir. Kamu malı-kamunun özel malı ayrımının kesin bir kriterinin bulunmadığı düşünüldüğünde, bu malların tespitinin ne kadar zor -hatta imkansız- olduğu sonucu karşımıza çıkmaktadır. Gülan, bu ayrım için önerilen kriterlerin -kamu hizmetine tahsis edilme kriteri dahil- yetersiz olduğunu ifade etmektedir. Gülan, s. 30-31. Bu nedenle belediyelerin özel mülkiyetinde olan taşınmazların tespiti sorunu önemli bir sorun olarak karşımızda durmakta; bu sorun, yapı kayıt belgesi sahiplerinin belediyelerin keyfi uygulamalarıyla karşı karşıya kalma tehlikesini beraberinde getirmektedir.

188 Karahanoğulları, s.87.

189 Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s. 28.

190 Aynı yönde bkz. *“...Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece davacıya imar affı başvuru*

mülkiyetinde olan taşınmazlar”dan kastın ne olduğu üzerinde kısaca durulması gerekmektedir.

Belediyenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazdan kastın, kamu malı teorisi açısından ‘kamunun özel malı’ olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle kamunun özel malları konusundaki açıklamalar, bu kategoride yer alan belediye taşınmazları için de geçerli olacaktır¹⁸⁷. Burada asıl üzerinde durulması gereken Kanun’da öngörülme bu sınırlamanın Usul ve Esaslar’la getirilip getirilemeyeceğidir. Zira bu düzenlemeyle Kanun’da öngörülme bir sınırlama idarenin düzenlemesiyle getirilmiş durumdadır. Bilindiği üzere, idarenin yasadaki kuralın anlamını daraltma, genişletme veya sapma sonucunu doğuran düzenlemeleri yasa aykırılık olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁸. Bu düzenlemeyle Kanun’da öngörülme bir sınırlama düzenleyici işlemle getirilmiş; yapı kayıt belgesi alınabilecek taşınmazlar Kanun’a aykırı şekilde sınırlanmıştır. Bir diğer ifadeyle, Geçici 16’ncı madde kapsamında hak sahibi olabilecek kişiler, Usul ve Esaslar’a göre hak sahibi olma hakkını yitirmektedirler. Dolayısıyla Usul ve Esaslar’ın bu maddesinin normlar hiyerarşisine aykırılık taşıdığı söylenebilecektir. Bu da söz konusu hükmün hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi sonucunu beraberinde getirecektir.

VIII. Yapı Kayıt Belgesinin İptali

Yapı maliki tarafından alınan yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılması veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir. Hukuka uygun olarak alınmış bir yapı kayıt belgesi, yapının yıkım ya da kentsel dönüşüm uygulama-

sunda bulunduğu gözetilerek sosyal konut tahsis edildiği, söz konusu taşınmazın ise 1/1000 ölçekli D-100 Güneyi Revizyon Uygulama İmar Planında resmi kurum alanında kaldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, imar planında öngörülen kullanım amacı doğrultusunda davacının söz konusu taşınmazı konut olarak kullanmasının mümkün olmaması ve davacıya kazanılmış hakkı gözetilerek farklı bir yerden tahsis yapılması karşısında, ...”. Danıştay 6.D., 22.03.2010 tarih, E.2008/1440 – K.2010/2865. (Lexpera) (30.11.2018) “...(D)avacının “tapu tahsis belgesi” sahibi olduğu dolayısıyla kazanılmış hakkının bulunduğu...”. Danıştay 14.D., 28.04.2016 tarih, E.2014/9192 – K.2016/3578. Naklen, İstanbul BİM (5.İDD), 23.05.2017 tarih, E.2016/906 – K.2017/740. (Lexpera) (30.11.2018).

191 Bu hallerde, yapı ruhsatı ve/veya yapı kullanma izni bulunmayan veya cins değişikliği yapılan taşınmazlar için tapu kaydında değişiklik söz konusu olacaktır. Bu nedenle, yapı kayıt belgesi alındıktan sonra ortaya çıkabilecek hukuka aykırı durumların iyi niyetli üçüncü kişilere olumsuz etki etmesi mümkündür. Zira iyi niyetli üçüncü kişi tapu kaydına güvenerek hareket edecektir. Dolayısıyla, bu olumsuz etkinin ve idarenin sorumluluğunun doğmasını önleme adına, bu işlemlerin gerçekleştirilmesi Usul ve Esaslar ile Bakanlık Genelgesinde daha sıkı kurallara bağlanmıştır. Bu hususta bkz. Usul ve Esaslar, Madde 6/4, Çevre Şehircilik Bakanlığı’nın 2018/8 Sayılı “3194 Sayılı İmar Kanununun Geçici 16. Maddesi (İmar Barışı) Uyarınca Yapılacak Olan İşlemler” konulu genelge. İdarenin hukuka aykırı idari işlemi, düzgün bir şekilde geri alması halinde de sorumluluğunun söz konusu olabileceğine ilişkin bkz. Tan, s. 141 – 145.

192 Bu hususta bkz. “Yapı Kayıt Belgesi Vermeye Yetkili Makam” başlığı.

sına kadar mevcut şekliyle kullanımı yönünde hak sahibi için bir kazanılmış hak olarak kabul edilecektir. Kazanılmış hak, “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken haktır”. İşte yapı kayıt belgesi de, hukuka uygun olarak alınması halinde, İmar Barışı Kanunu ile Usul ve Esaslar’da gösterilen tüm sonuçları doğuracak; Kanun’un öngördüğü zamana kadar yapı maliki ile onun kanuni ve akdi halefleri için kazanılmış hak olarak değerlendirilecektir¹⁹⁰.

Yapı kayıt belgesi düzenlenen yapıların yıkılması ya da kentsel dönüşüm uygulanması durumunda ise yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanacaktır. Yapı kayıt belgesinin verilmesi şartlarına ilişkin hukuka aykırı biri durumun tespiti halinde yapı kayıt belgesi iptal edilebilecektir. Yapı kayıt belgesinin alınmasında, -tapuda cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesisi halleri dışında¹⁹¹ - yapı malikinin beyanının yeterli olması -kasten ya da sehven- aykırılık ihtimalini daha da arttırmaktadır.

Her ne kadar iptal işleminin kim tarafından gerçekleştirileceği mevzuatta düzenlenmemişse de; yetkide paralellik ilkesi gereğince yapı kayıt belgesi vermeye yetkili makamın¹⁹² belgeyi iptal edebileceği söylenecektir¹⁹³.

Bu iptal, idari işlemle gerçekleştirilebileceği gibi¹⁹⁴, yapı kayıt belgesinin alınması sebebiyle menfaati ihlal edilenler¹⁹⁵ tarafından belgeye karşı açılacak bir iptal davası neticesinde de ortaya çıkabilecektir. Ancak yapı kayıt belgesi sahiplerinin belgenin iptalini sağlayabilecekleri bir yol mevzuatta öngörülmemiştir¹⁹⁶.

193 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2018, s. 436.

194 Usul ve Esaslar’ın 10/1’inci maddesine göre, “Yapı Kayıt Belgesi verilmesine ilişkin iş ve işlemler Bakanlık tarafından denetlenir”. Bu denetimin ne şekilde gerçekleştirileceği hususunda Usul ve Esaslar’da düzenleme bulunmamaktadır. Bu denetimlerin, şikayet üzerine veya Bakanlık tarafından gerçekleştirilecek olağan denetimler şeklinde icra edileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

195 Menfaati ihlal edilenler, her somut durumda farklılık gösterebilecektir. Bu kişilere örnek olarak şunlar verilebilir: Yapı kayıt belgesi bedeli ödemek istemeyen yapı maliklerinden birisi, manzarası kapanan komşu parseldeki yapı maliki veya yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek Hazineye ait taşınmaz üzerine inşa edilen yapı için faaliyet alanına giren dernek, vakıf veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu.

196 Belge sahiplerinin bu haktan vazgeçmelerinin anlamsız olacağı düşünülebilir. Ancak, kişilerin beyan üzerine aldıkları yapı kayıt belgesi bedelinin gerçekte beyan ettiklerinden çok fazla olduğunu, inşa ettikleri taşınmazın yapı kayıt belgesi alınmayacak yapılar içerisinde kaldığını veya Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa ettikleri ve/fakat bu taşınmazın mülkiyetini almaya mali imkanlarının yetmediği ve ecrimisil ödemek zorunda olduklarını, öğrendikleri zaman belgenin iptalini isteme ihtimalleri söz konusu olabilecektir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde, yapı kayıt belgesi sahibinin elinde tek bir imkan kalmaktadır: yapıyı yıkarak, enkazı kaldırmak.

Aşağıda yapı kayıt belgesinin iptali sebepleri, hukuki etkisi ile iptalinin ortaya çıkardığı sonuçlar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. İptal Sebepleri

Usul ve Esaslar'da yapı kayıt belgesinin iptalinin söz konusu olabilmesi için, iki hal düzenlenmiştir. İlki, yapı kayıt belgesi bedelinin eksik yatırılmasıdır. Ancak Usul ve Esaslar'da bu eksikliğin tespiti halinde, belge iptalinin önlenmesi için hak sahibine eksik bedeli tamamlaması imkanı tanınmaktadır. Bu tamamlama gerçekleşirse, duruma uygun yeni bir yapı kayıt belgesi düzenlenecektir. Bu bir düzeltme işlemidir¹⁹⁷. “Düzeltilme işlemi, işlemdeki maddi veya hukuki hataların yerine doğrularının hem geçmişe hem de geleceğe yönelik olarak hukuk düzenine yerleştirilmesidir¹⁹⁸”. Usul ve Esaslar'ın 10'uncu maddesine göre, “*Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmesi safhasında e-Devlet sistemi üzerinden veya kurum ve kuruluşlara yapılan müracaatta yalan beyanda bulunulması durumunda;*

a) Yapı Kayıt Belgesi bedeli eksik olarak ödenmiş ise müracaat sahibince e-Devlet üzerinden gerekli düzeltme işlemi yapılması ve eksik olan meblağın ödenmesi sağlanarak, duruma uygun yeni Yapı Kayıt Belgesi düzenlenir. Eksik olan meblağın ilgisince ödenmemesi halinde verilmiş olan Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir, daha önce yatırılmış olan bedel iade edilmez ve yalan beyanda bulunan hakkında 5237 sayılı Kanunun 206'ncı maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulur”. Görüldüğü üzere, eksik yatırılan bedelin tamamlanmaması halinde belge iptal edilecek ve daha önce yatırılmış olan bedel iade edilmeyecektir.

Yapı kayıt belgesinin iptal edileceği ikinci hal ise, yapı kayıt belgesinin, yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek alanlar üzerinde inşa edilmiş olmasıdır. Usul ve Esaslar'ın 8/2'inci maddesine göre, “*Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar için bu belgenin düzenlendiğinin tespit edilmesi durumunda, Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir, bu belgenin sağlamış olduğu haklar geri alınır, Yapı Kayıt Belgesi bedeli olarak yatırılmış olan bedel iade edilmez ve belge düzenlenmesi*

197 Bu düzeltme işlemi, fazla yatırılan meblağ için de öngörülmüştür. Bkz. Usul ve Esaslar, Madde 10/b.

198 Derya Deviner Erguvan, *İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası*, Adalet Yay., Ankara, 2017, s. 277. Yazar, düzeltme ve geri alma işlemlerinin geriye yürüme noktasında benzer olduğunu; ancak düzeltme işleminin aynı zamanda geleceğe de etkili olduğunu ve geri alma işleminin bir işlemi sonlandırma özelliğinin düzeltmede olmadığını ifade etmektedir. Erguvan, s. 280.

199 Bu hususta bkz. “Eksik İnşaatların Tamamlanması” başlığı.

200 R.G.: T.18.05.2018, S.30425.

201 Kişilerin 31.12.2017 tarihidен, İmar Barışı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar yaptıkları imalatları, İmar Barışı Kanunu'ndan faydalanma amacıyla yaptıklarını söylemek ve ispat etmek kolay değildir.

safhasında yalan beyanda bulunan müracaat sahibi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 206'ncı maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulur”.

Hatırlanacağı üzere aynı maddenin 1'inci fıkrasında, yapı kayıt belgesi düzenlenemeyecek taşınmazlar sayılmıştı. Her ne kadar, bu hüküm sadece 8'inci maddede sayılan taşınmazlar üzerine inşa edilen yapıları kapsıyor gözükse de; İmar Barışı Kanunu'nun 'milat' olarak kabul ettiği 31.12.2017 tarihinden sonra yapılmış taşınmazları da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim maddenin lafzında geçen, “*Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar*” ifadesi, öngörülen tarihten sonra yapılan yapıları da ihtiva edecek niteliktedir.

Peki, 31.12.2017 tarihi itibarıyla ‘yapı kayıt belgesi düzenlenebilecek yapılar’ içerisinde yer almakla beraber, bu tarihten sonra yapılan imalatlar sebebiyle bu kapsama giren yapılar için verilmiş bir yapı kayıt belgesi iptal mi edilecektir, yoksa düzeltilecek midir? Zira, Usul ve Esaslar'ın 6/6'ncı maddesine göre, “*İnşaat halindeki yapılarda 31/12/2017 tarihi itibarı ile bitmiş olan kısımlar için ilave inşaat alanı ihdas etmemek şartı ile Yapı Kayıt Belgesi verilir ve Yapı Kayıt Belgesi verilen kısımların eksik inşaat işleri tamamlanabilir*”. Görüldüğü üzere, inşaat halindeki bir yapı için de yapı kayıt belgesi verilebilmektedir¹⁹⁹. Bu nitelikte bir yapı için yapı kayıt belgesi düzenlenmesi önünde bir engel yoktur. Ancak 31.12.2017 tarihinde inşaat halinde bulunan bir yapı, bu tarihten sonra tamamlanarak, tamamlanmış haliyle yapı kayıt belgesine konu edilmesi durumunda ne şekilde hareket edilecektir? Tespitindeki güçlük bir yana bırakılacak olursa, burada ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir.

Şayet yapı maliki yapıyı, 31.12.2017 tarihi ile İmar Barışı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih²⁰⁰ arasında tamamlamışsa; yapı malikinin söz konusu imalatları iyi niyetli olarak gerçekleştirdiği kabul edilmeli²⁰¹ ve yapı kayıt belgesi, yapının 31.12.2017 tarihindeki durumuna göre yeniden düzenlenerek, yapı malikinin yapıyı bu tarihteki hale getirmesi yönünde kendisine makul bir süre tanınmalıdır²⁰². Bu sürede yapı eski haline dönüştürülürse, fazla ödenen yapı kayıt belgesi

²⁰² Bu uygulamanın, belgenin yargı kararıyla iptal edilmesi ihtimalinde de yapılmasına engel yoktur. İdare, yargı kararını doğrultusunda işlem tesis ederken, belgeyi iptal ederek, kişiye -yukarıda yer verilen şartları gerçekleştirmesi halinde- düzeltilmiş halini verebilecektir. Bu yönde bir Danıştay kararı için bkz. “...*davalı idarece geri alınan hatalı işlemin oluşturulmasında, davacıya yüklenilecek herhangi bir kusur bulunmadığı göz önüne alınarak, yetkili belediyeden ruhsat alınması amacıyla, davacıya makul bir süre tanınması, bu süre içerisindeki gelişmelere göre bir işlem oluşturulması gerekmektedir. Ruhsatın alınması için belli bir süre verilmeden, işyerinin doğrudan çalışmaktan alıkonulması, idarelerde olması gereken güven ve tutarlılık ilkelerini yanı sıra, iyiniyet ilkesine de aykırı bulunduğundan, davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka aykırılık görülmemiştir*”. Danıştay 8.D., 03.03.1999 tarih, E.1996/3197 – K.1999/907.

bedeli de malike iade edilmeli; aksi halde yapı kayıt belgesi iptal edilerek, ödenen yapı kayıt belgesi bedeli geri verilmemelidir.

Eğer yapı, İmar Barışı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra tamamlanmış ya da inşaata devam edilmişse nasıl hareket edilecektir? Burada yapı malikinin kötü niyetli olarak hareket ettiği ve yapının 31.12.2017 tarihindeki durumundan farklı bir hali için yapı kayıt belgesi başvurusunda bulunduğu için ortada “Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapı” olduğu kabul edilmelidir. Artık bu noktada yapı malikinin yalan beyanından bahsedilmeli ve yapı kayıt belgesi iptal edilerek; yapı kayıt belgesi bedelinin iadesi gündeme gelmemelidir.

Yukarıda sayılan haller dışında, yapı kayıt belgesi alınması şartlarını yerine getirmeksizin veya bu şartlara aykırı olarak yapı kayıt belgesi sahibi olan kişilerin de, -tespiti halinde- yapı kayıt belgelerinin iptali ile yapı kayıt belgesi bedellerinin iade edilmemesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay da, 2981 sayılı İmar Affı Kanunu döneminde, hak sahibi olmamalarına karşın başvuru yapmak suretiyle tapu tahsis belgesi alan kişiler için bu belgenin kazanılmış hak bahsetmeyeceğini ve kişilerin bu belgenin sağladığı haklardan faydalanamayacaklarını ifade etmiştir²⁰³. Şu halde, yapı kayıt belgesi alma şartlarına aykırı şekilde yapı kayıt belgesi alan kişilerin belgelerinin idare tarafından iptal edileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Yapı Kayıt Belgesinin İptalinin Hukuki Etkisi: Kaldırma mı, Geri Alma mı?

Yapı kayıt belgesinin iptali²⁰⁴, işlemin geri alınması mı²⁰⁵ yoksa kaldırılması²⁰⁶ şeklinde mi değerlendirilecektir? Yapı kayıt belgesi alınmasının, yıkım ve para cezalarının iptali gibi sonuçları göz önüne alındığında, bu sorunun cevabı daha önemli bir hal almaktadır.

Usul ve Esaslar'ın 8/2'inci maddesinde, “Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeye-

203 “Dava, Ankara Yenimahalle, Pamuklar Mahallesi, 1.Durakaltı No:96 adresindeki gecekonduya yönelik düzenlenen tapu tahsis belgesi karşılığı tapu senedi verilmesi istemi ile yapılan başvurunun reddine ilişkin 20.04.2007 günlü, 3128 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, 01.06.1983 tarihinde yapılan başvurunun başvuru tarihinde ölü olan Sadık Bilal adına yapıldığı anlaşıldığından, ölü kişi adına yapılan imar affı başvurusu geçerli kabul edilerek işlem yapılması olanaklı olmadığı gibi tapu tahsis belgesi verilmiş olsa dahi ilgililer açısından kazanılmış hak oluşturmayacağından hak sahibi olmayan davacılar hakkında tesis olunan işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir”. Danıştay 6.D.,05.10.2010 tarih, E.2008/11176 – K.2010/8760.

204 Yıldırım, “iptal” kavramını, idari işlemin ileriye etkili olarak kaldırılmasına karşılık olarak kullanmaktadır. Yıldırım, *İdari İşlemler*, s. 348.

205 “İdari işlemin geri alınması onun yapıldığı tarihten itibaren (ex tunc) hukuki hayattan silinmesi, çıkarılması demektir”. Turgut Tan, “İdari İşlemin Geri Alınması”, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 5.

cek yapılar için bu belgenin düzenlendiğinin tespit edilmesi durumunda, Yapı Kayıt Belgesi iptal edilir, bu belgenin sağlanmış olduğu haklar geri alınır,” denilmek suretiyle iptalin geri alma olarak değerlendirilmesi gerektiği ortaya konulmuştur.

Ancak gerek Usul ve Esaslar’ın 10’uncu maddesi kapsamında gerekse yapı kayıt belgesinin iptalini gerektirecek diğer nedenlerle verilecek iptal karar kararları için bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, yapı kayıt belgesi alma şartlarını taşımayan kişinin yapı kayıt belgesinin iptali, geriye etkili sonuç doğurmalıdır. Kişilerin yalan beyanları neticesinde hukuka aykırı şekilde tesis edilen bu işlemin tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması gerekmektedir. Aksi düşünüşte, aynı hukuka aykırılık nedeniyle, yargı kararı sebebiyle iptal olan yapı kayıt belgesi tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kalkarken; idarece iptal edilen yapı kayıt belgesinin ileriye etkili sonuç doğurması gibi bir durumu ortaya çıkaracaktır. Zira, bu belgenin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla idari yargı yerinde açılacak bir iptal davası neticesinde belgenin iptali halinde, bu karar işlemi tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıracaktır²⁰⁷. Öte yandan, iptal işleminin ileriye etkili olacağını düşünmek, kişilerin hukuka aykırı şekilde almış oldukları yapı kayıt belgesiyle, yapı hakkında tesis edilmiş yıkım, para cezası ve imara aykırılıklara bağlı tüm hukuki sonuçlardan kurtulacakları anlamına gelecektir. Böyle bir sonucu hukuken kabul etmeye olanak bulunmamaktadır.

C. Yapı Kayıt Belgesinin İptalinde Süre

Yapı kayıt belgesinin iptalinin herhangi bir süreye tabi olup olmadığı üzerinde ayrıca durulmalıdır. Konuya iki açıdan yaklaşılması yerinde olacaktır. Bunlardan ilki, üçüncü kişilerin dava açmak istemesi halinde süre; ikincisi ise, yapı kayıt belgesinin idarece geri alınmasında herhangi bir süre sınırının olup olmadığıdır.

İlk olarak, yapı kayıt belgesine karşı menfaati ihlal edilenler tarafından açılacak davalarda, dava açma süresinin başlangıcı tespit edilmelidir. Belgeye karşı üçüncü kişilerce açılacak davalarda dava açma süresi, belgenin düzenlendiğinin öğrenilmesinden başlayacaktır. Gerçekten de, idari işlemlerle dolaylı ilişkileri bulunan üçüncü kişilerin dava açma süreleri, işlemi öğrenme tarihinden başlamaktadır²⁰⁸.

206“(Yürürlükten kaldırma, idarenin bir işlemi ile, mevcut bir işleme, geçmişteki kazanımlara dokunmaksızın, sadece etkilerini geleceğe dönük olarak kaldırarak biçimde son vermesi demektir”. Bülbül, *Yürürlükten Kaldırılması*, s. 4.

207 İptal kararlarının sonuçları hakkında bkz. Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

208 Taner Ayanoğlu, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 109.

Bunun dışında kişiler, belgenin varlığını öğrendikten sonra, belgeye karşı doğrudan dava açmak yerine, belgenin iptali için idareye başvuru yapabilecek ve bu başvurunun reddi halinde de dava açılacaklardır. Bu bir idari başvurudur²⁰⁹. Bu başvuru, kişilerin hakkında bir işlem tesis edilmesi amacıyla İYUK m.10 kapsamında yaptıkları bir başvuru olarak değil; işlemin geri alınması/iptali istemiyle gerçekleştirilen İYUK m.11 kapsamındaki başvuru olarak nitelendirilmelidir²¹⁰. Böylece İYUK m.11'in hukuki rejimine²¹¹ tabi olacak ve üst makama²¹² yapılacaktır. İdari işlemi yapmaya (yapı kayıt belgesi vermeye) yetkili makam olarak Çevre ve Şehircilik İl Müdürlükleri tespit edildiği için²¹³; burada itiraz valiliklere yapılacaktır. Bu durumda, öğrenmeyle başlayan dava açma süresi duracak; başvurunun zimnen ya da açıkça reddi halinde kaldığı yerden devam edecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yapı kayıt belgesinin iptali, geri almaya karşılık gelecek şekilde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, hukuka aykırı olarak tesis edilen bu işlemin idarece geri alınmasında herhangi bir süre bulunup bulunmadığı hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, belirli bir sürenin geçmesi işlemde var olan hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır²¹⁴. Bu nedenle bir hukuk devletinde hukuka aykırı işlemlerin her zaman geri alınması gerektiği; bu sayede hukuka uygunluğun sağlanabileceği ifade edilebilecektir. Ancak bu durumda, kişiler için hak yaratmış idari işlemlerin geri alınması nede-

209 İdari Başvuru: “Kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları İdare Hukukuna ilişkin başvurular”. Ramazan Yıldırım, *İdari Başvurular*, 2. Bası , Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 30.

210 Ayanoğlu, s. 117.

211 Başvurunun geçerlilik şartları için bkz. Kaplan, s. 348 – 352.

212 Bu hususta bkz. Lutfi Duran, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, *İÜHF*, Cilt 12 , Sayı 1, 1946, s. 153-155.

213 Bu hususta bkz. “Yapı Kayıt Belgesi Vermeye Yetkili Makam” başlığı.

214 H. Eyüp Özdemir, “İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi”, Doç Dr. *Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, İstanbul, 2006, s. 1006.

215 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2018, s. 373-374. Hukuka aykırı idari işlemlerin hangi süre içerisinde geri alınabileceğine ilişkin doktrindeki değerlendirmeler, ölçütler ve yargı kararları için bkz. Tan, s. 116-130; Erguvan, s. 373-419. Hukuka aykırı işlemler sonucu kişiler için subjektif nitelikte bazı kazanımların doğması halinde, işlemin tesisinden itibaren uzun bir süre geçmesi halinde, işlemin geri alınmasına karşın idari istikrar gereği ortaya çıkan kazanımların korunması gerektiği yönündeki Danışta İBK'nun E.1952/15 sayılı Kararının değerlendirmesi hakkında bkz. Muhammed Göğün, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 246. İdari işlemin geri alınmasında idari istikrar hakkında bkz. Ahmet Cemil Soylu, “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari İşlemin Geri Alınmasında İdari İstikrar ve Hukuki Güvenlik İlkeleri”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

niyle hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilebilecektir. Bu nedenle kişiler için hak yaratan işlemlerin belirli bir süre zarfında geri alınabileceği²¹⁵; ancak idari işlemin, ilgilinin kolayca anlayabileceği derecede açık hatası, hilesi veya idari yanılması sonucu tesis edilmesi ya da yok hükmünde sayılacak derecede ağır ve açık hukuka aykırılık taşınması halinde süre kaydı olmaksızın, her zaman geri alınabileceği ifade edilmektedir²¹⁶. Şu halde, yapı kayıt belgesi, yapı malikinin gerçek dışı beyanıyla idareyi yanılması neticesinde alınmışsa, süre sınırı olmaksızın geri alınabilecektir²¹⁷.

D. Yapı Kayıt Belgesinin İptalinin Sonuçları

Yapı kayıt belgesinin iptal edilmesi, bazı hukuki sonuçları da beraberinde getirecektir. Aslında bu konu, idari işlemin geri alınmasının hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, idari işlemin geri alınması, işlemi yapıldığı tarihten itibaren yürürlükten kaldırmaktadır. Bu anlamda idari işlemin yargı kararıyla iptali ile idarece geri alınması arasında hukuki sonuçları bakımından büyük benzerlik bulunmaktadır²¹⁸. Şu halde, yapı kayıt belgesi ister idare tarafından isterse yargı kararıyla iptal edilmiş olsun, verildiği tarihten itibaren hukuk aleminden kalkacak; yapı kayıt belgesi verilmesinin tüm sonuçları²¹⁹ hukuk düzeninden -kendiliğinden ya da idarenin işlemleriyle- silinmek durumunda kalacaktır. Bu sonuçlardan bir kısmı nitelikleri gereği ileriye etkili olarak; diğer kısmı ise geriye etkili olarak hukuk düzeninden silinecektir. Yapı kayıt belgesine dayanılarak yapılan abonelikler ile verilen iş yeri açma ruhsatları ilkinde; ortadan kalkmış olan yıkım ve para cezası kararlarının yeniden icrasının söz konusu olması ikincisine örnek olarak verilebilir.

Bunun dışında Usul ve Esaslar'da da yapı kayıt belgesinin iptaline bağlanmış sonuçlar düzenlenmiştir. Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar için bu belgenin düzenlendiğinin tespit edilmesi durumunda, Yapı Kayıt Belgesi iptal edilecek; Yapı Kayıt Belgesi bedeli olarak yatırılmış olan bedel iade edilmeyecek ve belge düzenlenmesi safhasında yalan beyanda bulunan müracaat sahibi hak-

216 Turan Yıldırım, "İdari İşlemlerin İptali ve Geri Alınması", *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, İstanbul, 2003, s. 577. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 1973/14 sayılı kararında; idarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı işlemine idare edilenin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa veyahut geri alınan idari işlem yok denilebilecek derecede sakatsa yahut işlemde idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata mevcutsa ve idareyi haberdar etmemişse, bu işlemlerin her zaman geri alınabileceği, kabul edilmiştir. Danıştay İBK, 22.12.1973 tarih, E.1968/68 – K.1973/14.

217 "Hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri, ancak vatandaşların özellikle sahtekarlık boyutundaki hileli işlemlerin, hiçbir zaman korunmayacağını bildiği bir ortamda gerçek amacına ulaşabilir". Erguvan, s. 400.

218 Tan, s. 131.

219 Bu hususta bkz. "Yapı Kayıt Belgesi Alınmasının Sonuçları" başlığı.

kında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 206'ncı maddesinde düzenlenen "Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan"²²⁰ suçu uyarınca suç duyurusunda bulunulacaktır. (Usul ve Esaslar, Madde 8/2). Benzer düzenlemeye, Usul ve Esaslar'ın 10'uncu maddesinde de yer verilmiş; ancak burada, yapı malikine eksik ödenen bedelin tamamlaması imkanı tanınmıştır. Bedelin tamamlanmaması halinde ise, aynı sonuçlar bedeli öde(ye)meyen yapı maliki için de söz konusu olacaktır.

IX. Yapı Kayıt Belgesine Aykırılıkların Sonuçları

Yapı kayıt belgesi sahipleri, yapı kayıt belgesine konu yapıda, yapının belgede gösterildiği şekline aykırı nitelikte yapı inşa etmeleri halinde ne şekilde hareket edilecektir? Böyle bir durumda yapı kayıt belgesi iptal mi edilecektir? Bu soruya olumlu cevap vermek zordur. Zira ortada hukuka uygun şekilde alınmış bir yapı kayıt belgesi bulunmaktadır. Belgenin alınmasında aranan şartlarda herhangi bir eksiklik ya da yanlışlık yoktur. Burada hukuka aykırılık taşıyan yapı kayıt belgesi değil, belgeye aykırı olarak yapılan imalatlardır. Zira, Usul ve Esaslar'ın 6/7'inci maddesine göre, "Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarda ruhsat alınmaksızın yapılabilecek basit onarım ve tadilatlar yapılabilir". Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, yapı kayıt belgesi alınan yapılarda, ruhsata tabi imalatların yapılamayacağı; bu imalatlar için ruhsat düzenlenemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Şu halde, "Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir" ifadesini, "Yapı Kayıt Belgesi yapının yapı kayıt belgesinde gösterildiği şekliyle kullanım amacına yöneliktir" şeklinde anlamak gerekmektedir.

Peki ruhsata tabi olan imalatların yapılması halinde ne olacaktır? Mevzuatta buna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32'inci ve 42'inci maddeleri uygulama alanı bulacak mıdır?

İmar Kanunu'nun "Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar" başlıklı 32'inci maddesinde, "ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı"nın varlığı halinde inşaatın durdurulacağı ve yapının mühürleneceğinden bahsedilmektedir. Kanun'un "İdari müeyyideler" başlıklı 42'inci maddesinde ise, "Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fül ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır" denildikten sonra; "Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere

²²⁰Yapı kayıt belgesinin şekli, yalan beyanda bulunan yapı malikleri hakkında 5237 sayılı Kanunun "resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan" başlıklı 206'ncı maddesinde yer alan "bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi" ifadesindeki, "resmî belge" ve "kamu görevlisi" unsurlarını tartışmalı hale getirdiği hususundaki değerlendirmeler için bkz. "Yapı Kayıt Belgesinin Şekli" başlığı.

veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığın altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere (...) beşyüz Türk Lirasından az olmamak üzere, aşağıdaki şekilde hesaplanan idari para cezaları uygulanır” hükmü vazedilmiştir.

Görüldüğü üzere, 42’inci maddede “*Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapı*”nın sahibine ceza uygulanacağından bahsedilmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Usul ve Esaslar’ı imar mevzuatının bir parçası olarak kabul etmek gerekmektedir. Zira bu düzenleme, 3194 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesinin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılmıştır. Usul ve Esaslar’da yalnızca ruhsata tabi olmayan basit nitelikte imalatların yapılabileceğinin hüküm altına alınması, ruhsata tabi nitelikte yapı inşasının imar mevzuatına aykırı olarak nitelendirilmesi sonucunu beraberinde getirecektir. Öte yandan, yapı kayıt belgesinin hukuki niteliğinden²²¹ hareketle de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Hatırlanacağı üzere yapı kayıt belgesi, ruhsat ve/veya yapı kullanma izni niteliğini taşıyabilmekteydi. Şu halde, yapı kayıt belgesi alınan yapıda, belgeye aykırı nitelikte imalatlar yapılması halinde İmar Kanunu’nun anılan maddelerinin²²² uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

Peki yaptırım uygulanacak yapı maliki kimdir? Bir diğer ifadeyle yaptırımın muhatabı kim olacaktır? Muhatabın tespiti oldukça önemli bir konudur. Zira, hukuka aykırı yapı inşa etmenin ceza hukuku açısından ve yıkım masrafları noktasında önemli sonuçları olmaktadır. İlk bakışta bu sorunun cevabını vermek çok kolaydır. Kural olarak, yapı maliki olarak yapı kayıt sisteminde kayıtlı olan kişinin yaptırımın muhatabı olması doğaldır. Ancak yapı kayıt belgesinin devri halinde, yaptırım yine yapı kayıt sisteminde görülen ilk yapı maliki hakkında mı tesis edilecektir? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Burada imara aykırı yapıyı inşa eden kişi, yaptırımın muhatabı olmalıdır²²³. Ancak yapı kayıt belgesinin devri halinde, bu muhatabın doğru tespit edilememesi durumu söz konusu olabilecek; bu da tesis edilecek işlemlerin hukuka aykırı olması sonucunu beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle, Usul ve Esaslar’a, yapı kayıt

221 Bu hususta bkz. “Yapı Kayıt Belgesinin Hukuki Niteliği” başlığı.

222 Bu maddelerin uygulamasına ilişkin olarak bkz. Ayanoglu, *Yapı...*, s. 347-443.

223 Melikşah Yasin, *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2009, s. 60. Danıştay 14.Dairesi, “...3194 Sayılı İmar Kanunu’nun 32. maddesi uyarınca tesis edilen işlemlerin yapı sahibi adına alınması gerektiğinin anılan Yasa’da düzenlendiği, Anayasa Mahkemesince de yapı sahibinden inşai faaliyeti gerçekleştiren kişilerin anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtildiği...”ni ifade etmektedir. Danıştay 14.Daire, 13.05.2015 tarih, E.2013/9309 – K.2015/3894. Aynı yönde bkz. Danıştay 6.Dairesi, 24.12.1992 tarih, E.1991/2852 – K.1992/5184; Danıştay 6.Dairesi, 29.01.1992 tarih, E.1991/1593 – K. 1992/377.

belgesinin devri halinde, devreden yapı malikine bu hususu bildirme yükümlülüğünü ihtiva eden bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır. Böylece idare, hak sahibini rahatlıkla tespit edebilecektir.

X. Sonuç

İdarenin hukuki olmayan nedenlerle hukuku uygulamaktan imtina etmesi, imar mevzuatına aykırı nitelikteki yapıların imar düzeni içerisinde uzun süre muhafaza edilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu süre uzadıkça da, söz konusu fiili durum, önce normalleşmeye, sonra bu normalleşen hukuka aykırılıkların hukukileştirilmesi gereğine doğru yol almakta ve en sonunda bir imar affı yasası karşımıza çıkmaktadır. Bu aşamalardan geçerek karşımıza çıkan son kanun olan İmar Barışı Kanunu, belki de geçmiş uygulamalar içerisinde en geniş kapsama sahip olandır. Kanun'un öngördüğü imkanlardan faydalanmak için yapı kayıt belgesi alınması gerekmektedir. Bu belgenin alınması için aranan şartların son derece basit nitelikte olması - tek şartın yapı kayıt belgesi bedelinin ödenmesinden ibaret olduğu söylenebilir- ve belgenin beyan üzerine alınabilmesi, neredeyse "her evde bir yapı kayıt belgesi" bulunması sonucuna yol açmıştır. Bu husus, yapı kayıt belgesine ilişkin mevzuatın diğer imar affı yasalarına nazaran çerçeve nitelikte olmasıyla birlikte düşünüldüğünde, -sadece bu sebepten dolayı dahi- ortaya çıkabilecek hukuki problemleri öngörmek hiç de zor olmamaktadır. Nitekim bu çalışmada da, halihazırda ziyadesiyle bozuk olan imar düzeninin, İmar Barışı Kanunu'nun beraberinde getireceği hukuki problemlerle birlikte nasıl içinden çıkılmaz bir hal alacağı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu problemlerden bir kısmının sonucu özel hukuk alanında doğanların tespitiyle yetinilmiş; konuyla ilgili çalışma yapacak olanlara bir nevi yol gösterilmek istenmiştir. Yapı kayıt belgesine ilişkin mevzuat sebebiyle mevcut ve müstakbel sorunlardan, sonuçları idare hukuku alanında doğanlar açısından ise bazı çözüm önerileri getirilmiştir.

Aslında yapı kayıt belgesiyle ilgili doğacak tüm sorunların temelinde, yapı kayıt belgesinin beyan üzerinden alınmasının yattığının söylemek yanlış olmayacaktır. Zira İmar Barışı Kanunu, kişilerin çoğu teknik nitelik arz eden beyanları üzerinde -bazı istisnai hallerde istenilen belgeler haricinde- herhangi bir şekilde idarenin a priori denetim yapmasına ilişkin bir mekanizma öngörmemektedir. Bu nedenle, imar Barışı Kanunu ve Usul ve Esaslar'ın öngördüğü denetim şeklinin yapı kayıt belgesi alınmasından sonra, a posteriori denetim olduğu söylenebilecektir. Nitekim İmar Barışı Kanunu'nun amacı ve mevzuat dikkatle incelendiğinde, öncelikli hedefin hızlı bir şekilde imara aykırı yapıların kayıt altına alınması sağlanarak, mali kaynak yaratılması olduğu görülmektedir. Bu nedenle, kişilerin imara aykırı nitelikteki yapıları üzerindeki denetim faaliyeti, yapı kayıt

belgesinin alınmasından sonra bırakılmıştır.

Bu denetim şeklinin bilinçli bir tercih olduğunu söylemek mümkündür. Zira, kanun koyucunun yapı kayıt belgesi alınmasını çok basit bir usule bağlaması da bu tercihin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu sayede, kişiler yapı kayıt sistemine kendi iradeleriyle, hiçbir zorlukla karşılaşmadan, büyük bir mutlulukla girmiş; yapılarını ve kendilerini kayıt altına aldırılmışlardır. Yapı kayıt belgesinin alınması için verilen tüm bilgiler –yapının depreme dayanıklılığı dahi- kendi sorumluluklarındadır. İdare, kişilerin bu sorumluluğu gereği gibi yerine getiremediklerini tespit etmesi halinde, onları bu yönde hareket etmeye zorlayacak hukuکی imkanlara sahiptir. Bu imkanlar, Usul ve Esaslar’ın yanı sıra, diğer mevzuat hükümleri ile idari yargı içtihatlarına dayanabilmektedir. Bu imkanlardan, eksik yatırılan paranın tamamlanma zorunluluğu Usul ve Esaslar’a; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun kapsamı genişletilerek ecrimisil alınacak taşınmazların özel bütçeli idareleri de kapsayacak hale getirilmesi diğer mevzuat hükümlerine; yapı kayıt belgesinin beyan üzerine alınmasının öngörülmesi ve hatalı beyan halinde idari işlemin “gerçeğe aykırı beyan” sonucunda tesis edilmiş olması nedeniyle süre sınırı olmadan geri alınabilecek olması idari yargı içtihatlarına örnek olarak verilebilir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere idare, yapacağı a *posteriori* denetime uygun araçlarla donatılmıştır.

İdarece -ya da idari yargı tarafından- yapılacak bu denetimde, öncelikle, kişilerin yapı kayıt belgesi alma şartlarını sağlayıp sağlamadıkları hususu üzerinde durulacağına kuşku yoktur. Bu şartların yokluğu, yapı kayıt belgesinin iptali sonucunu da beraberinde getirecektir.

İdarenin bu denetimi ne denli yerine getire(bile)ceği ise ayrı bir konudur. Burada idarenin yeterli personelinin yokluğu gibi objektif nitelikli sorunların yanı sıra, siyasi ya da kişisel nedenlerle yine hukukun uygulanmasından imtina edilmesiyle karşılaşılma ihtimali mevcuttur. Bunun sonucunu ise tahmin etmek hiç de zor değildir: yeni bir imar affı kanunu.

KAYNAKLAR

- Aksay, Behlül, *Hukuki Açından Arazi ve Arsa Düzenlemesi*, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2005.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2018.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yay., Ankara, 2000.
- Ayanoğlu, Taner, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- Ayanoğlu, Taner, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Aybay, Aydın, “İmar Affı”, *Tapu ve Kadastro Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 1989.
- Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukuku: Genel Konular*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970.
- Bülbül, Erdoğan, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta Yay., İstanbul, 2010.
- Bülbül, Erdoğan, *Kamu İştirakleri*, Beta Yay., İstanbul, 2004.
- Can, Emre, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2016.
- Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yay., Ankara, 2017.
- Demiroğlu, Kemal, *6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkındaki Kanunu'nun Şerh ve İzahı*, Örnek Matbaası, Ankara, 1954.
- Duran, Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, *İÜHFİM*, Cilt 12, Sayı 1, 1946.
- Duran, Lütfi, “Kamusal Malların Ölçütü”, *AİD*, Cilt 19, Sayı 3, 1986.
- Erbaş, İkbâl, “Kimileri İçin Bir Fırsat, Kent İçin İse Bir Tehdit: İmar Barışı”, *Mimarlık*, Sayı 403, Eylül-Ekim 2018.
- Eren, Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 23. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2018.
- Erguvan, Derya Deviner, *İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası*, Adalet Yay., Ankara, 2017.
- Erkut, Celal, “İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin. Kimliği”, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.
- Göçgün, Muhammed, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- Gökçen, Ahmet, *Belgede Sahtecilik Suçları*, Adalet Yay., 5. Baskı, Ankara, 2018.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2018.
- Gözler, Kemal, *Mahalli İdareler Hukuku*, Ekin Yay., Bursa, 2018.
- Gözler, Kemal, *Yorum İlkeleri*, www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf., (02.11.2018).
- Gülan, Aydın, “Kamu Malları”, *Gün Işığında Yönetim*, İl Han Özyay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Gülan, Aydın, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Yay., İstanbul, 1999.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yay., Ankara, 2011.
- Gündüz, F.Ebru, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yay., Ankara, 2016.
- İşbir, Begüm, *Kamu Tüzel Kişiliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Kalabalık, Halil, *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, Sayram Yay., Konya, 2014.

- Kalabalık, Halil, *İmar Barışı*, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku*, Seçkin Yay., 8. Baskı, Ankara, 2017.
- Kaman, Nur, “Kamu Malları”, *İdare Hukuku*, Ed.: Turan Yıldırım, 7. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- Kaplan, Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yay., 2. Bası, Bursa, 2017.
- Karahanoğulları, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Keleş; Ruşen, *Kentleşme Politikası*, İmge Yay., Ankara, 1990.
- Kızıl Erkelli, Neşe, “2981 Sayılı İmar Affı Kanunu ve Bu Kanuna Dayanılarak Kurulan Yeminli Özel Teknik Büroların Faaliyeti”, *İHİD*, Cilt 4, Sayı 1-3, 1983.
- Köroğlu, Ömer, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- Nomer, Haluk, “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikler Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 55, Sayı 3, 1997.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda ‘E-Devlet’ Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2010.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Hakk Beklenti Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara, 2003.
- Özdemir, H. Eyüp, “İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi”, *Doç Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, İstanbul, 2006.
- Sancakdar, Oğuz; Us, Eser; Kasapoğlu Turhan, Mine; Önüt, Lale Burcu; Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku*, Seçkin Yay., 6. Baskı, Ankara, 2017.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem, “Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü”, *TBB Dergisi*, Sayı 134, 2018.
- Sezer, Yasin, “Kamu Mallarında Ecrimisil”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 108, Ankara, 2004.
- Soylu, Ahmet Cemil, “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari İşlemin Geri Alınmasında İdari İstikrar ve Hukuki Güvenlik İlkeleri”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Tan, Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Tan, Turgut, “İdari İşlemin Geri Alınması”, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Tavaş, İbrahim Halil, “Meclis Soruşturmasında Hukuki Nitelik Sorunu”, *Yasama*, Sayı 3, Ekim-Kasım-Aralık 2006.
- Tercan, Binalı, “1948’den Bugüne İmar Afları”, *Mimarlık*, Sayı 403, Eylül-Ekim 2018.
- Uler, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Ulusoy, Ali, *Türk İdare Hukuku*, Cilt I, Yetkin Yay., Ankara, 2017.
- Üstün, Gül, *İdare Hukuku Boyutuyla 6182 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamaların Görev Sorunu*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- Yasin, Melikşah, *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2009.
- Yaşar, Hasan Nuri, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

- Yaşar, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, 3. Basım, Der Yay., İstanbul, 2016.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2010.
- Yıldırım, Ramazan, *İdari Başvurular*, 2. Bası , Mimoza Yayınları, Konya, 2006.
- Yıldırım, Turan, “İdari İşlemler”, *İdare Hukuku*, Ed.: Turan YILDIRIM, 7. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- Yıldırım, Turan, “İdari İşlemlerin İptali ve Geri Alınması”, *Yıldızhan Yayla’ya Armağan*, İstanbul, 2003.
- Yıldırım, Turan, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, *İdare Hukuku*, Ed.: Turan YILDIRIM, 7. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- Yılmaz, Dilşat, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Astana Yay., Ankara, 2014.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Yetkin Yay., Ankara, 2012.
- Zevkliler, Aydın, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara, 1982.

ÖZ

Yapı kayıt belgesi, “*İmar Barışı Kanunu*” olarak da adlandırılan, 3194 sayılı İmar Kanunu’na eklenen Geçici Madde 16 ile hukuk literatürümüze girmiş yeni bir belge türüdür. Bu belgeyle, mali yükümlülükleri yerine getirilmeden yapılmış kaçak yapıların, kayıt altına alınması; *kişiler ile Devlet arasında imar barışı yapılması* amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda yapı kayıt belgesi alınabilecek yapıların kapsamı geniş; şartları sınırlı tutularak beyan üzerine yapı kayıt belgesi alınmasına imkan tanınmıştır. Bu durum, kanunun amacıyla uyumlu gözükse de, bilerek ya da bilmeyerek yanlış uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu yanlış uygulamaların her biri hukuki problem çıkarmaya adaydır. Bu ihtimali azaltmak veya sorun çıktığında yol gösterme adına çalışmada, yapı kayıt belgesinin alınma şartları, hukuki niteliği, beraberinde getirdiği sonuçlar, iptali ile belgeye ilişkin izaha muhtaç diğer hususlar bütüncül bir anlayışla ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: imar barışı, imar barışı kanunu, imar kanunu, geçici 16.madde, yapı kayıt belgesi, imar affı.

Türkiye’de Koruma Altındaki Yabani Hayvanların Vermiş Olduğu Zararlardan İdarenin Hukuki Sorumluluğu*

Administrative Liability for Damages Caused by Protected Wild Animals in Turkey

Yavuz GÜLOĞLU**

ABSTRACT

The conception that animals should be protected by law tops the agenda as people are becoming more and more vulnerable to the adverse effects of global warming disturbing the balance of nature. Turkey has signed numerous international conventions for the protection of nature and wildlife. The objective of these conventions, especially for the protection of endangered species, is to restore the natural balance. With the signing of both national and international conventions, the State has assumed the responsibility to protect wild animals. Legal regulations on animals are mostly one-dimensional and fall short of protecting animals. Besides, those regulations mostly concern the protection of animals and their habitats. Yet, animals sometimes cause damages to humans and their properties as well. The issues of regulations prohibiting any action that may cause damage to wildlife species and compensation for property damage and bodily injury caused by wild animals fall under the scope of public law.

This study concerns the issue of compensation for property damage and bodily injury caused by wild animals. It addresses the legal status of animals, the exploitation and protection of animals, liability in private law for damages caused by pets, and liability and compensation for damages caused by wild animals. The aim of this study is to determine the framework of the principles of administrative liability for damages caused by wild animals.

Keywords: wildlife, compensation, administrative liability.

Giriş

Belli bir alanda yaşayan canlılarla hava, su, toprak, mineral gibi cansız çevreyi tanımlayan bütüne ekosistem denmektedir. Canlıların yaşam alanını sürdürmesi için gerekli besin, dinlenmek, uyumak, saklanmak ve üremek için yaşam alanı ve kendi

* Makale gönderim tarihi: 13.12.2018. Makale kabul tarihi: 17.12.2018. Yavuz Güloğlu, “Türkiye’de Koruma Altındaki Yabani Hayvanların Vermiş Olduğu Zararlardan İdarenin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 93-124.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Siyaset ve Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: yavuzguloglu@kastamonu.edu.tr.

türünden ya da diğer türlerden organizmalar, bir ekosistemin bileşenlerini oluşturmaktadır.¹ Yeryüzünde bakterilerden mantarlara, bitkilerden hayvanlara kadar milyonlarca canlı türü biyolojik çeşitliliği oluşturmaktadır.² Biyolojik çeşitlilik, yeryüzündeki canlı varlıkların tür çeşitliliğinin yanı sıra, genetik çeşitliliği ve habitatların (doğal yaşam alanları) çeşitliliğini de ifade etmek için kullanılmaktadır.³ Dünyadaki bitki ve diğer canlılar bakımından oldukça yüksek bir endemizm oranına sahip olan Türkiye, biyolojik çeşitlilik bakımından da zengin bir potansiyele sahiptir. Türkiye 5137 metre yüksekliğe kadar uzanan farklı yapılarıdaki yer şekilleri, 80 bin hayvan türüne ev sahipliği yapan Avrupa ve Asya arasında köprü konumunda bir ülkedir.⁴

Doğal yetişme koşullarında yaşayan evcil olmayan tüm memeli hayvanlar, kuşlar, sürüngenler ve diğer yaratıkların kültüre alınmamış bitki türleriyle tüm bu canlıların yaşam ortamları yaban hayatını oluşturmaktadır.⁵ Yabani hayvanlar, “doğada serbest yaşayan evcilleştirilmemiş ve kültüre alınmamış omurgalı ve omurgasız hayvanlar” olarak tanımlanmaktadır.⁶ Yaban hayatı kaynakları yeryüzünü ekosisteminin önemli parçalarından birini oluşturmakta, yaban hayatının da bir bileşeni olması ve hayvan türleri ile birebir bağlantısı olması nedeniyle çevre kavramının unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir.⁷

Dünyada yaşayan bir türün yok olması, ona bağımlı olarak yaşayan diğer türleri de etkilemektedir. Günümüzde genel olarak hayvan ve bitki popülasyonlarının ve yaşam alanlarının yıllık ortalama kaybındaki hız %1 leri bulmaktadır.⁸

- 1 Necmeddin Çepel, “Ekosistem Kavramı, Ekosistem Analizleri ve Bir Ekosistem Analizi Modelinin Geliştirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, Seri B, Cilt 26, 1976, s. 34-59.
- 2 Yavuz Güloğlu, “National and International Conservation of Biological Diversity in Terms of Administrative Law “Sample of Turkey””, *Genetic Diversity*, Ed. Lidija Bitz, InTech, Finland, 2017. Available from: <https://www.intechopen.com/books/genetic-diversity>.
- 3 Ahmet M. Güneş, “Biyolojik Çeşitliliğin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 85, 2009, s. 35-85.
- 4 Dünyadaki kuş türlerinin tahminen onda biri, memeli hayvanların yaklaşık dörtte biri, bitki türlerinin ise takriben %70'i yok olma tehlikesi altındadır. Türkiye karasal, sucul ve denizel omurgasızlar bakımından oldukça zengin bir ülke olup, sahip olduğu 694 balık türünün 252'si Dünya Koruma Birliğinin (IUCN) kırmızı listesinde bulunmaktadır. İç su balıklarının 61'i endemiktir. Türkiye'de bulunan 164 amfibi ve sürüngen 10 amfibi türü ve 17 sürüngen türü endemik türdedir. Ülkede yaşayan 476 kuş türünün üçü kritik tehdit altında, beşi tehdit altında, sekizi hassas ve onyedisi tehlikeye düşebilir statüde, 169 memeli türün 9 tanesi endemik türdedir.
- 5 Tuğrul Mol, *Yaban Hayatı*, İ.Ü. Orman Fakültesi Yayını, Yayın no: 489, İstanbul, 2006, s. 2.
- 6 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 3. maddesinin h. bendi.
- 7 Ruşen Keleş, *100 Soruda Çevre, Çevre Sorunları ve Çevre Politikası*, Yakın Kitabevi, 2013 s. 23, Yusuf Güneş, “Av Ve Yaban Hayatına Karşı İşlenen Suçlar Ve Kabahatler: Mukayeseli Hukuka Dayanan Bir Analiz”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, Seri A, Cilt 59, Sayı 2, s. 16.
- 8 Andrew Balmford, Rhys E. Green, Martin Jenkins, “Measuring the changing state of nature”, *Trends in Ecology & Evolution*, Vol. 18, No. 7, 2003, 326-330.

Son yıllarda canlı türleri ve sayıları üzerinde aşırı zararlar oluşmaya başlaması ve birçok türün ortadan kaybolmasıyla birlikte yaban hayatında yaşayan canlıların ve yaşam alanlarının korunması konusu önem kazanmıştır.⁹

Yabani hayvanlar ekosistemde yeterli besin maddesi bulamaması, yaşam alanının daralması¹⁰ yani habitat kaybı ve parçalanması, orman alanlarının sürekli azalması, orman parçaları arasındaki bağlantının zayıflaması gibi sebeplerle doğal yaşam ortamlarından ayrılarak insanların yaşadığı alanlara inmekte tarım alanlarına ve bazen de insanlara zarar vermektedir.¹¹

Özel hukukta hayvan sahibi, hayvanın içgüdüsel hareketleri nedeniyle verdiği zarardan sübjektif olarak hatalı bir davranışta bulunmasa dahi, gözetim ödevini yerine getirmediğinden dolayı objektif olarak sorumlu tutulmasına karşın yabani hayvanların vermiş olduğu zararın tazminine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yabani hayvanların vermiş olduğu zararların tazmini ve sorumluluk konusu Türk hukuk sistemi içerisinde bilinmeyen ve yargı kararlarına yeni yansımaya başlayan bir konudur.

I. Hayvanların Hukuk Düzeni İçindeki Yeri

İnsanların hayvanlarla olan bağında meydana gelen değişim, zaman içinde hayvanın hukukî statüsü hakkında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Dünyada zamandan zamana, toplumdaki topluma değişen bir evcil hayvan kavramı söz konusu olduğu gibi; sayı ve tür bakımından çoğunluğunu evcil

-
- 9 Nur Belkayalı, "Identifying and Assessing Visitor Impacts And Attitudes: A Case Study in the Kure Mountains National Park". *Fresenius Environmental Bulletin*, Vol. 24, No. 9a, 2015, 3044-3056. Nur Belkayalı, Merve Damla Kesimoğlu, "The Stakeholders' Point of View about the Impact of Recreational and Tourism Activities on Natural Protected Area: A Case Study From Kure Mountains National Park, Turkey", *Biotechnology & Biotechnological Equipment*, Vol. 29, No. 6, 2015, 1092-1103. Doi: 10.1080/13102818.2015.1072054.
- 10 Nur Belkayalı, Yavuz Güloğlu, Hakan Şevik, "What affects perceptions of local residents toward protected areas? A case study from Kure Mountains National Park, Turkey", *International Journal of Sustainable Development & World Ecology*, Vol. 23, No. 2, 2016, 194-202, DOI: 10.1080/13504509.2015.1098743. Belkayalı, Identifying and Assessing Visitor Impacts and Attitudes, 3044-3056. Belkayalı, Kesimoğlu, The Stakeholders' Point of View about the Impact of Recreational and Tourism Activities on Natural Protected Area. I. Çakci, N. Belkayalı, İ. Talay, "Cultural landscapes and landscape change: a case from Turkey-Gökçeada (Imbros) island", *Landscape Approaches for Ecosystem Management in Mediterranean Islands*, Ed.: Elisabeth Conrad, Louis F. Cassar, Institute of Earth Systems, University of Malta, 2012, ISBN: 978-99957-812-1-7, Chapter 6, p: 55-67. Yavuz Güloğlu, Nur Belkayalı, Hakan Şevik, "Determination of the Knowledge Levels of Local People Regarding Protected Area Legislation: "Küre Mountains National Park Sample". *Journal of Gazi University Law Faculty*, Vol. 21, No. 3, 247-275, 2017. Yavuz Güloğlu, Nur Belkayalı, "The Effects of Supreme Courts' Decisions on Environmental Protection in Turkey", *National Conference on Ecosystem Restoration*, April 18-22, 85. Coral Springs, Florida, 2016.
- 11 PC. Paguet, CT Darimont, "Wildlife conservation and animal welfare: two sides of the same coin", *Animal Welfare*, Vol. 19, No. 2, 2010, 177-190, ISSN 0962-7286, s.178.

olmayan yabani hayvanların oluşturduğu büyük bir hayvan kitlesi bulunmakta ve birçoğu nesli tükenmekte olan vahşi hayvanların korunması gereksinimi, evcil hayvanlara göre daha büyük önem arz etmektedir.¹²

Hayvanlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler, hayvanı hukuk öznesi haline getirmemekte ancak, hayvanın korunması gereken bir nesne olmasına imkan sağlamaktadır. Hayvanın eşya olma niteliği, hayvanları koruma amacı ile örtüş-tüğü ölçüde mümkündür. Hayvanlar için oluşturulan hukuksal konum, hayvan hakkına dayalı bir hukuk değil; hayvanları koruma hukukudur. Hayvan ile kurulan duygusal bağ dolayısıyla, sonuçta korunan yine insan olmaktadır¹³.

Mer'i hukuk düzeni içerisinde eşyanın canlı ya da cansız olması bakımından bir ayırım yapılmamakta ve hayvanlar, taşınır bir eşya olarak kabul edilmektedir.¹⁴ Yakalanan vahşi hayvanlar sahipsiz mal kabul edilmekte, hayvanın zilyetliğini ilk ele geçiren, onun üzerinde hak sahibi olmaktadır¹⁵.

II. Hayvanlardan Yararlanma

Hayvanlardan et, süt, yumurta, bal, deri, yün, bağırsak, sakatat gibi semerelerle yenilebilen iç organlar, tırnak, kıl, tüy, boynuz, kan, kemik ve gübre gibi ürünler elde edilmek suretiyle birçok yönden faydalanılmaktadır. İnsanın yaratılışı ile birlikte çevresindeki canlılardan türlü şekillerde yararlanmaya başlaması hemen hemen aynı zamana tekabül etmektedir. Avcılıkta bu yararlanma şekillerinden birisidir. Yaban hayatının bir parçası olarak, yaban hayvanlarından avlanmaya konu olan hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen avcılık faaliyeti ile av kaynaklarının korunması, geliştirilmesi ve kullanılması çerçevesinde cereyan eden tüm faaliyetlerin oluşturduğu bütüne av hayatı denmektedir. Ancak her insan davranışına getirilen doğru sınırlamada olduğu gibi avlanma faaliyetlerine de bir tahdit çizilmektedir. Zira bu yararlanma biçimine sınırlama getirilmediği takdirde zaten birçok etkene bağlı olarak canlı çeşitliliğinde meydana gelen eksilme ile birlikte aşırı avlanma sonucu canlı türlerinin sayısında önemli ölçüde azalma olmaktadır. Hayvanların korunması ve onlardan yararlanmaya yönelik sınırlamalar yasal düzenlemelerle yapıldığı gibi diğer sosyal düzen kuralları da bu korumaya yardım etmektedir.

12 Cengiz Koçhisarlıoğlu, Özlem Söğütlü Erişgin, "Hayvanın Hukuki Konumu", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler e Armağan*, Cilt 8, Özel Sayı, Cilt 2, İzmir, 2013, s. 1695.

13 Aytekin Aybay, Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 147.

14 Sahiplenme ile hak kazanılabilmesi için hayvanın sahipsiz olması, sahibi tarafından terk edilmiş ya da hiçbir zaman sahibi bulunmamış olması gerekli olup, sahibi tespit edilemeyen hayvan buluntu yolu ile iktisap edilebilir. Şeref Ertuş, *Eşya Hukuku*, Barış Yay., İzmir, 2015, s. 490-491.

15 Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 4. Baskı, Konya 2012, s. 521-522.

İslam dininde avcılık, icmâ ile mübâh kabul edilmesine rağmen diğer kazanç yolları daha faziletli kabul edilmiştir.¹⁶ Yaratıklara karşı şefkat duygusunu azalttığından ve kalbe katılık vermesinden ötürü zevk ve eğlence için avlanmak uygun görülmemiştir.¹⁷ Hazreti Peygamber de boş yere hayvan öldürmeyi uygun bulmamıştır.¹⁸

Dünyada avcılık faaliyetleri artmakta ve yaban hayatında yaşayan hayvanların sayısında önemli ölçüde azalmalar yaşanmakta ve dünya üzerinde yaşayan birçok hayvan ya nesli tükenme tehlikesiyle karşı karşıya kalmakta ya da bugün bazı türler artık yaşanamamaktadır. Bu tehlikeler karşısında sınırsız ve sorumsuz yararlanmayı önlemek için dünyada ve ülkemizde evcil hayvanların ve yaban hayatının korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmaktadır.

Son yıllarda toplumsal düzeyde duygusal ve politik bir sorun haline gelen hayvanların refahı¹⁹ konusu yani hayvanların buldukları çevrede rahatsızlık duymadan yaşayabilmeleri bilim, etik ve estetik yönlerden ele alınmaktadır.²⁰

A. Evcil Hayvanlardan Yararlanma

Evcil hayvan, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 3. maddesine göre insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanlar olarak tanımlanmaktadır. Aynı kanunda ev ve süs hayvanı ise insanlar tarafından evde, işyerlerinde arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla korunan, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan olarak tanımlanmaktadır. Sahipsiz hayvanlar ise barınacak yeri olmayan herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da denetimi altında olmayan hayvanlar olarak tanımlanmaktadır. Çiftlik hayvanları ürününden ve hizmetinden yararlanmak üzere bakılan ve yetiştirilen hayvanlardır. Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği hükümlerine göre gıda amacıyla kesimi yapılan çiftlik hayvanlarının bakımı, beslenmesi, nakliyesi ve kesimi esnasında hayvanların refahı ve güvenliğinin sağlanması zorunludur. Ticari amaçla kasaplık hayvanlar mezbaha, et kombinası veya kapalı hayvan kesim yerlerinde yapılmak kaydıyla kesilebilir. Ancak köylerde zati ihtiyaç ve köy tüketimi için yapılacak kesimler ve kurbanlık kesimler konusunda bu çeşit bir sınırlama bu-

16 Merginânî, Ebû'l-Hasan Burhanuddin Ali b. Ebû Bekr, el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, Eda Neşriyat, İstanbul 1991, II, 204; Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, el-Mebşüt, Darü'l-Ma'rife, Beyrut 1989, XI, 220.

17 Ömer Nasuhi Bilmen, *Büyük İslam İlmihali*, Bilmen Yayınevi, Ankara, 1991, s. 427.

18 Nesâî, Sünen, Dahâyâ, 43, 4535.

19 C.H.B. Smith, "Veterinarians and Animal Welfare - A New Zealand Perspective", *Applied Animal Behaviour Science*, Vol. 59, No. 1, 207-218, DOI: 10.1016/S0168-1591(98)00135-X

20 Ahmet A. Antalyalı, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Hayvan Refahı Uygulamaları*, AB Uzmanlık Tezi, T.C. Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2007, s.1.

lanmamaktadır. Hayvanlardan yararlanırken hayvanların bakımı, beslenmesi, yetiştirilmesi, nakliyesi ve kesimi esnasında ağrı, acı ve ızdıraptan uzak tutularak refahları sağlanmalıdır. Evcil hayvanlardan kanunda öngörülen sınırlamalarla yararlanmak serbesttir.

B. Yabani Hayvanlardan Yararlanma

Dünyada yaşayan bütün hayvanlar yaşama hakkına sahiptir. Yabani hayvanlarının yaşam alanlarından koparılmaması, doğada serbestçe yaşayan bir hayvanın yakalanarak özgürlüğünden mahrum bırakılmaması, hayvanların türüne özgü şartlarda bakılması ve beslenmesi temel esastır. Hayvanları Koruma Kanununu yabani hayvanların sahiplenilmemesini benimsemesine rağmen bu konuda açık bir yasak getirmemiştir. Öte yandan koruma kanunu, koruma yönünden gerekli düzenlemeleri yapmamış, yabani hayvanların ticaretine ilişkin düzenlemeleri yönetmeliğe bırakmıştır.²¹

Yabani hayvanlardan, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanununun 5. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre²², belirlenen miktardan fazla veya avlanma süreleri dışında avlanmak yasaktır. Maddede belirtilen av miktarı ve avlanma sürelerini kamu avlakları için belirleme yetkisi Merkez Av Komisyonu'na, özel avlaklar ve örnek avlaklar için ise Bakanlığa verilmiştir. Ancak burada şunu vurgulamak gerekir ki avlanan her hayvan değil, ilgili mevzuatın avlanmasına izin verdiği hayvanlar av hayvanı olabilir.²³

Kara Avcılığı Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, koruma altında olmayan yaban hayvanlarının, avlanmanın yasaklandığı gün ve sürelerde; tarım alanları ile besi ve yaban hayvanlarına zarar verecek sayıda çoğalmaları veya bulaşıcı hastalık taşıdıklarının tespiti durumunda, belli sayıda av hayvanının avlatılmasına Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğüne izin verilebilir. Kara Avcılığı Kanununun 12. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, özel avlaklarda avlanmak avlak sahibinin, Devlet avlakları, genel avlaklar ve örnek avlaklarda avlanmak Bakanlığın iznine bağlıdır.

Av ve yaban hayvanlarının çoğaldığı ve zararlı olduğu haller istisna olup bu hallerde avlanmaya Bakanlıkça izin verilebilir. Ayrıca, yaban hayatı geliştirme sahası, yaban hayatı geliştirme sahası ve üretme istasyonlarında ise özel avlanma planlarına göre Bakanlıkça verilecek izinle avlanılabilir.²⁴

21 Emre Cumahoğlu, "Medeni Hukukta Hayvan Hakları Ve Hayvanlar Üzerindeki Hak", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 573-610. s. 607.

22 Md. 5/1,2, Md. 21/1.

23 Cumalioğlu, s. 602.

24 Güneş, s.16.

Avlanan hayvanların taşınması ve avlanma gayesi dışında mücadele kapsamında ve kişilerin kendilerini, tarlalarını ve sürülerini korumak maksadıyla avlamlarda avcılık belgesi ve avlanma izni olmadan avlanmada kullanılan silahları ve araçları taşıma veya köpek bulundurma ile eğitilmiş hayvanlarla ve avlanma zamanı dışında avlanma esasları Merkez Av Komisyonunca tespit edilir. Bu esas ve usullere aykırı şekilde avlanılamaz.

III. Hayvanların Korunması

Hayvanlarla ilgili olarak 15 Ekim 1978 tarihinde Paris'te, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Merkezi'nde "Hayvan Hakları Evrensel Beyanname" ilan edilmiştir. Beyanname ile, yaşayan bütün canlıların doğal haklara sahip olduğu ve insanlar tarafından hayvanlara saygı gösterilmesinin, bir insanın diğerine gösterdiği saygıdan ayrı tutulamayacağı vurgulanmaktadır.²⁵ Beyanname, hayvanın var olma ve türünün korunması, saygı görme, bakılma ve korunma, eziyet edilmeme, fiziksel ve psikolojik olarak acı çekmeme hakkı ile onurunun korunması hakları düzenlenmektedir.

Avrupa'da hayvanların korunmasına ilişkin bazı ortak çabalar ortaya konulmuştur. Geniş kapsamlı bir politika oluşturmak adına Avrupa Konseyi tarafından çeşitli sözleşmeler imzaya açılmıştır. Amsterdam Antlaşması ile Avrupa topluluklarını kuran antlaşmaya eklenen Hayvanların Korunması ve Hayvan Refahı Protokolü doğrultusunda Topluluk ve Üye Devletler, tarım, ulaştırma, araştırma, iç pazar gibi uygulama alanlarında hayvan refahı gerekliliklerinin gözetileceği konusunda üye devletler mutabık kalmışlardır. Böylece hayvanların korunması ve refahı AB'nin temel hukuki metinlerine yansıtılmıştır. Hayvan refahı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 13. maddesinde ele alınmaktadır.

Türkiye, hayvanların korunması konusunda oluşturulan 125 No'lu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesini 18 Kasım 1999 tarihinde imzalamıştır. 65 No'lu Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesini onaylamıştır. 123 No'lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ni 5 Eylül 1986 tarihinde imzalamış, 87 No'lu Yetiştirme Amaçlarıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi'ni 6 Haziran 2007 tarihinde imzalamış, 102 nolu Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 17 Eylül 2007 tarihinde imzalamıştır.

25 Avrupa Birliği Bakanlığı, *Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı*, Ankara, 2011, (15.12.2017), http://www.abgs.gov.tr/files/Tarim%20ve%20Balikçılık%20Başkanlığı/hayvan_haklari__hayvanların_korunması_ve_refahi.pdf,

Türkiye’de 2004 yılında 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve 26166 sayılı Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu Kanun ile hayvanların yaşam hakkına, beslenme ve bakım hakkına, kötü muameleye tâbi tutulmama hakkına sahip oldukları belirtilmiş ve türlerine karşı soykırım da yasaklanmıştır²⁶. Türk Ceza Kanununun 151. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre hayvanlar, mala zarar verme suçunun konusunu oluşturabilmektedir. Ancak, hükmün uygulanabilmesi için hayvanın “sahipli” olması koşulu arandığından, vahşi veya başıboş bir hayvanın öldürülmesi, duruma göre Hayvanları Koruma Kanunu veya Kara Avcılığı Kanunu çerçevesinde cezalandırılmaktadır.²⁷ Türk hukukunda hayvanların vücut bütünlüğüne yönelik saldırılar “kabahat” olarak değerlendirilmekte, sonuç olarak kanunlarda öngörülen yaptırımlar yetersiz kalmakta, uygulamada bazı önemli eksiklikler bulunmaktadır.

IV. Türkiye’de Yaban Hayatında Yaşayan Hayvanların Korunması

Doğada var olan her ekosistemin belli bir taşıma kapasitesi bulunmakta, bir ekosistem belirli sayıdaki bireyi barındırmaktadır. İnsan faaliyetleri yaban hayatının yaşam koşullarını yok ederek veya çevrelerini bozarak yaban hayvanlarının yaşam koşullarından mahrum olmasına neden olmaktadır.²⁸ Amaçlı ya da yanlışlıkla yapılan insan etkileri, türlerin hayatta kalmasını etkilemekte, doğal ekolojik süreçlerin devamını tehdit etmektedir.

Doğada var olan denge her açıdan bozulmakta ve buna büyük ölçüde insan davranışları neden olmaktadır. Doğada bulunan canlılardan birçoğunun nesli tükenme tehlikesi altında bulunmakta, bazı türlerde ise bu olgu çoktan gerçekleşmiş durumdadır. Dünyada ve ülkemizde türleri tehlike altında olan boz ayı, kurt gibi yaşamlarını sürdürebilmek için çok geniş alanlara ve sağlıklı ekosistemlere ihtiyaç duyan hayvanların bazen aktif av kontrolü olmasına rağmen sayılarında azalma olması, orman ekosisteminin yaşam kalitesinde dramatik düşüş ve değişikliklere neden olabilmektedir.

İnsanoğlunun yeryüzüne gelmesiyle eş sayılabilecek olan yaban hayatından faydalanmada ideal seviyeyi sağlamak için av kaynaklarından yararlanmanın koruma-kullanma dengesi gözetilerek planlanması, yönetilmesi zorunludur. Günümüzde yaban hayatını korumaya yönelik düzenlemelere bakıldığında genel

26 Şeref Ertaş, *Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, İzmir, 2012, s. 479-513.

27 Durmuş Tezcan, Ruha Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, 2012, s. 575.

28 Paguet, Darimont, s. 177. Camille Parmesan, “Ecological and Evolutionary Responses to Recent Climate Change”, *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, Vol. 37, 2006, 637-669. Thomas B. Smith, Louis Bernatchez, “Evolutionary Change In Human-Altered Environments”, *Molecular Ecology*, Vol. 17, No. 1, 1-8.

hükümleri içeren uluslararası sözleşmelerin yanı sıra, batı kültürünün bir parçası olarak kabul edilen türlerin korunması veya ülkelerin sembolü olarak kabul edilen bazı hayvanların korunması için devletlerin iç hukuklarında özel kanuni düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde kabul edilen Bald Eagle Act of 1940, Wild Free Roaming Horses and Burros Protection Act of 1971 yasaları bunlardan bazılarıdır.²⁹

Yaban hayatından yararlanmanın doğal dengeyi bozmayacak şekilde kontrolü olarak yapılması ve yürürlükteki yasal düzenlemelere aykırı fiillerin cezalandırılması büyük önem arz etmektedir. Bu amaca yönelik yasal düzenlemelerin yapılması, dünya ölçeğinde korumaya yönelik sözleşmelerin hazırlanması büyük önem taşımaktadır.

Yaban hayatında yaşayan hayvanların korunması konusunda uluslararası sözleşmelere taraf olan Türkiye’de ayrıca bu konuya ilişkin özel kanuni düzenlemeler de yapılmıştır.

A. Yaban Hayatının Uluslararası Düzeyde Korunması

Doğa ve yaban hayatının korunması ve yabanıl türlerin varlığını devam ettirebilmelerinin sağlanması amacıyla gerek Birleşmiş Milletler öncülüğünde gerekse ulusal ve uluslararası bir takım sivil toplum kuruluşlarının önderliğinde bazı sözleşmeler hazırlanmış ve devletlerin kabulüne sunulmuştur.

Günümüzde bu konuda 300’ü aşkın çok taraflı çevresel anlaşma imzalanmış olup bu anlaşmaların büyük ekseriyeti belirli tür ve ekosistemlerin veya alanların korunmasını ve belirli faaliyetlerin düzenlenmesini amaçlamaktadır. Ayrıca anlaşmaların bazıları uluslararası küresel niteliğe sahipken, çoğunluğu bölgesel ölçeklidir. Doğa ve yaban hayatının korunması amacıyla hazırlanan sözleşmelerden; Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi (Paris Sözleşmesi), Su Kuşları Yaşama Alanı Olarak Uluslararası Önemde Sulak Alanlar Sözleşmesi (Ramsar Sözleşmesi), Avrupa Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarının Korunması Sözleşmesi (Bern Sözleşmesi), Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES), Kuşların Hi-mayesine Dair Milletlerarası Sözleşme, Yabani Hayvanların Göçmen Türlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Bonn Sözleşmesi-CMS) bunlardan bazılarıdır. Ramsar belirli habitatları, Paris belirli yerleri, CITES belirli faaliyetleri, Bonn belirli türleri hedeflemektedir.³⁰ Ayrıca bazı uluslararası sözleşmelerde sözleşme hükümlerine uyumu sağlamaya yönelik izleme ve raporlama mekanizmaları

29 Güneş, s. 16.

30 D. M. McGraw, “The CBD – Key Characteristics And Implications For Implementation”, *Reciel*, Vol. 11, No. 1, 2002, s. 21.

öngörülmektedir. Aslında yaban hayatında yaşayan hayvanların korunmasının yasal temelini uluslararası anlaşmalar oluşturmaktadır. Ancak kabul edilen sözleşmelerin hepsinin yaban hayatı için aynı korumayı sağladığını söylemek mümkün değildir. Örneğin Rio Bildirgesinin, aslında uluslararası çevre hukukunu ve politikasını, uluslararası ekonomik hukuk ve kalkınma hukukunu kaynaştırarak bozmakta olduğu ileri sürülmektedir.³¹

B. Yaban Hayatının Ulusal Düzeyde Korunması

Türkiye'de canlıların doğal habitatı dışında korunması çalışmaları tarımsal biyoçeşitliliği koruma amaçlı olarak 1930'lu yıllarda, orman biyoçeşitliliğini koruma amaçlı olarak da 1970'li yıllarda başlatılmıştır.³² Türkiye'de yaban hayatının korunmasına yönelik doğrudan ve dolaylı hükümler içeren başlıca düzenlemeler 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanunu, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu olarak gösterilebilir. 4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanununda av ve yaban hayvanlarının yaşam alanlarını zehirlemek, avlanmak suretiyle bir canlı türünün yok olması tehlikesine veya ekolojik dengenin bozulmasına neden olmak, zehirle avlanmak, koruma altına alınan yaban hayvanlarının avlanması, rahatsız etme, yavru ve yumurtalarını toplama, yuvalarını dağıtma, koruma altında olmayan yaban hayvanlarının avlanma yasağı süresince avlanması, belirlenen miktardan fazla avlanma veya belirlenen avlanma süreleri dışında avlanma, izinsiz avlanma veya yasak yerlerde avlanma, avlanma esaslarına uymama, avlanma izni olmadan avlanma fiilleri, yasak olan fiillerden bazılarını oluşturmaktadır. Yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle hükmolunacak tazminat, av hayvanı türlerine göre Bakanlıkça tespit edilen değerler üzerinden hesaplanmaktadır.

V. Hayvanların Verdiği Zararlardan Sorumluluk

Yaban hayatında yaşayan canlıların kişilerin canlarına ve mallarına zarar vermelerini önlemek amacıyla ülkemizde çok eski zamanlardan itibaren bazı önleyici faaliyetlerin yapıldığı bilinmektedir. Osmanlı Devleti'nde kurulan bazı vakıfların vakfiyelerinde, vakfın amacını gerçekleştirmek için medeni yapılar ve nakit para dışında bağ, bahçe, orman gibi yerlerin vakıf haline getirildiği görülmektedir. Hatta hayri amaçlı kurulan bu vakıfların sayısındaki artış öyle yüksek bir seviyeye ulaşmıştır ki ülkede bir evkaf nezareti kurulmuş ve Orman Nizam-

31 Marc Palemaerts, "Internasional Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?", *Greening International Law* (Der. Philippe Sands), Eartscan Publications Limited, London, 1993. Çeviren Bülent Duru, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5594.pdf>.

32 Ferhunde Hayırsever Topçu, "Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi: Müzakereden Uygulamaya", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2012, s. 81.

namesinde vakıflara ait ormanlar başlığı altında ayrı bir orman türü bile düzenlenmiştir.³³

Bir vakıf devleti olarak tanımlayabileceğimiz Osmanlı Devleti'nde vakıfların mevzusu ve yaptığı faaliyetler o kadar çeşitlidir ki hayvanları koruma ve kollama konusunda gösterilen hassasiyete binaen hayvanlar için birçok vakıf kurulduğu görülmektedir. Kış aylarında kuşların beslenmesi, hasta ve garip leyleklerin bakım ve tedavisi, zayıf hayvanlara gıda ve su verilmesi için vakıflar kurulmuştur.³⁴ Kış aylarında kar yağışlarının çok olduğu dönemlerde yabani hayvanların aç kalmamaları, aklıktan dolayı şehre inerek kişilere ve sair canlılara zarar vermesine mani olmak ve karınlarını doyurmak için ormanlarda hayvanların rahat ulaşabileceği yaşam alanlarına taze et vb. ürünler bırakılarak vahşi hayvan saldırıları önlenmeye çalışılmıştır. Mezarlıklarda hemen her mezar taşına canlıların su içmeleri için küçük oyuklar oyularak canlıların su ihtiyaçlarını bu nevi yerlerden karşılayabilmeleri sağlanmıştır. Bu şekilde uygulamalara günümüz mezarlıklarında da rastlamak mümkündür.

Osmanlı Devleti'nde kurulan ve iştigal konusu çok çeşitli vakıflar sayesinde, yaban hayatında yaşayan vahşi hayvanların yiyecek bulamamalarından ötürü kişilere saldırmalarının önüne geçilmeye çalışılmış, böylece gerek devlet idaresi gerekse vakıflar aracılığıyla yaban hayatında yaşayan canlıların kişilerin can ve malına verebileceği zararlar önlenmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde son zamanlarda yasal düzenlemeler gereği koruma altına alınan, gerek av sezonunda gerekse av sezonu dışında vurulması yasak olan türlerin kişilere, kişilerin mallarına, tarımsal sahalara zarar verdiği görülmekte, zararlara özellikle kış aylarında sıklıkla rastlanmakta ve bu durum kitle iletişim araçları vasıtasıyla duyurulmakta, bu durum insanlarda korku ve paniğe neden olmaktadır³⁵. Canlıların korunmasına yönelik düzenlemeler sayesinde doğal denge tekrar sağlanmaya çalışılırken bazen vahşi hayvanların saldırısına uğrayan kişiler bedeni ve maddi zararlara uğrayabilmektedir.

A. Osmanlı Devletinde Hayvanların Verdiği Zarardan Sorumluluk

Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuk ve örfi hukuk uygulanmıştır. Kur'an, hayvanların insanlar gibi birer ümmet olduklarını ortaya koymaktadır.³⁶ Yeryüzünde var olan canlı ve cansız her varlıkta olduğu gibi hayvanlar da insanın emrine

33 Yavuz Güloğlu, *Türk Kamu Hukukunda Özel Ormanların Hukuki Statüsü*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

34 Halim Baki Kunter, "Vakıflarımız", *Mülkiyeliler Birliği Mecmuası*, Sayı 4, s. 7.

35 www.sabah.com.tr/yasam/2011/09/01/erzurumda-ayi-saldirisi-can-aldi, (11.05.2015).

36 Süleyman Ateş, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, Cilt III, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1991, s. 142.

verilmiş; onlara hizmet etmek için yaratılmıştır. Kur'an-ı Kerim'de farklı surelerde hayvanlara ilişkin beyanlar bulunmaktadır.³⁷ Hayvanlar, Kur'an'da ismen zikredildikleri gibi, bazen en-na'm (kurbanlık hayvan), el-vuhûş (yaban hayatı yaşayan tüm canlılar)³⁸ el- en'âm (koyun, keçi, deve ve sığır cinsi ehil hayvanlar; davar), el-behîm (genel olarak hayvanlar), el-işâr (gebe deve), zibh (kurbanlık) ve ed- devâb gibi isimlerle de anılmaktadırlar.

Dinler, genel olarak avlanmayı meşru kabul etmektedir. İslam dininde avcılık, icmâ ile mübâh kabul edilmesine rağmen diğer kazanç yolları daha faziletli kabul edilmiştir.³⁹ Yaratıklara karşı şefkat duygusunu azalttığından ve kalbe katılık vermesinden ötürü zevk ve eğlence için avlanmak uygun görülmemiştir.⁴⁰ Hazreti Peygamber de boş yere hayvan öldürmeyi uygun bulmamıştır.⁴¹

Dini emirlerde ve sahabe uygulamalarında insanlara saldıran, üzerlerine atlayan ve onları korkutan hayvanlara karşı kişilerin kendilerini koruyabilecekleri, aksi takdirde haklı bir sebebe olmaksızın bir hayvanı öldürmenin dinen uygun görülmediği⁴² ve hadislerde geçen ifadeleri de bu merkezli anlamak gerektiği ifade edilmektedir.⁴³

İslam hukukunda özel mülkiyet altındaki evcil hayvanların kendiliklerinden bağ-bahçe ve ekinlere veya kişilere zarar vermesi halinde bu zararı kimin ödeyeceği veya hayvan sahibinin ne derece sorumlu tutulacağı hususu tartışmalıdır. Hz. Peygamber, «Hayvanların cinayet ve zararı hederdir.»⁴⁴ buyurmaktadır. Yine Hz. Peygamber “gündüzleri bahçelerin korunmasının bahçe sahiplerine ait olduğunu, geceleyin hayvanların bahçelere verdiği zararı ise hayvan sahiplerinin tazmin edeceğini» bildirmiştir.⁴⁵ Hadisler arasında görünen bu kısmi farklılık, bu konuda esas alınacak hukuki ilkenin bakış açısına göre, hayvanların otlatma zamanlarının bölgelerin örf ve adetlerinin farklı olmasına göre, hayvanın binek, kanatlı veya etinden sütünden yararlanan küçükbaş ve büyükbaş olmasına göre

37 Bkz. Nahl Sûresi, 16/5-8.

38 Bkz. Tekvir Sûresi, 81/5.

39 Merginâni, Ebû'l-Hasan Burhanuddin Ali b. Ebû Bekr, el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, Eda Neşriyat, İstanbul 1991, II, 204; Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, el-Mebsût, Darü'l-Ma'rife, Beyrut 1989, XI, 220.

40 Bilmen, s. 427.

41 Nesâî, Sünen, Dahâyâ, 43, 4535.

42 Nesâî, Sünen, Dahâyâ, 42, 4446; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, IV, 389, 19488.

43 Harun Reşit Demirel, “Köpek ve Diğer Bazı Hayvanların Öldürülmesine Cevaz Veren Hadislerin Değerlendirilmesi”, *Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 67-102.

44 Buhârî, Sahih, Diyât, 27, 6514; Müslim, Sahih, Hudud, 11, 4562.

45 Ebû Dâvûd, Sünen, İcâre, 90, 3569-3570.

yani zararın şekline ve konusuna göre İslam hukukçularının bu konuda farklı çözüm ve görüşleri benimsemesine yol açmıştır.

Hayvanların, kişilerin bağ-bahçe ve ekine zarar vermesi halinde, bu hayvanın bakıcısı veya sahibinin ne derece sorumlu olacağı hakkında İslam hukukçularının çoğunluğunun görüşü hayvanların verdiği zararı, hayvan sahibinin tazmin etmesi gerektiği yönündedir. Ancak Osmanlı Devleti'nde uzun yıllar uygulanan Mecelle'nin 94. maddesine göre "Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir" kuralı ile Hanefi fihına uygun olarak hayvan sahiplerinin gece de gündüz de sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir. Ancak hayvan sahibi, hayvanı sağlam bir şekilde bağlamış, gece dışarı çıkmaması için gerekli önlemleri almış da hayvan üçüncü şahıslardan kaynaklanan bir sebeple veya kendiliğinden gece bağından kurtulmuş ve zarara yol açmışsa, o takdirde hayvan sahibine bir şey gerekmez. Yoksa hayvan sahibinin hayvanının başkasının ekinine girmesine göz yumması, mani olmaması, sokması hallerinde hayvan sahibi sorumludur. Sonuç itibarıyla hayvan bakıcısını sorumlu tutmaya yetecek bir illiyet bağı gören hukukçular ona vaki zararın tazminini yüklerken, arada yeterli bir bağ görmeyenler onu sorumlu tutmamışlardır.⁴⁶

B. Evcil Hayvan ve Yabani Hayvan Saldırılarında Meşru Müdafaa Ve Zorunluluk Halinde Sorumluluk

Hukuk düzeninde her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunma söz konusu olabilmekte, böylece meşru savunma kurumunun sosyal gerekçelere aykırı düşecek derecede dar yorumlanmasının önüne geçilmek istenmektedir.⁴⁷ Kanunlarda, mala karşı saldırılarda haklı savunmayı kabul eden hükümler olduğu gibi ceza hukukunda bu husus meşru savunma ve zorunluluk hali başlığı altında ayrıca düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 25. maddesinde meşru müdafaaada kişinin gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıya karşı savunmayı meşru olarak kabul etmekte, böylece kişilerin kendilerini koruma olanağı daha da genişletilmiş olmaktadır. Ancak savunma ameliyesinin bu saldırıyı defetmeye yeter ölçüde yapılması gerekmektedir. Bu ölçüyü aşan savunma hukuka uygunluk kapsamında kalmamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında kusurluluğu ortadan kaldıran başka bir sebep olarak zorunluluk hali düzenlenmiştir. Kişinin kendisinin veya başkasının sahip olduğu bir hakka yönelik tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında oran-

46 Ali Bardakoğlu, "Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukuki Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 6, 1978.

47 İzzet Özgenç, *Gereğçeli Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 106.

tı bulunmak koşuluyla işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Zorunluluk halinin meşru savunmadan temel olarak ayrıldığı nokta, tehlikenin kaynağı bir insan davranışı olabileceği gibi ondan başka bir şey de olabilir. Bu bir deprem, sel baskını, yangın, fırtına gibi bir doğal afet olabileceği gibi bir suç da olabilir. Bunlar dışında saldırgan bir hayvan, radyo-aktif, zehirli veya patlayıcı maddeler de tehlikenin kaynağı olabilir.⁴⁸ Yine meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk halinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur.⁴⁹ Her iki durumda da hakim fail hakkında kusuru bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verecektir.

Hayvanı etkisiz hale getirme yollarından biri olan hayvanı öldürme halinde, durum ve koşulların bulunmaması durumunda, öldürme eylemin hukuka aykırılığı sadece sahipli hayvanlar için söz konusu olamaz. Sahibi bulunmayan (örneğin vahşi hayvanlar, domuzlar, ayılar, kurtlar, tilkiler ya da sokakta veya barınakta yaşayan hayvanlar gibi) hayvanlar için de aynı koşulların aranması gerekir. Zira hayvan hakları sadece sahipli hayvanlar için değil, sahibi olmasa bile tüm hayvanlar için geçerlidir. Bir başka ifadeyle hayvan haklarından sadece sahipli hayvanlar değil sahipsiz hayvanlarda yararlanır.

Kişilerin kendilerini, tarlalarını ve hayvanlarını korumak amacıyla kendilerine saldıran yabani hayvanları öldürmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. 4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler başlıklı 12. maddesine göre “Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.” hükmü gereği kişilerin kendilerini, tarlalarını ve sürülerini korumak amacıyla yabani hayvanları öldürmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır ve bu türden saldırılara karşı canını, malını koruyan kimselere idari para cezası verilmesine yönelik tutanak düzenlenmeyecektir. Ancak bir hayvanın öldürülmesi zorunlu ise Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi hükümlerine göre bu eylem ani, acısız ve kaygıya yol açmaksızın gerçekleştirilmelidir.⁵⁰ Acaba kişiler böyle bir ahval altında yani kendilerini ve malını korumak amacıyla yabani hayvanları öldürdüklerini nasıl ispatlayacaktır? Kamu görevlisi, fiilin bu şartlar altında yapıldığına dair her beyanı doğru mu kabul edecektir? Kanunda belirtilen yaptırımların uygulanmasında kişilerin bedeni veya mali yönden bir zarara uğramaları halinde veya saldırıyı delillerle ispatlamak mümkün olduğun-

48 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s. 209.

49 Özgenç, s.107.

50 Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi, md. 3.

da bu tür savunmalara itibar etmek gerekli olduğu, aksi durumda kamu görevlisi tarafından işlem yapılarak ilgilinin itirazı varsa bu işleme karşı itiraz ettiği takdirde ancak mahkeme tarafından itirazın dikkate alınabileceği söylenebilir. Zira ilgili hakkında idare tarafından işlem yapılması halinde bu işlemler idari işlemlerin özelliklerinden biri olan idari işlemin icrai nitelikte olmasından ötürü aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Bu özelliğe binaen kamu görevlileri sorumluluktan kurtulmak amacıyla her olayda mutlaka hayvana zarar veren kimsenin eylemi ister meşru müdafaa veya zorunluluk halinde işlenmiş olsun isterse bu eylemi hayvanlara zarar vermek amacıyla işlemiş olsun bu eylemin işlenmesindeki sebebi göz önünde tutmaksızın ilgililer hakkında cezai işlem tesis edebilecek ve durumun değerlendirilmesini mahkemenin değerlendirmesine bırakabilecektir. Halbuki hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri gereği⁵¹ kamu görevlileri kişilerin eylemlerini, delilleri değerlendirerek meşru müdafaa veya zorunluluk altında mı işlendiğini tespit ederek eylem bu hal ve şartlar altında işlenmesi halinde ilgililere cezai işlem tesis etmemesi gerekmektedir.

VI. Özel Hukukta Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

Özel hukukta kişilerin birbirine vermiş olduğu zararlardan sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Özel hukuk alanındaki sorumluluğun temelini “kusur” oluşturur. Özel hukuktaki kusurun hem hukuka aykırılık gibi nesnel hem de dikkatsizlik, tedbirsizlik, ihmâl gibi öznel yönleri vardır.⁵²

Türk Borçlar Kanunu, kusur sorumluluğunu genel kural olarak düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu, birinci bölümün ikinci ayırımında “Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri” başlığı altında, sorumluluk hukukunun genel ilkesi olan kusur sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmiştir (TBK m. 49). Buna göre, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”. Kanunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla bir başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenlenmektedir. Burada kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edildiği için bu tür sorumluluk “kusur sorumluluğu” olarak adlandırılmaktadır.

Özel hukukta kusursuz sorumluluğunun kabulü ise, kusur sorumluluğunun öngören liberal hukuk devletinden, adalet ve hakkaniyet ilkesine dayanan sosyal hukuk devletine geçişin ve sosyal gelişmenin bir sonucudur.

51 Bahtiyar Akyılmaz, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 269.

52 Çınar Can Evren, “Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, *TBB Dergisi*, Yıl 24, Sayı 95, Temmuz- Ağustos 2011, s. 175-196.

Roma hukuku, hayvanlar tarafından verilen zararlardan bulunduranın sorumlu tutulmasına ilişkin olarak önemli düzenlemeler getirmiş olup,⁵³ hayvanın içgüdüsel davranışları sonucu oluşan zararlar yüzünden sahibinin sorumlu tutulacağı kuralı Oniki Levha Kanunundan itibaren günümüze kadar geçerliliğini korumuş bir kuraldır.⁵⁴

Hayvan bulunduranın sorumluluğu TBK m. 67'de düzenlenmiştir. Buradaki sorumluluğun esası kusura değil objektifleştirilmiş bir özen borcuna aykırılığa dayanmaktadır.⁵⁵ Bu sorumluluk türü TBK m. 67'de üç fıkra olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkrada “Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklindeki ifadeyle sorumluluğa dair genel kural belirtilmiştir. İkinci fıkrada “Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.” denilerek, hayvan bulunduranın objektif özen yükümlüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir.⁵⁶ Eski kanundan farklı olarak ayrı bir kurtuluş kanıtı yeni düzenlemeye alınmamıştır. Çünkü kanunun gerekçesinde bu hususun kanıtlanması hâlinde, zarar ile objektif özen yükümlülüğü arasındaki illiyet bağı kesileceğinden, sorumluluk hukukunun genel ilkeleri gereği, zaten sorumluluk doğmayacağı belirtilmiştir.⁵⁷ Üçüncü fıkrada ise “Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.” ifadesiyle hayvan bulunduranın rücu hakkı hükme bağlanmıştır.

Hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 68 göre, “Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar ahkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Maddede kullanılan “taşınmazı üzerinde bir zarar” ibaresinden anlaşılması gereken, hayvanın o taşınmaz üzerinde bulunan bitkiler, diğer hayvanlar, ürünler, geçici veya sabit yapı eserleri ve hatta insanlara verdiği zararlardır. Yasaya göre durum ve koşulların gerektirmesi halinde taşınmaz zilyedinin taşınmazı ko-

53 Gökçe Türkoğlu-Özdemir, “Roma Hukukunda Hayvanların Yol Açtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2006, s. 71.

54 Tunay Yüce, “Roma Ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 393-422.

55 Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2011, s. 94.

56 M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 2, İstanbul, 2012, s. 159.

57 Alpaslan Akartepe, “Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişikler”, *EÜHFD*, Cilt 16, XVI, Sayı 1-2, 2012, s. 165.

rumak amacıyla hayvanı etkisiz hale getirme hakkı; taşınmaza verilen zarar tehlikesinin büyük olması, hayvanın zarar verme eyleminin devam etmesi ve daha büyük zararlara sebebiyet vermesi ihtimali olması hallerinde mümkündür.⁵⁸

Hayvan bulunduranın sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nda özen sorumluluğu halleri arasında sayılmaktadır.⁵⁹ Bir hayvanın bakım ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen hayvan bulunduranın sorumluluğunda, sorumlu kişiye isnat edilen özen ve gözetim eksikliği, aslında kınanan bir davranıştan başka bir şey değildir. Sorumlu, özen ödevinde bir noksanlık yapmadığını, gerekli her türlü özeni gösterdiğini veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bile zararın gene de gerçekleşeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.⁶⁰ Bu durumda taşınmazın zilyedinin, hayvan sahibine hemen bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa onun bulunması için (meselâ, kolluk güçlerine haber vermek gibi) gerekli girişimleri yapmak zorunda olduğu belirtilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun zorunluluk hali için hakime tazminata hükmedebilme yetkisi vermiş olması, Borçlar Hukuku açısından fiili hukuka aykırı hale getirmez. Söz konusu tazminat klasik anlamda bir tazminat değil hakimın takdirine bağlı hakkaniyet sorumluluğunun bir sonucudur.⁶¹ Hukukta, bir hayvanı elinde bulunduran kimse, bu hayvanın verdiği zararlardan, bir kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sorumlu olur. Ancak bu nevi sorumluluğun doğması için; hayvanın o kimsenin sevk ve idaresi altında olması, hayvanın fiili ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının olması, zararın bir hayvanın hareketinden doğmuş olması gerekir. Ancak, hayvan bakıcısı, böyle bir zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve itinaı gösterdiğini ya da, bütün dikkat ve itinaı göstermiş olsaydı bile zararın vukuuna engel alamayacağını ispat edebilirse, sorumluluktan kurtulacaktır.

VII. Kamu Hukuku İlkelerine göre İdarenin Hukuki Sorumluluğu

Sorumluluk kişinin kasıt, ihmal ve kusur veya tedbirsizlikle ya da yasanın belirlendiği durum ve eylemden doğan bir tehlike ile yaratılan ya da doğumuna sebebiyet verilen⁶² bir işlemin, bir davranışın veya bir olayın sonuçlarına katlanması yükümlülüğüdür. 1982 Anayasası'nın 125'inci maddesindeki "İdare, kendi işlem ve

58 Kumru Kılıçoğlu, "Hayvan Haklarına İlişkin Olarak Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Düzenleme-Hayvanı Öldürme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, Sayı 4, s. 335-340.

59 Gökhan Antalya, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2008, s. 63-83.

60 Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHFHAD*, Cilt 14, Sayı 4, 2008, s. 36-42.

61 Özbek, Doğan, s.209.

62 Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.11.

eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü, devletin sosyal bir hukuk devleti olması özelliğinin sonucu olarak idarenin sorumluluğu konusunda idari yargı yerlerine geniş bir hareket özgürlüğü tanıyarak hakkaniyete, adalete ve mukayeseli hukuktaki uygulamalara uygun olarak karar verebilme imkânı sunmaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf duygularıyla belli bir miktar paranın ödenmesine yönelik bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdarenin hem özel hukuktan hem de kamu hukukundan doğan sorumlulukları vardır. Özel hukuk alanındaki kusurun, tüzel kişilerden oluşan idarenin sorumluluğunun temeli olması ve ona uygulanabilmesi mümkün değildir.⁶³ Bu sorumluluğun kamu hukukuna uygun olarak nesnel nitelikte olması gerekmektedir. İdare hukuku alanında özel hukuktaki sorumluluktan esinlenilerek, idare için kamu hukukunun özellikleri göz önünde tutularak, özel hukuktan ayrı kendine özgü kuralları olan bir sorumluluk geliştirilmiştir.⁶⁴ Bu sorumluluk belirlenirken, üst norm olarak Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun temel alınmakta, idare hukukunun kendine has özelliği sonucu olarak Anayasanın emredici hükümlerinin çatısı altında söz konusu yasalar bünyesine uyduğu ölçüde uygulanmaktadır.⁶⁵ Hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışı idarenin hukuka uygun olan veya aykırı davranışları sonucu oluşan zararların karşılanmasının temelini oluşturmaktadır.⁶⁶

İdarenin kamu hizmetlerini tesis edip, uyguladığı işlem ve eylemleri dolayısıyla kişiler, bireysel ve mal varlığı anlamında zarar görebilir. İdarenin sorumlu olması için maddi ve hukuki nitelikte bazı şartların bir arada bulunması gerekir. Zarar, zarara sebep olan işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması ve zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekli olup bu şartlardan birinin olmayışı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır.⁶⁷

İdare kamu hizmetlerini, alanları itibariyle şartları en uygun ve ihtiyaçları karşılamada en üst seviyede gerçekleştirmek için sürekli ve istikrarlı şekilde idare edilenlere sunmak yani kamu hizmetlerini en etkin ve en verimli ve hukuka uygun bir şekilde sağlamakla yükümlü olup bu borcun yerine getirilmemesi hizmet kusurunu oluşturur.⁶⁸ İdarenin sorumluluğu ile ilgili kusur, kişilerde aranan

63 Kemal Galip Balkar: “İdari Fiillerle Hususi Hukuk Fiillerin Benzerliğinden Doğan Teşhis Hatası ve Bundan Hâsıl Olan Neticeler”, *AÜHF Dergisi*, Ankara, 1956, Cilt 8, Sayı 1-4, s. 98.

64 Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, 2011, s. 437.

65 “AYİM 2. Daire, 29.12.1992, E.991/74, K.992/913”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, 1994, s. 673.

66 “Danıştay 10. D., 9.10.1995, E.994/1682, K.995/4256”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 91, s. 1137.

67 E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Ekim Yayınevi, Bursa, 2018, s. 565.

68 Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 5. Bası, Ankara, 1985, s. 489.

sübjektif mahiyetteki kusur olmayıp, kişilerin dışında olan ve her kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişi ile ilgili objektif nitelikteki bir kusurdur.

İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsisi edilen araç ve gereçlerin uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç ve zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksik veya sakatlık meydana gelmesi ve zararında bundan kaynaklanması hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.⁶⁹

Kusursuz sorumluluk ise özel hukukta olduğu gibi idare hukuku alanında da yardımcı ve ayrı bir sorumluluktur. Ancak özel hukukta kusursuz sorumluluk belli konular için uygulanmakta iken idare hukukunda kusursuz sorumluluk geniş bir uygulama alanına sahiptir. Danıştay kusursuz sorumluluk ilkesini uygularken, belli kuralların ışığında çözüm aramak yerine, önüne gelen davanın ve uğranılan zararın niteliğine uygun olarak bazen kusurlu sorumluluğa bazen de kusursuz sorumluluğa dayanarak davayı sonuçlandırmaktadır.⁷⁰

Kusursuz sorumluluk idarenin hukuka uygun işlem ve eylemlerinden zararları bazı durumlarda tazmin etme yükümlülüğüdür. Bu sorumluluk türü üçüncü kişinin fiilinden ve beklenmeyen hallerden etkilenmeyen ve kişiler bakımından oldukça elverişli bir sorumluluk türü olup kamu düzenine ilişkin olması açısından yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmekte ve objektif bir sorumluluk olması açısından da tazminat ödenmesi idarenin kınanmasına yol açmamaktadır.

Uluslararası anlaşmaların uygulanması dolayısıyla vatandaşın uğradığı zarardan dolayı açılacak yargı davalarında da devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dayandırılmaktadır. Uluslararası bir antlaşmadan dolayı devletin sorumlu tutulabilmesi için antlaşma ile devletin sorumluluğu inkar edilmemiş olmalı, zarar özel ve anormal bir zarar olmalıdır.⁷¹

Bu sorumluluk türünde zararlar idarenin davranışı arasındaki illiyet bağının ispatlanması kafi olup idarenin kusurlu olduğunun ispatlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Kamu hukukunda kusursuz sorumluluk halleri iki temel ilke üzerine bina edilmektedir. Ancak Danıştay'ın kusursuz sorumluluğa dayanarak vermiş olduğu kararlara bakıldığında kusursuz sorumluluk ilkeleri konusunda bir sistemleşmeye gidemediği ve ilkeler üzerinde de bir birliktelik olmadığı id-

69 Danıştay 10. Dairesi, 17.10.1983, E.1982/185, K.1983/1984, *Danıştay Dergisi*, Sayı 54-55, s. 388.

70 Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, 2011, s. 464.

71 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, 2016, s. 755.

reyi bazen hakkaniyet ve nesafet gereği ifadesini kullanarak kusursuz sorumlu tuttuğu görülmektedir.⁷²

Risk ilkesi idarenin herhangi bir kusuru olmaksızın yürütmüş olduğu tehlikeli faaliyetler ve tehlikeli işler sebebiyle ortaya çıkan zararı tazmin etmesini gerekli kılan bir ilkedir. Buradaki riskin, herkesin karşılaştığı sıradan bir risk olmayıp istisnai nitelikteki bir risk olması gerekmekte ve zararın da olağan değil ağır nitelikte bir zarar olması gerekmektedir. Patlayıcı maddelerin infilak etmesi, tehlikeli bayındırlık eserleri, ateşli silahlar, kan ürünleri, genç suçluların eğitimi, akıl hastalarının deneme çıkışları, mahkumlara verilen izinler, tehlikeli durumlar, kamu görevlilerinin görevleri sırasında uğradığı zararlar, idarenin arızı işbirlikçilerinin uğradığı zararlar, bayındırlık eserlerinden üçüncü kişilerin uğradığı zararlar, idarenin terörle mücadele kapsamında yürüttüğü faaliyetlerden üçüncü kişilerin zarar görmesi, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde ortaya çıkan zararlar, terör örgütü üyelerinin kişilere vermiş olduğu maddi ve bedeni zararlar olarak sayılabilir.⁷³

Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk olarak da adlandırılan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde ise idare kusurlu sorumluluk ve risk sorumluluğuna dayanılarak sorumlu tutulamıyorsa bu ilkeye dayanılarak sorumlu tutulabilmektedir. Dolayısıyla bu sorumluluk yargılamının her aşamasında ileri sürülebilen yani kamu düzenine ilişkin olan tamamlayıcı nitelikte bir sorumluluk türüdür ve kazalardan kaynaklanmayan yani arızı nitelikte olmayan zararların tazmininde uygulanmaktadır.⁷⁴ Fransız Danıştayının akıl hastalarını sokağa bırakılması sonucu bunların vermiş olduğu zarardan devleti sorumlu tuttuğunu görmekteyiz. Zira onların aklı bulunmamakta. Burada elbette ki insanla hayvanı aynı çizgiye koymamız mümkün değil. Ancak burada akli sorumluluğu olmayan kimsenin verdiği zarardan devletin sorumluluğunu vurgulama bakımından bu kıyas yapılmaktadır.

VIII. Yabani Hayvanların Verdiği Zararlardan İdarenin Sorumluluğu

Yaban hayatında yaşayan hayvanların korunması faaliyetleri kapsamında ki idarenin etkinlikleri, kişilerin fiziksel ve manevi bütünlüğü ile malvarlığına zarar verebilir. İdari sorumluluk denildiği zaman idari cihaz içerisindeki kamu otoritelerinin yerine getirmek durumunda oldukları etkinlik ve işlemleri sonucu ortaya çıkan zararların sonuçlarını tazmin etme yükümlülüğü anlamındaki me-

72 Ramazan Çağlayan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 453-454.

73 E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara, 2003, s. 112-143. Gözler, s. 738-746.

74 Gözler, s. 749.

deni sorumlulukları anlaşılır.⁷⁵ Nitelik ve nicelik olarak artmaya başlayan kamu hizmetlerine paralel olarak zamanla bireysel zararlar da artmaya başlamış, gelişmekte olan demokratik hak ve özgürlükler sayesinde bu zararların kişinin üzerinde bırakılmasının doğru olmadığı, Devletin verdiği zararları ödemesi gerektiği fikri hâkim olmuştur.

Vahşi hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı, bu zararları engelleyebilecek durumda olup olmadığına bakmaksızın ve hayvanın gerçekte sahibi olmasa bile, hayvanı kontrol etmekle görevlendirilmiş kimseler bu hayvanlar toplum hayatı için bir risk oluşturduklarından, böyle bir riski göze alan kimselerin kusurlu olsunlar ya da olmasınlar, vahşi hayvanların verdikleri zararlara katlanmak yükümlülükleri olduğu, Roma hukukunca kabul edilmiş bir ilkedir.⁷⁶

Günümüzde devlet, genel kolluk güçleri vasıtasıyla kamu düzenini sağlamak amacıyla şahıslara ve eşyalara verilecek zararları ve tehlikeleri önlemekle mükelleftir.⁷⁷ Ormanların ve içinde barındırdığı çeşitli bitki ve hayvan türlerinin korunması konusundaki görev ise özel idari kolluk birimi olan⁷⁸ orman kolluğu tarafından yerine getirilmektedir.

Yaban hayatında yaşayan hayvanların korunması faaliyetleri kapsamındaki idarenin etkinlikleri, kişilerin fiziksel ve manevi bütünlüğü ile malvarlığına zarar verebilir. Avlanması yasak olan ve kaçak avlanıldığında yüklü miktarda idari para cezası ödemek zorunda olan insanlar, kendi yaşam alanlarına inen yabani hayvanları avladıkları zaman ödeyecekleri cezanın baskısı altında ezilmekte, diğer taraftan yabani hayvanları avlamadıkları zaman da ekim-dikim yaptıkları arazilerinin yabani hayvanlar tarafından zarar görmesine katlanmak zorunda kalmaktadır.

Hayvan saldırılarına karşı hayatın olağan akışı içinde önlem alınmaz alınsa da bir şey yapılamaz. Ancak yabani hayvanın vermiş olduğu zarar meskun mahallerde ve kişilerin arazilerinde meydana gelmişse zaten yasak olan avlanmanın da etkisiyle bu zararı önleme imkanından mahrum olan alt gelir grubunda yaşayan köylerdeki insanların, canına ve malvarlığına yönelik saldırılar sonucu meydana gelen zararın, kişiler üzerinde bırakılmaması gerekmektedir.

75 E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.30, 36.

76 Türkoğlu-Özdemir, s. 69-96.

77 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, s. 1483.

78 Bahtiyar Akyılmaz., Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2018, s. 575.

A. İdarenin Sorumlu Tutulmasına İlişkin Yasal Çerçeve

6831 sayılı Orman Kanununda orman tabi olarak veya emekle yetişen ağaç ve ağaççık topluluklarının yerleriyle birlikteki hali olarak tanımlanmakla birlikte geniş anlamda orman ağaç, ağaççık, ölü örtülü mikroorganizmalar, av hayvanları ve diğer vejetasyon tipleriyle mükemmel bir kombinasyon meydana getiren bir hayat birliği olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹ Orman sadece ormandaki ağaç ve ağaçlardan ibaret olmayıp bu tanımın içine ormanda yaşayan yaban hayatı ve bitkiler bu ekosisteme dahildir.

Ormanlar Türk kamu emlaki içinde sahihsiz mallar grubu arasında kabul edilmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla sahihsiz mallar arasında kabul edilen ormanlarda yaşayan hayvanlar ve diğer canlılar da sahihsiz mallardan sayılmalıdır. Bu şekildeki bir kabul, bu canlıların vermiş olduğu zararın tazminine ilişkin davalarda husumetin yöneltileceği kimseyi bulmada kolaylık sağlayacaktır.

Anayasasının 169. maddesinde bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, Devlet ormanlarının kanuna göre, Devletçe yönetilip işletileceği, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği kabul edilmiştir.

6831 sayılı Orman Kanununun 17 ve 21. maddelerinde olduğu gibi orman idaresinin izni dahilinde ormanlardan farklı şekillerde yararlanmaya imkan sağlayan birçok madde bulunmaktadır. Ormanlardan yararlanırken elbette ormanlarda izinsiz konaklama vb. bazı kısıtlayıcı hükümler bulunmaktadır. Ancak, ormanlara izinsiz girmeyi yasaklayıcı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Kanunla izin verilen hayvancılık, yaylacılık eğitim, turizm vb. birçok yararlanma şekli bulunmaktadır. İşte bu yararlanma şekilleri esnasında yabani hayvan saldırısı meydana gelirse zarar ister orman içinde isterse orman dışında gerçekleşsin zararın tazminini bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Türkiye'de ormanlarda yaşayan yaban hayvanlarının korunması konusunda yetki ve sorumluluk Tarım ve Orman Bakanlığı bünyesinde Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü'ne aittir. Söz konusu birim 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde Bakanlıkça belirlenen türleri ve yaşam ortamları ile ulusal ve uluslararası listelerde yer alan korunması gereken türlere ait popülasyonların korunmasını sağlamak, ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmış nadir ve nesli tehlike altına düşmüş veya

79 B. Aytuğ, *Ormanın Tanımlanması ve Bu Tanımlamada Yer Alan Ağaç, Ağaççık ve Çalı Kavramları*, O.G.M. Yay., Ankara, 1976, s. 259-261.

80 Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999. Güloğlu, *Türk Kamu Hukukunda Özel Ormanların Hukuki Statüsü*.

düşebilecek türlerin ve yaşama ortamlarının korunmasıyla ilgili yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür.⁸¹

Av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunmaları, geliştirilmeleri, avlanmalarının kontrol altına alınması, avcılığın düzenlenmesi amacıyla 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu kabul edilmiştir. Kanunla yabani hayvanlarla ilgili yaban hayatı değerlerine sahip, korunması gerekli yaşam ortamlarının bitki ve hayvan türleri ile birlikte mutlak olarak korunduğu ve devamlılığının sağlandığı sahalar, yaban hayatı geliştirme sahası ilan edilmekte ve bu alanlar korunan alan statüsüne alınmaktadır. Türkiye’de halen 80 adet Yaban Hayatı Geliştirme Sahası bulunmaktadır.

Türkiye’de koruma bakımından yabani hayvanlar üç gruba ayrılmaktadır. Bunlar uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınanlar, Bakanlık tarafından koruma altına alınan türler ve koruma altında olmayan yaban hayvanlardır. Türkiye’de yabani hayvan türleri içinde yer alan ve Bakanlıkça belirlenen av hayvanlarından, korunması gerekenler Merkez Av Komisyonunca, av hayvanlarının dışında kalan yaban hayvanları ile diğer türler gerektiğinde Bakanlıkça koruma altına alınmaktadır.

Yaban hayvanlarının korundukları süre içinde faydalanma ve zararlı olanları ile mücadele ile geçici olarak avlanma esasları Bakanlıkça tespit edilir. Koruma altında olmayan yaban hayvanları avlanmanın yasaklandığı gün ve sürelerde; tarım alanları ile besi ve yaban hayvanlarına zarar verecek sayıda çoğalmaları veya bulaşıcı hastalık taşıdıklarının tespiti durumunda, belli sayıda yaban hayvanının belirlenecek esas ve usullerle avlattırılmasına izin verilebilmektedir.

Türkiye’de ormanların %99’u devlete aittir ve yaban hayatında yaşayan hayvanların büyük çoğunluğu ormanlarda yaşamaktadır. Ormanlara izinsiz girmeyi yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığından dolayı zarar verici eylem ister ormanda isterse orman dışında olsun idare meydana gelen zarardan sorumludur. Orman içinde yaşayan hayvanların orman dışında zarar vermesi bakımından idareyi kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutmak mümkün iken orman dışında yaşayan yaban hayvanları bakımından aynı sonuca varılabilir mi? Zira yabani hayvanlar sadece ormanlarda yaşamamaktadır. Yabani hayvanların korunmasına yönelik ya idare tarafından alınan bir koruma kararı veya bir sözleşmeye istinaden bu canlılar korunduğu için zararın orman içinde veya dışında olmasının da bir önemi yoktur. Zarar nerede gerçekleşirse gerçekleşsin şartlarını taşıyorsa yabani hayvanların verdiği zarardan idare sorumlu tutulmalıdır. Ancak, kişiler yaban hayvanlarını rahatsız edecek davranışlarda bulunur da bu

81 *Head of Wildlife Department, Turkey, 2015, (2018 May 11). Available from: <http://www.miliparklar.gov.tr/AnaSayfa/yabanHayatiDairesi.aspx?sflang=tr>.*

eylemleri sonucunda yabani hayvan saldırılarına uğrarsa o zaman idareyi kursosuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutmak mümkün olmayabilir. Sonuç itibariyle büyük ekseriyetinin mülkiyeti ve işletilmesi devlete ait olan ormanların ve orman içinde yaşayan yabani hayvanların korunmasından ve bu hayvanların orman alanları dışında vermiş olduğu zararlardan Devlet sorumludur ve bu zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

B. Yabani Hayvan Saldırılarının Sebepleri

Yaban hayatında yaşayan hayvanların yaşam alanlarının daralmasına veya tarım arazilerine inip meyveli ağaçlara ve tarım ürünlerine zarar vermesinde kişilerin ve ormancılık yönetimin ihmali ve kusuru olduğu ileri sürülebilir. İdare tarafından koruma altındaki hayvanların insanların yaşam alanlarından uzak tutulması için idare tarafından gerekli önlemler alınması gerekmektedir. Son 40 yılda meyve odunu adı altında ormanlardaki yabani meyveli ağaç türleri kesilerek büyük tahribata uğramış ve bunun denetimi yapılamamıştır [46]. Meyveli orman ağaçlarının azalması yaban hayatı dengesini de olumsuz yönde etkilemiştir.

Son yıllarda kendi yaşam alanlarında yiyecek bulamayan ayı ve domuz gibi bazı yabani hayvanların, köylere ve tarım alanlarına indiği, hatta geceleri köylerin içinde dolaştığı, meyve ağaçlarının tepelerine çıktıkları gözlemlenmektedir.⁸²

Orman idaresinin yabani hayvanların karınlarını doyurmak için yararlandığı ağaçların izinsiz kesimini engelleyememesi veya ormanlarda yapılan tıraşlama kesimin uygulanması,⁸³ üretim, bakım-aralama kesimlerinde yaban hayatında yaşayan hayvanların beslenmesi hususunun göz önünde bulundurulmaması, yabani hayvanların yaşam alanının bozulmasına neden olmaktadır.⁸⁴ Ayrıca koruma altına alınan hayvanların yemleme çalışmalarının da idare tarafından yapılması gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde yabani hayvanlar insanların yaşam alanlarına inmektedir.

C. Zararın Meydana Geldiği Yer

Koruma altındaki yabani hayvanların vermiş olduğu zararların tazmini ile ilgili olarak öncelikli olarak zararın gerçekleştiği yere bakmak gerekmektedir. Yabani hayvanların kişilerin mallarına veya canlarına vermiş olduğu zarar, yabani hayvanın yaşamış olduğu yaşam alanında mı yoksa zarar yabani hayvanlarının yaşam çevrelerinin dışında yani meskun mahallerde veya şahısların arazilerinin

82 Özkan Evcin, *Determination of the distribution and habitat types of roe deer (Capreolus capreolus) in Kastamonu*, Master Thesis, Kastamonu University Institute of Science, , Kastamonu, Turkey, 2013.

83 *Forest*, Turkey, 2011 (2018 May 11). Available from: http://hesperian.org/wp-content/uploads/pdf/tr_cgeh_2011/tr_cgeh_2011_10.pdf.

84 İdris Oğurlu, *Ormancılıkta Yaban Hayatı Ders Notu*, Isparta, 2004, s. 5.

bulunduğu alanda mı gerçekleştiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Yabani hayvanların yaşadıkları çevre, dünyada ve ülkemizde daha çok orman alanlardır. Yabani hayvanlar genelde orman alanlarında çoğunlukla kişilerin rahatça ulaşamayacağı ormanların yüksek ve sarp yerlerinde yaşamaktadır. Özellikle türüne nadir rastlanan vaşak vb. bazı hayvanlar için bu genellemeyi yapmak mümkündür. Ancak her yabani hayvan türü için de bunu söylemek mümkün değildir.⁸⁵

Tarım alanı, sulak alan, ya da bozkır-yayla gibi bakir alanlarla küçük çapta da olsa kara ve demiryolları güzergâhları boyunca, ev ve okul bahçeleri, şehirlerdeki parklar gibi diğer yerlerde de yabani hayvanlara rastlanmaktadır.⁸⁶ Bu nedenle koruma altındaki bir yabani hayvanın verdiği zararın orman içinde veya dışında olması fark etmeyebilir. Çünkü koruma altındaki hayvanların hepsi ormanlarda yaşamamaktadır. Ancak yabani hayvan saldırıları hayvanın doğal habitatında meydana gelmiş ve kişiler tarafından hayvanı rahatsız edici davranışlar içinde bulunulmuşsa o zaman üçüncü kişinin kusuru sebebiyle kusur oranında tazminatta indirimle gidilmelidir.

D. Ormanda Silah ve Mermi Taşımaya Yasaklayan Düzenlemeler

Mevzuatta kişilerin orman içinde kendilerini yabani hayvan saldırılarından korumaya yönelik önlemler almasını engelleyici nitelikteki hükümler bulunmaktadır. Türkiye’de ateşli silahların serbestçe satışı yasaktır. Bu türden silahları satın almak için silah satın almadan önce mutlaka idareden izin alınması gerekmektedir. Ayrıca silah satın almak için her başvuru yapan kimseye de izin verilmemektedir.

Kara Avcılığı Kanununun 6. maddesine göre haznesi iki fişek alacak şekilde sınırlandırılmamış otomatik, yarı otomatik, pompalı ve benzeri yivsiz av tüfekleri ile havah tüfek ve tabancaların avda kullanılması yasaklanmıştır. Kişilerin ruhsatlı silahı olsa bile bu silahların taşırken silahın haznesinde en fazla taşıyabilecekleri fişek bakımından kanunla getirilen sınırlama kanaatimizce yanlıştır. Zira mevzuatta orman içinde silah taşırken atışa hazır halde en fazla iki adet merminin bulunmasını düzenleyen kanun maddesi kişilerin meşru müdafaa durumunda dahi hayatlarına veya malvarlığına gelebilecek zararı önlemeye kafi değildir. Bir defa silahın içindeki mermiyle atış yapan kimse, saldırı olması halinde yabani hayvana isabet ettirebilecek midir? Veya bu mermi isabet etse bile hayvan saldırısından kişiyi kurtarmaya yeterli olacak mıdır? Veya yabani hayvan saldırısı ormanda sadece bir hayvan tarafından mı gerçekleşecektir.

⁸⁵ Evcin.

⁸⁶ Oğurlu, s. 5.

Yukarda belirttiğimiz kanuni sınırlamalar idarenin sorumlu tutulmasına ya da sorumluluğun ağırlaştırılmasına yönelik argümanlar olarak idarenin aleyhine kullanılabilir. Ayrıca orman içinde veya orman dışında yaşayan herkesin üzerinde saldırı anında silah bulunmayabilir veya her insan aynı ustalıkta silah kullanmasını bilmeyebilir veya hiç silah kullanmasını da bilmeyebilir.

Ormanlara girişte herhangi bir kısıtlama olmaması buna karşın silah satın alma ve taşıma bakımından mevzuattan kaynaklanan kısıtlamalar, yabancı hayvan saldırıları sonucunda oluşabilecek maddi ve bedeni zararlar bakımından idarenin sorumluluğuna yol açan ve ağırlaştıran haller olarak karşımıza çıkabilecektir.

IX. Yargı Kararlarında Yabani Hayvanların Verdiği Zararların Tazmini

İdari yargı kararlarında yabancı hayvan saldırıları sonucu oluşan zararlarda devletin sorumluluğu, genel olarak kusursuz sorumluluk esası üzerine bina edildiği görülmektedir.

Konuya ilişkin olarak daha önce yüksek mahkeme olarak kabul edilen ancak 2016 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle yüksek mahkeme statüsü kaldırılarak Danıştay içinde bir daireye dönüştürülen Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar bu açıdan önemlidir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi 28.09.1994 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, koruma altında olup olmadığı dahi bilinmeyen bir yabancı hayvanın vermiş olduğu zarara ilişkin olarak, idarenin kusursuz sorumluluğuna karar vermiştir [51].

Geceleyin nöbet tutmakta iken vahşi bir hayvan saldırısı sonucu ölen bir askerinin yakınlarının uğradığı zararın tazminine ilişkin olarak açılan davada mahkemece ölenin muhtemelen vahşi bir hayvan saldırısı sonucunda yüzünün parçalandığı ve kanama sonucunda solunum ve dolaşım durması neticesinde vefat ettiği, olayın bir kamu hizmetinin ifası sırasında meydana geldiği göz önüne alındığında, hizmetle doğrudan doğruya ilgili olduğu, hizmetle zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunduğu anlaşıldığı, hizmetin kendisinin, hem ilgililer ve hem de üçüncü kişiler için tehlike arz ettiği bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerde, hizmetin kendisinden veya araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl ki bunların sahibine ait oluyor ise, doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır şeklinde ifade edilen risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararın kamu hizmetinin sahibi idare tarafından karşılanması gerektiği, müteveffanın ölümünün tamamen görevin sebep ve etkisinden kaynaklandığı, bu nedenlerle zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Başka bir kararda ise orman dışında kendi arazisinde çalışmaktayken ayı

saldırısına uğrayan ve vefat eden bir kimsenin mirasçılarının Erzurum İdare Mahkemesi'ne açmış oldukları maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin davada mahkeme, 15.05.2015 tarih ve 2014/187 Esas ve 2015/560 sayılı kararıyla istemin kabulüne karar vererek Orman Bakanlığı'nı koruma görevini yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru işlediğinden bahisle sorumlu tutarak idareyi maddi ve manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Ancak bu konuda yasal süreç halen devam etmektedir.

İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararda idare hizmet kusuru sebebiyle sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk türünde idarenin kusurlu olduğunun ispatı gerekmektedir. Halbuki kusursuz sorumluluk türünde idarenin kusurunun ispatı gerekmediği gibi bu sorumluluk türünde zaten kusur da aranmaksızın idarenin oluşan zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Mahkemenin kararının temyiz aşamasında idarenin hizmet kusuru yönünden değil kusursuz sorumluluk ilkeleri bakımından sorumlu tutulması gerektiği gerekçesiyle bozulma ihtimali bulunmaktadır.

Sonuç

Dünyada yabani hayvanların uluslararası sözleşmelerle ve iç hukukta yapılan düzenlemelerle korunma altına alınması biyolojik çeşitliliğin korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Ormana yapılan müdahalelerde hayvanların gıda kaynaklarının korunmasına önem verilmelidir.

İdarenin koruma altına aldığı yabani hayvanların verdiği zararı karşılanması gerekmektedir. Bu konuda yabani hayvanların verdiği zarardan sorumluluğu düzenleyen yasal düzenleme yapılmalıdır. Yabani hayvanların verdiği zararın tazmin edilmesine ilişkin bir genel düzenlemenin olmayışı zaman içinde yaban hayatının korunmasına yönelik kuralların uygulanabilirliğine sekte vurabilir. Yabani hayvan saldırıları sonucu oluşan zararın idare tarafından tazmin edilmesi hayvanların korunmasına dair kuralların halk tarafından benimsenmesine katkı sağlayacağı gibi zararın, zarar gören kimseler üzerinde bırakılmayarak bu kimselerin de hayvanların korunması nedeniyle mağdur olmalarının önüne geçilmesine katkı sağlayacaktır.

İdarenin yabani hayvan saldırılarından sorumlu tutulması konusundaki probleme insan odaklı veya idari faaliyet odaklı bakmaya göre değişir. İnsan odaklı bakıldığında, idareyi sorumlu tutmak gerekir. Vahşi hayvanlara doğal habitatlarında yaşayacakları yerlerin ve beslenme imkanlarının temin edilmesini de idarenin bir görevi kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu durumda hayvanı korurken, doğal çevresini korumayan idare, hayvanın insan ve mala zarar vermesinde dolaylı olarak kusur işlediğini kabul etmek gerekmektedir.

Sorumluluğun belirlenmesi konusu probleme sistematik ve bütüncül bir yak-

laşım ile bakmayı gerektirdiği için, kamu görevlilerinin kusurlu sorumluluğunu araştırarak sonuçta idareyi kusurlu sorumluluk ilkeleri gereği sorumlu tutarak daha sonra rücu edilecek kusur işleyen personeli aramaktansa, idarenin bünyesi gereği tehlikesi giderilemeyen faaliyetlerinde fedakarlığın denkleştirilmesi çerçevesinde kusursuz sorumluluğuna gidip, zararı bütün topluma yaymanın daha doğru bir yaklaşım olacağını kabul etmek gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2018.
- Akartepe, Alpaslan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişikler”, *EÜHFD*, Cilt XVI, Sayı 1–2, 2012.
- Antalyalı, Ahmet A., *Avrupa Birliği ve Türkiye’de Hayvan Refahı Uygulamaları*. AB Uzmanlık Tezi, T.C. Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2007.
- Antalya, Gökhan: “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2008, s. 63-83.
- Armağan, Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Atay, E. Ethem, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Ekim yayınevi, Bursa, 2018,
- Atay, E. Ethem; Odabaşı, Hasan; Gökcan, Hasan Tahsin, *Teori ve Yargı Kararları Işığında, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Ateş, Süleyman, *Yüce Kur’ân’ın Çağdaş Tefsiri*, Cilt III, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1991.
- Avrupa Birliği Bakanlığı, *Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı*, Ankara, 2011, (15.12.2017), http://www.abgs.gov.tr/files/Tarım%20ve%20Balıkçılık%20Başkanlığı/hayvan_haklari__hayvanlarin_korunmasi_ve_refahi.pdf,
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 4. Baskı, Konya, 2012.
- Aybay, AYTEKİN; Hatemî, Hüseyin, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2009.
- Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2011.
- AYİM 2. Daire, 29.12.1992, E.991/74, K.992/913. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, 1994.
- Aytuğ; B., *Ormanın Tanımlanması ve Bu Tanımlamada Yer Alan Ağaç, Ağaççık ve Çalı Kavramları*, O.G.M. Yay., Ankara, 1976.
- Balkar, Kemal Galip: “İdari Fiillerle Hususi Hukuk Fiillerin Benzerliğinden Doğan Teşhis Hatası ve Bundan Hâsil Olan Neticeler”, *AÜHF Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1-4, 1956.
- Balmford, Andrew; Green, Rhys E.; Jenkins, Martin, “Measuring the changing state of nature”, *Trends in Ecology & Evolution*, Vol. 18, No. 7, 2003.
- Bardakoğlu, Ali, “Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukuki Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 6, 1978.
- Belkayalı, Nur; Kesimoğlu, Merve Damla, “The Stakeholders’ Point Of View About The Impact Of Recreational And Tourism Activities On Natural Protected Area: A Case Study From Kure Mountains National Park, Turkey”, *Biotechnology & Biotechnological Equipment*, Vol. 29, No. 6, 2015, 1092-1103, Doi: 10.1080/13102818.2015.1072054.
- Belkayalı, Nur, “Identifying and Assessing Visitor Impacts And Attitudes: A Case Study in the Kure Mountains National Park”. *Fresenius Environmental Bulletin*, Vol. 24, No. 9a, 2015, 3044-3056.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Büyük İslam İlmihali*, Bilmen Yayınevi, Ankara, 1991.
- Cumalioğlu, Emre, “Medeni Hukukta Hayvan Hakları Ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 573-610.

- Çağlayan, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009.
- Çakci, I.; Belkayalı, N.; Talay, İ; “Cultural landscapes and landscape change: a case from Turkey-Gökçeada (Imbros) island”, *Landscape Approaches for Ecosystem Management in Mediterranean Islands*, Ed: Elisabeth Conrad, Louis F. Cassar, Institute of Earth Systems, University of Malta, 2012, ISBN: 978-99957-812-1-7, Chapter 6, p: 55-67.
- Çepel, Necmeddin, “Ekosistem Kavramı, Ekosistem Analizleri ve Bir Ekosistem Analizi Modelinin Geliştirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, Seri B, Cilt 26, 1976. s. 34-59.
- “Danıştay 10. D., 9.10.1995, E.994/1682, K.995/4256”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 91.
- “Danıştay 10. Dairesi, 17.10.1983, E.1982/185, K.1983/1984”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 54-55.
- Demirel, Harun Reşit, “Köpek ve Diğer Bazı Hayvanların Öldürülmesine Cevaz Veren Hadislerin Değerlendirilmesi”, *Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 67-102.
- Diyât, 27, 6514; Müslim, Sahih, Hudud, 11, 4562.
- Eroğlu, Hamza, *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 5. Bası, Ankara 1985.
- Ebû Dâvûd, Sünen, İcâre, 90, 3569-3570.
- Ertaş, Şeref, *Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, İzmir, 2012.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, Barış Yay., İzmir, 2015.
- Evcin, Özkan, *Determination of the distribution and habitat types of roe deer (Capreolus capreolus) in Kastamonu*, Master Thesis, Kastamonu University Institute of Science, , Kastamonu, Turkey, 2013.
- Evren, Çınar Can, “Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, *TBB Dergisi*, Yıl 24, Sayı 95, Temmuz- Ağustos 2011, s. 175-196.
- *Forest*, Turkey, 2011 (2018 May 11). Available from: http://hesperian.org/wp-content/uploads/pdf/tr_cgeh_2011/tr_cgeh_2011_10.pdf
- Gözler Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, 2016.
- Güllan, Aydın, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999.
- Güloğlu, Yavuz; Belkayalı, Nur; Şevik, Hakan; “Determination of the Knowledge Levels of Local People Regarding Protected Area Legislation: “Küre Mountains National Park Sample”. *Journal of Gazi University Law Faculty*, Vol. 21, No. 3, 247-275, 2017.
- Güloğlu, Yavuz; Belkayalı, Nur, “The Effects of Supreme Courts’ Decisions on Environmental Protection in Turkey”, *National Conference on Ecosystem Restoration*, April 18-22, 85. Coral Springs, Florida, 2016.
- Güloğlu, Yavuz, *Türk Kamu Hukukunda Özel Ormanların Hukuki Statüsü*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- Güloğlu, Yavuz, “National and International Conservation of Biological Diversity in Terms of Administrative Law “Sample of Turkey”, *Genetic Diversity*, Ed. Lidija Bitz, InTech, Finland, 2017. Available from: <https://www.intechopen.com/books/genetic-diversity>.

- Güneş, Ahmet M., “Biyolojik Çeşitliliğin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 85, 2009, s. 35-85.
- Güneş, Yusuf, “Av Ve Yaban Hayatına Karşı İşlenen Suçlar Ve Kabahatler: Mukayeseli Hukuka Dayanan Bir Analiz”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, Seri A, Cilt 59, Sayı 2, s. 16.
- *Head of Wildlife Department*, Turkey, 2015, (2018 May 11). Available from: <http://www.milliparklar.gov.tr/AnaSayfa/yabanHayatiDairesi.aspx?sflang=tr>
- Özgenç, İzzet, *Gereğeli Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, 2004.
- Keleş, Ruşen, *100 Soruda Çevre, Çevre Sorunları ve Çevre Politikası*, Yakın Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Kumru, “Hayvan Haklarına İlişkin Olarak Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Düzenleme-Hayvanı Öldürme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, Sayı 4, s. 335-340.
- Koçhisarhoğlu, Cengiz; Söğütü Erişgin, Özlem, “Hayvanın Hukuki Konumu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkiler e Armağan*, Cilt 8, Özel Sayı, Cilt 2, 2013.
- Kunter, Halim Baki, “Vakıflarımız”, *Mülkiyeliler Birliği Mecmuası*, Eylül-Kasım 1966, c. 1, s. 4 (Sosyal Kurumlar Özel Sayısı). Sayı 4.
- McGraw, D. M., “The CBD – Key Characteristics and Implications For Implementation”, *Reciel*, Vol. 11, No. 1, 2002, 17-28.
- Merginânî, Ebü'l-Hasan Burhanuddin Ali b. Ebû Bekr, el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mülbtedî, Eda Neşriyat, İstanbul 1991, II, 204;
- Mol, Tuğrul., *Yaban Hayatı*, İ.Ü. Orman Fakültesi Yayını, Yayın no: 489, İstanbul, 2006.
- Nesâî, Sünen, Dahâyâ, 42, 4446; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, IV, 389, 19488.
- Oğurlu İdris, *Ormanlıkta Yaban Hayatı Ders Notu*, Isparta 2004, s.5.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 2, İstanbul 2012.
- Onar Siddik Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s. 195-222.
- Özgenç, İzzet, *Gereğeli Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Palemaerts, Marc, “Internaional Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?”, *Greening International Law* (Der. Philippe Sands), Eartscan Publications Limited, London, 1993. Çeviren Bülent Duru, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5594.pdf>
- Pallemarts Marc. International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future? Greening International Law, (Der. Philippe Sands), Eartscan Publications Limited, London, (Ed.Bülent Duru), Ankara University, Faculty of Political Sciences Magazine. 1997; 52: 613-632.
- Paguet, PC; Darimont; CT, “Wildlife conservation and animal welfare: two sides of the same coin”, *Animal Welfare*, Vol. 19, No. 2, 2010, 177-190, ISSN 0962-7286, s.178.
- Camille Parmesan, “Ecological and Evolutionary Responses to Recent Climate Change”, *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, Vol. 37, 2006, 637-669.

- Smith, Thomas B.; Bernatchez, Louis, "Evolutionary Change In Human-Altered Environments", *Molecular Ecology*, Vol. 17, No. 1, 1-8.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, el-Mebsût, Darü'l-Ma'rife, Beyrut 1989, XI, 220.
- C.H.B. Smith, "Veterinarians and Animal Welfare - A New Zealand Perspective", *Applied Animal Behaviour Science*, Vol. 59, No. 1, 207-218, DOI: 10.1016/S0168-1591(98)00135-X
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara 2011.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Ruhan; Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, 2012.
- Topçu, Ferhunde Hayırsever, "Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi: Müzakereden Uygulamaya", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2012, 57-97.
- Türkoğlu-Özdemir, Gökçe, "Roma Hukukunda Hayvanların Yol Açtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2006.
- www.sabah.com.tr/yasam/2011/09/01/erzurumda-ayi-saldırısı-can-aldi, (11.05.2015)
- Yavuz, Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHFHAD*, Cilt 14, Sayı 4, 2008, s. 36-42.
- Yüce, Tunay, "Roma Ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, 393-422.

ÖZ

Yeryüzünde hayvanların hukuk düzeni tarafından korunması gerektiği düşüncesi, tabiattaki doğal dengenin bozulması ve bu olumsuz durumun insan yaşamını etkilemeye başlamasıyla birlikte gündeme gelmeye başlamıştır. Türkiye'nin de birçoğuna taraf olduğu doğa ve yaban hayatının korunması amacıyla pek çok uluslararası sözleşme imzalanmıştır. Özellikle nesli tükenmekte olan canlıların korunmasına yönelik bu düzenlemeler sayesinde doğal denge tekrar sağlanmaya çalışılmaktadır. Devlet, gerek ulusal gerekse uluslararası sözleşmelerle yaban hayatında yaşayan hayvanların korunmasını taahhüt etmiştir. Hayvanlara dair yapılan yasal düzenlemeler genellikle tek yönlü bakış açısıyla hazırlanmakta, hayvanların korunması tam olarak mümkün olmamakla birlikte genelde hayvanların ve onların yaşam alanlarının korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak hayvanların da insanlara ve onların mallarına zarar verdiği durumlar olmaktadır. Yabani hayvanlara zarar verilmesini yasaklayan kurallar veya bu hayvanların kişilere ve malvarlığına vermiş olduğu zararların tazmini kamu hukukunun kapsamı alanına girmektedir.

Bu çalışma yabani hayvanların vermiş olduğu maddi ve bedeni zararların tazmini hakkındadır. Çalışmada hayvanların hukuk düzeni içindeki yeri, hayvanlardan yararlanma ve hayvanların korunması, sahipli hayvanların verdiği zarardan özel hukuk bakımından sorumluluk ile yabani hayvanların verdiği zarardan sorumluluk ve bu sorumluluğun tayinine ilişkin esaslar ele alınacaktır. Bu çalışmanın amacı, yaban hayatında yaşayan hayvanların vermiş olduğu zararlardan idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların çerçevesinin belirlenmesidir.

Anahtar kelimeler: yaban hayatı, tazminat, idari sorumluluk

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü*

The Role of the European Court of Human Rights in the Implementation of Its Own Judgments

Selman KARAKUL**

ABSTRACT

At the beginning, the European Court of Human Rights ("ECtHR" or "the Court") delivered declaratory judgments restricted only to find out whether any provision of the European Convention on Human Rights ("ECHR" or "the Convention") and its Additional Protocols were violated in a given application or not. Lately however, ECtHR started to deliver imperative judgments requiring respondent state to stop or remedy the violation, and additionally to take some general or individual measures in domestic law. The judgments qualified as pilot, semi-pilot and quasi-pilot or judgments delivered under Article 46 of the ECHR require respondent state to take appropriate measures in domestic legal system with a view to remedying violations of the Convention. This paper examines the role of the ECtHR in the implementation of its own judgments and includes three parts. The first part examines the jurisdiction of the ECtHR under Article 46 of the Convention; the second part explores the pilot-judgment procedure and its application; and the last part analyses the judgments of the ECtHR relying on Article 46 of the ECHR.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, implementation of the Court's judgments, pilot-judgment procedure

Giriş

Uluslararası mahkeme ve yargı organı kararlarının yerine getirilmesi yükümlülüğü, öncelikle kurucu antlaşmalara ve ahde vefa ilkesine dayanmakta olup, aynı zamanda hukuk devleti ve adil yargılanma hakkının temel gereklerinden biri olarak kabul edilmektedir.¹ Geleneksel olarak, hükmün kesinleşmesi ile yargılamanın sona ereceği, icra veya infaz sürecinin başlayacağı kabul edilse de uluslararası yargı kararlarını icra veya infaz edecek ulusal üstü bir mekanizma henüz geliştirilememiştir. Uluslararası yargı kararlarının yerine getirilmesi öncelikle ilgili devletlerin

* Makale gönderim tarihi: 26.10.2018. Makale kabul tarihi: 20.11.2018. Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 125-156.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: skarakul@medipol.edu.tr.

1 Bkz. Venice Commission of the Council of Europe, *Rule of Law Checklist*, Council of Europe, Strasbourg, 2016, s. 19-20, 42-46.

sorumluluğunda olup, kurucu antlaşmalarda öngörülmesi halinde, uluslararası örgütlerin karar ve yürütme organları, yargı kararlarının uygulanmasını denetlemektedir. Bununla birlikte son zamanlarda uluslararası yargı kararlarının yerine getirilmesi sürecine –kurucu antlaşmalarda açık bir hüküm bulunmasa bile– kararı veren mahkeme ve yargı organları da farklı şekillerde dâhil olabilmektedir.

Uluslararası mahkeme ve yargı organlarının kurucu antlaşmalarında öngörülen yargısal yetkilerinin ötesinde, kendi kararlarının yerine getirilmesi işlevini de üstlenmeleri, ilk bakışta yargılama hukukunun temel ilkelerine aykırı gibi görünmektedir. Yargı fonksiyonunun bir bakıma yürütme ve yasama fonksiyonuna müdahale etmesi, klasik kuvvetler ayrılığı kuramına aykırı olduğu gibi, yargı organlarının iş yükünü artıracığı ve etkinliğini düşüreceği gerekçesiyle rasyonel bir yaklaşım olarak görülmeyebilir. Ancak insan haklarını koruma mekanizmalarının son zamanlarda verdiği bazı kararlarda, söz konusu kararların nasıl yerine getirilebileceği konusunda hükümler yer alması, insan hakları usul hukuku yönünden bir zorunluluğun sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Modern yargı organları ve yargı benzeri kurumların yetki ve uzmanlık alanlarının genişlemesi ve farklılaşması, yargısal kararların doğru anlaşılması ve yerine getirilmesini güçleştirmektedir. Özellikle insan haklarını koruma mekanizmalarının tespit ettiği ihlallerin giderilmesi için alınması gereken genel ve özel tedbirlerin belirlenmesi ve bu tedbirlerin uygulanması, gerek ulusal, gerek uluslararası insan hakları hukukunda önemli bir sorun teşkil etmektedir. İnsan hakları kararlarının uygulanması sorununun teknik ve idari boyutlarının yanı sıra, farklı gerekçelere dayanan kurumsal isteksizlik boyutu da göz ardı edilemez.²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS veya Sözleşme) hazırlık çalışmalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) kararlarının yerine getirilmesinin denetimi sorunu da gündeme gelmiş ve önemli tartışmalara konu olmuştur. Hazırlık çalışmalarında dile getirilen uluslararası mahkeme kararlarının icra gücünden mahrum olduğu eleştirilerine karşılık, Sözleşme'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerine sahip çıkması beklenen kamuoyunun büyük bölümünün, taraf devletleri Mahkeme kararlarına uymaya icbar edeceği görüşü ön plana çıkmıştır. Sözleşme'nin orijinal metninin 53. maddesinde, AİHM kararlarına uyumun davaya taraf devletlerin sorumluluğunda olduğu, 54. maddesinde ise Mahkeme kararlarının, yerine getirilmesini denetlemek üzere [Avrupa Konseyi (AK)] Bakanlar Komitesi'ne gönderileceği hükümlerine

2 Denetim yetkisi insan haklarıyla sınırlı olmamakla birlikte, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2017 yılı raporuna göre, Kurumun tavsiye kararlarına olumsuz yaklaşan idareler hakkında bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *2017 Yıllık Raporu*, Ankara, 2018, s. 483-504, <https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2016/06/2017-y%C4%B1ll%C4%B1k-rapor-SON-PDF.pdf> (25 Eylül 2018).

yer verilmiştir.³ 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Ek 11 No’lu Protokol’le AİHS sisteminde önemli değişiklikler yapılarak ikili denetim mekanizmasından tek mahkeme sistemine geçilmiş, ayrıca AK Bakanlar Komitesi’nin başvuruların esasını inceleme yetkisi kaldırılmış, buna karşılık taraf devletlerin AİHM kararlarını yerine getirmesini denetleme yetkisi korunmuştur. Ek 11 No’lu Protokol’le yapılan değişiklikler kapsamında Sözleşme’nin orijinal metninde 53. ve 54. maddelerde yer alan hükümler birleştirilerek, “Kararların bağlayıcı gücü ve icrası” başlığı altında 46. madde altında düzenlenmiştir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere, 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren Ek 14 No’lu Protokol’le, AİHS sisteminde gerçekleştirilen diğer önemli değişikliklerin yanında, 46. maddeye eklenen yeni fıkralarla, AK Bakanlar Komitesi’nin talep etmesi halinde, AİHM’ye kendi kararlarının yerine getirilmesinin denetim sürecinde önemli bazı yetkiler verilmiştir.⁴

AİHS’nin 46. maddesinde Mahkeme’ye açıkça verilen yetkilerin ötesinde, AİHM bazı kararlarında söz konusu hükme dayanarak, kararın gereğinin yerine getirilebilmesi için davalı devletlerin alması gereken tedbirleri açıkça belirtmeye başlamıştır. AİHM kararlarının yerine getirilmesinin esas olarak siyasal ve ulusal nitelikte olduğu genel kabul görmekle birlikte, Mahkemenin karar öncesi, kararın açıklanması ve karar sonrası olarak üçe ayrılacak aşamaların her birinde uygulama sürecine yol gösterebileceği iddia edilmiştir.⁵ Keller ve Marti

- 3 Bkz. European Court of Human Rights, “Preparatory Work on Articles 53 and 54 of the European Court of Human Rights – Information document prepared by the Registry”, Strasbourg, 28 Kasım 1972, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH\(72\)27-BIL2888506.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH(72)27-BIL2888506.pdf) (25 Eylül 2018).
- 4 AİHS’nin orijinal metni ve Ek Protokollerle yapılan değişiklikler hakkında bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3> (25 Eylül 2018).
- 5 Hellen Keller, Cedric Marti, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *The European Journal of International Law*, Volume 26, Number 4, 2015, s. 829-850. Keller ve Marti, AİHM’nin karar öncesi inceleme aşamasında AİHM İçtüzüğü’nün 39. maddesi uyarınca vereceği geçici tedbir kararlarıyla, kararın yerine getirilmesi sürecinde eski hale getirmeyi kolaylaştırabileceğini, buna karşılık Mahkeme’nin bugüne kadarki uygulamasında geçici tedbir yolunu bir giderim yöntemi olarak görmediğini belirtmektedirler. Ancak yazarların da ifade ettiği gibi, AİHM İçtüzüğü’nün 39. maddesinde öngörülen geçici tedbir yolu, “*telafisi mümkün olmayan bir zararın meydana gelmesine ilişkin olası bir riskin söz konusu olduğu hallerde uygulanan acil durum tedbirleri*” olup, AİHM, henüz başvuruların esasını inceleme yapmadan önce geçici tedbir kararı vermektedir. AİHM’nin geçici tedbir kararları, Mahkeme’ce uygun görülen hallerde, derhal AK Bakanlar Komitesi’ne bildirilmektedir. Geçici tedbir kararına taraf devletçe makul bir neden olmaksızın uyulmaması, AİHM’nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme’nin 34. maddesinde güvenceye alınan bireysel başvuru hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_TUR.pdf (25 Eylül 2018). Bu nedenle geçici tedbir kararlarının, İçtüzükte öngörülen amacının ötesinde, eski hale getirmeye veya AİHM kararlarının yerine getirilmesinde daha yaygın olarak kullanılabilecek bir araç olarak görülmesinin, AİHS sistemi ve genel yargılama kurallarına uygunluğu tartışmalıdır.

tarafından, AİHM kararlarının yerine getirilmesinin uluslararasılaşması (internationalization) ve yargısallaşması (*judicialization*) olarak nitelendirilen bu gelişmenin, Sözleşme ve Ek Protollerde yer alan hak ve özgürlüklerin daha etkin korunmasına ve AİHS sisteminin uzun vadede etkinliğinin sürdürülmesine katkı sağlayacağı kabul edilmektedir.⁶ AİHM'nin kendi kararlarının ulusal ölçekte yerine getirilmesine veya taraf devletlerin Sözleşme'ye uyum konusundaki tercihlerine bu denli müdahil olması, ikincilik (*subsidiarity*) ilkesi ile açıklanmaktadır. AİHM'nin kendi kararlarının yerine getirilmesi sürecine kendiliğinden⁷ dâhil olması, -dava konusu olayları ve hukuki sorunları objektif ve ayrıntılı şekilde inceleyen bir yargı organı olarak- Mahkeme'nin, adaletin iyi işlemesine olumlu katkıda bulunacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu yönetime genellikle davalı devletlerdeki yapısal veya sistematik bir sorunu ortaya koyan ve AİHM önünde incelenmeyi bekleyen çok sayıda benzer şikâyetler bulunan davalarda başvurulduğu dikkat çekmektedir.

Uluslararası veya bölgesel insan haklarını koruma mekanizmalarının, olası ihlalleri tespit etme ve gerektiğinde adil tatmine hükmetmenin ötesinde, kendi kararlarının nasıl yerine getirilebileceği konusunda taraf devletleri yönlendirmesi, uluslararası insan hakları hukukunda yeni bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda Amerikalı Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2003 yılından bu yana verdiği kararlarda aktif bir tutum benimsediği görülmektedir.⁸ Bugüne kadar diğer bölgesel insan haklarını koruma mekanizmalarından sayıca çok daha fazla ve çeşitli konularda başvuruları inceleyen AİHM de, son zamanlarda kendi kararlarının ilgili devletler tarafından gereği gibi yerine getirilmesine katkıda bulunmak amacıyla, daha aktif bir rol üstlenmeye başlamıştır. AİHM'nin, kendi kararlarının yerine getirilmesindeki rolünü ele alan bu çalışma üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, Ek 14 No'lu Protokol'le yeniden düzenlenen AİHS'nin 46. maddesi kapsamında AİHM'nin yetkileri üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde, AİHM'nin artan başvuru yükü karşısında bir çıkış yolu olarak geliştirdiği pilot karar usulü ve uygulaması, örnek vakalar çerçevesinde incelenmektedir. Üçüncü ve son bölümde ise AİHM'nin, AİHS'nin 46. maddesine dayanarak davalı devletlerin alması gereken tedbirlere yer verdiği kararlar, farklı yönleriyle değerlendirilmektedir.

6 Keller, Marti, s. 829.

7 *motu proprio, sua sponte veya suo motu.*

8 Bkz. Antônio Augusto Cançado Trindade, "Compliance with judgments and decisions – The experience of the Inter- American court of Human Rights: a reassessment", *Dialogue between judges – Proceedings of the Seminar 31 January 2014: "Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?"*, European Court of Human Rights, Strasbourg, 2014, s. 10-17.

I. AİHS'nin 46. maddesi kapsamında AİHM'nin yetkileri

AİHS'nin 46. maddesinin Ek 14 No'lu Protokol yürürlüğe girmeden önceki metninde, üye devletlerin taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ettikleri (1. fıkra), Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarının, yerine getirilmesini denetlemek üzere Bakanlar Komitesi'ne gönderileceği (2. fıkra) hükme bağlanmıştır. AİHS'nin 46. madde başlığında tercih edilen "kararların bağlayıcı gücü" ifadesine madde metninde ayrıca yer verilmediği dikkat çekmektedir. Buna karşılık 1 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe giren Ek 16 No'lu Protokol'ün⁹ 5. maddesinde yer verilen, Mahkeme'nin istişari görüşlerinin bağlayıcı olmadığı yönündeki düzenlemeyle birlikte düşünüldüğünde, AİHM kararlarının bağlayıcı gücünün *res judicata*¹⁰ ilkesi ile ilişkili olduğu anlaşılmaktadır. Ancak AİHS sisteminde *res judicata* kavramının, *common law* sisteminde geçerli olan ve benzer davalarda uyulması zorunlu yargısal emsal niteliği taşımadığını belirtmek gerekir. AİHS uygulamasında ilke olarak, *common law* sisteminde öngörülen *stare decisis*¹¹ kuralı geçerli değildir.¹²

Ek 14 No'lu Protokol'le AİHS'nin 46. maddesinin 1. ve 2. fıkraları korunmuş, buna karşılık madde metnine aşağıdaki üç yeni fıkra eklenmiştir:

"...3. Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.

4. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Tarafa ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değer-

9 Türkiye'nin henüz onay sürecini tamamlamadığı Ek 16 No'lu İhtiyari Protokol, taraf devletlerin onay sırasında AK Genel Sekreterliği'ne bildirecekleri yüksek yargı organlarının, görülmekte olan bir davayla ilgili olması koşuluyla, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin yorumu ve uygulanması hakkında AİHM'den istişari görüş talep etmelerine imkân sağlamaktadır. İstişari görüş talep edilen taraf devletin ulusal yargıcının da yer alacağı AİHM Büyük Dairesinin beş yargıçından oluşan panel, istişari görüş verilmesi talebinin kabulüne veya gerekçeli olarak reddine karar verebilecektir. Talebin kabulü halinde, AİHM Büyük Dairesi konu hakkında bir istişari görüş hazırlayacaktır.

10 Muhkem kaziye ya da kesin hüküm.

11 Önceki kararlara uyma.

12 William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 866.

*lendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.*¹³

Ek 14 No'lu Protokol'ün Açıklayıcı Raporu'nda, 46. maddenin 3. fıkrasında yapılan düzenlemenin amacının, AİHM'ye kendi kararına bir yorum getirme yetkisi vermek olduğu, buna karşılık Mahkeme'ye, kararın yerine getirilmesi sürecinde taraf devletin aldığı önlemlerin yeterliliği hakkında hüküm verme yetkisi tanınmasının amaçlanmadığı belirtilmektedir. Açıklayıcı Raporda, Mahkeme kararlarının hızlı ve tam olarak yerine getirilmesinin hayati önemi haiz olduğu, Mahkeme'nin yinelenen (*repetitive*) davalarla iş yüküne boğulmaması için, özellikle yapısal sorunlarla ilgili davalarda bunun daha da önem kazandığı vurgulanmaktadır. Açıklayıcı Rapor'da ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında, taraf olduğu bir davada verilen karara uygun davranmayı reddeden devlete karşı, öncelikle ihtarda bulunulduktan sonra, AK Bakanlar Komitesi'nin üçte iki çoğunlukla alacağı kararla Mahkeme'de ihlal davası (*infringement proceedings*) açılabilceği ifade edilmektedir. İhlal davasının amacının Mahkeme'nin daha önce esası hakkında karar verdiği davanın yeniden açılması olmadığı, Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiği tespit edilen taraf devlet hakkında ayrıca parasal bir ceza verilmesinin söz konusu olmadığı, Rapor'da açıklığa kavuşturulmaktadır. AİHM kararlarının uygulanmasında yeni bir usul olan ihlal davası ile taraf devlet hakkında AK Statüsü'nün 8. maddesi uyarınca Bakanlar Komitesi'ndeki oy kullanma haklarının askıya alınması veya Örgüt'ten çıkarılma gibi en son başvurulabilecek ağır yaptırımlardan önce Bakanlar Komitesi'ne, kullanabileceği farklı baskı araçları verilmek istenmiştir.¹⁴

Ek 14 No'lu Protokol'le AİHS'nin 46. maddesine eklenen iki yeni usulle ilgili olarak AİHM'nin bugüne kadar verdiği herhangi bir karar bulunmamaktadır. Ancak ilk kez 5 Aralık 2017 tarihinde AK Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'nin 46. maddesinin 4. fıkrası uyarınca aldığı karar üzerine, *Ilgar Mammadov / Azerbaycan* kararının¹⁵ davalı devlet tarafından yerine getirilmediği gerekçesiyle ihlal davası süreci başlatılmıştır. AİHM daha önce *Ilgar Mammadov* başvurusunun esası hakkında 22 Mayıs 2014 tarihinde verdiği kararda, başvuranın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının (m. 5/1c ve 5/4), masumiyet karinesinin (m. 6/2) ve Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamaların öngörüldükleri

13 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (25 Eylül 2018).

14 Bkz. Council of Europe, "Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention", Strasbourg, 13 Mayıs 2004, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d380f> (25 Eylül 2018).

15 *Ilgar Mammadov / Azerbaycan* (15172/13), 22 Mayıs 2014.

amacın dışında uygulanmaması kuralının (m.18) ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM Büyük Dairesi, Sözleşme'nin 46. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, taraf devletin kararın yerine getirilmesine yönelik yükümlülüklerini ihlal edip etmediği sorununu inceleyecek ve bu konuda vereceği kararı, gereği için AK Bakanlar Komitesi'ne gönderecektir.¹⁶

AİHM, Sözleşme'nin 46. maddesinde açıkça öngörülen yetkilerinin yanı sıra, Sözleşme ihlali tespit ettiği bazı davalarda, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca adil tatmin taleplerini incelediği bölümde, ihlale yol açan sorunları çözmek ve benzer ihlalleri önlemek amacıyla davalı devletin alması gereken genel ve özel tedbirleri ortaya koymaktadır. AİHM taraf devletlere yol gösterme yetkisini Sözleşme'nin 46. maddesine dayandırmakla birlikte, Sözleşme'nin 46. maddesi de dâhil herhangi bir maddesinde veya AİHM İçtüzüğü'nde, Mahkeme kararlarının nasıl yerine getirileceği konusunda yol gösterme yetkisine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte AİHM İçtüzüğü'nde, aşağıda incelenecek olan pilot karar usulünü düzenleyen 61. maddenin 9. fıkrasında, Mahkeme'nin pilot kararlarının yanı sıra bir taraf devlette yapısal veya sistematik bir sorunun varlığına dikkat çekilen diğer kararların da AK Bakanlar Komitesi'ne, AK Parlamenterler Meclisi'ne, AK Genel Sekreterliği'ne ve AK İnsan Hakları Komiserliği'ne bildirileceği ifade edilmektedir. Böylece, taraf devletlerin onayına tabi olmayan ve AİHM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Mahkeme İçtüzüğü'nde, Mahkeme'nin pilot karar usulünün dışındaki kararlarında taraf devletlere almaları gereken genel ve özel tedbirler konusunda yol gösterme yetkisinden -dolaylı da olsa- söz edilmektedir. AİHM'nin Sözleşme ihlalinin tespit etmenin ötesinde davalı devlete kararın uygulanmasında yol gösterici tavsiyelerde bulunma yetkisi, AİHM'nin 46. maddesinin yanı sıra, yine aşağıda değinilecek olan, AK Bakanlar Komitesi'nin Res(2004)3 sayılı kararına dayandırılmaktadır. Ayrıca adil tatmin talepleriyle ilgili olarak, 28 Mart 2007 tarihinde İçtüzüğün 32. maddesi uyarınca AİHM Başkanlığı tarafından yayımlanan uygulama yönergelerinin 23. maddesinde Mahkeme kararlarının uygulanması hakkında bir ifade bulunmaktadır. Adil tatmin talepleriyle ilgili uygulama yönergelerine göre Mahkeme, çok istisnai hallerde davalı devletin tespit edilen ihlali sona erdirmesi veya telâfi etmesine, ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, kararın yerine getirilmesi amacıyla rehberlik yapmaya karar verebilecektir.¹⁷

16 Bkz. file:///C:/Users/w7/Downloads/ECHR%20to%2ouse%20new%20infringement%20procedure%20in%20case%20concerning%20Azerbaijan%20opposition%20politician%20for%20first%20time.pdf (25 Eylül 2018).

17 1 Ağustos 2018 tarihinde güncellenen AİHM İçtüzüğü ve uygulama yönergeleri için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (25 Eylül 2018). AİHM İçtüzüğü'nün Türkçe çevirisinin en son 1 Haziran 2015 tarihinde güncellendiği anlaşılmaktadır.

AİHM, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin davalı devletler tarafından ihlal edildiğini tespit ettiği davalarda, Sözleşme'nin 41. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi durumunda, başvuranın talebi üzerine, başvuran lehine maddi ve manevi tazminata, ayrıca yargılama giderlerine hükmedebilmektedir. Ancak AİHM ilk kez 1995 yılında adil tatmin talepleriyle ilgili *Papamichalopoulos / Yunanistan* kararında,¹⁸ daha sonra 2001 yılında *Brumarescu / Romanya* kararında¹⁹ davalı devletlerden öncelikle *restitutio in integrum*²⁰ sağlamalarını talep etmiştir. AİHM daha önce her iki başvurunun esası hakkında vermiş olduğu kararlarda,²¹ Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde güvenceye alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. AİHM başvuruların esası hakkında verdiği kararlardan sonra, başvuranların adil tatmin taleplerini incelemiştir. Mahkeme, başvuranların terditli olarak *restitutio in integrum* ve maddi tazminat taleplerini içeren adil tatmin konusunu inceleyerek, davalı devletlerin öncelikle başvuruya konu taşınmazları başvuranlara iadesine, iade işleminin öngörülen süre içinde gerçekleşmemesi durumunda ise takdir edilen maddi tazminat miktarının başvuranlara ödenmesine hükmetmiştir.²² AİHM'nin her iki kararında da, taraf devletlerin Mahkeme kararlarına uyma sorumluluğuyla ilgili, Sözleşme'nin (eski) 53. ve Mahkeme kararlarının uygulanmasının AK Bakanlar Komitesi'nce denetlenmesine ilişkin, Sözleşme'nin (eski) 54. maddelerine dayandığı dikkat çekmektedir.

AİHM, mülkiyet hakkıyla ilgili *restitutio in integrum* kararlarından sonra, ilk kez *Assanidze / Gürcistan* davasında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla ilgili olarak parasal olmayan bir yaptırıma karar vermiştir. AİHM, başvurunun esası hakkında verdiği kararda, Gürcistan Yüksek Mahkemesi'nin tahliye kararına rağmen, başvuranın keyfi olarak, belirsiz ve öngörülemez bir süre özgürlüğünden mahrum bırakılması nedeniyle AİHS'nin 5/1. maddesinde güvenceye alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, ayrıca mahkeme kararının infaz edilme-
mesi nedeniyle de AİHS'nin 6/1. maddesinde güvenceye alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. AİHM, adil tatmin talepleriyle ilgili olarak AİHS'nin 41. maddesinin yanı sıra Sözleşme'nin 46. ve taraf devletlerin insan haklarına saygı yükümlülüğünü düzenleyen 1. maddelerine atıf yaparak, ön-

18 *Papamichalopoulos / Yunanistan (14556/89)*, 31 Ekim 1995, §§ 34-38.

19 *Brumarescu / Romanya (28342/95)*, 23 Ocak 2001, §§ 19-22.

20 Eski hale getirme.

21 *Papamichalopoulos / Yunanistan (14556/89)*, 24 Haziran 1993, §§ 37-46; *Brumarescu / Romanya (28342/95)*, 28 Ekim 1999, §§ 66-80.

22 Bkz. Ingrid Nifosi-Sutton, "The Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Relief: a Critical Appraisal from a Right to Health Perspective", *Harvard Human Rights Journal*, Volume 23, Number 1, 2010, s. 56-59.

celikle davalı devletin mümkün olan en kısa zamanda başvuranın salıverilmesini temin etmesi gerektiğine, ayrıca başvuran lehine tazminat ve yargılama giderine hükmetmiştir.²³ AİHM'nin *Assanidze* kararının hemen ardından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında ilgili olarak parasal olmayan yaptırıma karar verilen diğer önemli başvuru ise Transdinyester Özerk Bölgesi'ndeki Sözleşme ihlalleriyle ilgili olarak Moldova ve Rusya aleyhine yapılan *İlaşcu vd.* başvurusudur. Moldova'nın toprakları içinde olmasına rağmen, fiilen Rusya'nın etkisi altında bulunan ve uluslararası alanda tanınmayan Transdinyester Özerk Bölgesi'nde, kişi özgürlüğü ve güvenliğinden mahrum bırakıldığını ve kötü muameleye maruz kaldığını iddia eden başvuranların Moldova ve Rusya aleyhine yaptıkları *İlaşcu vd.* başvurusunda da AİHM, keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan başvuranların derhal salıverilmeleri için davalı devletlerin gereken önlemleri alması gerektiğine karar vermiştir.²⁴

AİHM yukarıda değinilen ilk kararlarından sonra, farklı Sözleşme ihlalleri tespit ettiği başvurularda, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca kendi kararlarının yerine getirilmesi için davalı devletlerin alması gereken tedbirlere veya parasal olmayan yaptırımlara karar vermeyi sürdürmüştür. AİHM; Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak, devam eden ihlal durumunun sona erdirilmesi şeklinde bireysel, ihlalin ulusal hukuk düzenindeki yapısal veya sistematik bir sorundan kaynaklanması halinde ise ihlalin yinelenmesini önlemeye yönelik genel tedbirlere hükmedebilmektedir.²⁵ AİHM'nin kendi kararlarının yerine getirilmesi konusundaki yetkilerinin hukuki temeli bazı yazarlar tarafından, AİHS'nin 46. maddesiyle birlikte, Mahkeme'nin kuruluşunu düzenleyen 19. ve Mahkeme'nin yargı yetkisini düzenleyen 32. maddelerine dayandırılmaktadır.²⁶ Ancak Cremer'in ifade ettiği gibi, AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak ta-

23 *Assanidze / Gürcistan (71503/01)*, 8 Nisan 2004, §§ 169-184, §§ 196-207.

24 *İlaşcu vd. / Moldova ve Rusya (48787/99)*, 8 Temmuz 2004, §§ 483-490. *İlaşcu vd.* kararında AİHM, Transdinyester bölgesinde başvuranların maruz kaldığı Sözleşme ihlallerine yol açan olaylarda, bölgede fiilen hâkimiyeti olduğu veya en azından belirleyici etkisi olduğu gerekçeyle Rusya'nın yargı yetkisi (*jurisdiction*) bulunduğu sonucuna varmıştır. AİHM, Moldova yönünden ise üzerinde kontrolü olmayan toprak parçası bakımından, davalı devletin pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.

25 Valerio Colandrea, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the *Assanidze*, *Broniowski* and *Sejdovic* Cases" *Human Rights Law Review*, Volume 7, Number 2, 2007, s. 396-411.

26 Bkz. Linos-Alexander Sicilianos, "The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR", *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Ed.: Anja Seibert-Fohr, Mark E. Villiger, Ashgate-Nomos, Baden Baden, 2014, s. 306-310; Dominik Haider, *The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, s. 117-120.

raf devletlerin iç hukuktaki kurumsal düzenlemelerine kadar uzanmasına insan hakları ve hukuk devleti uğruna “evet” demek mümkün olsa da, bu tereddütsüz bir “evet” olmayıp, üzerinde hukuken çalışılmasına ve eleştirel düşünceye ihtiyaç duyulan bir konudur.²⁷

II. Pilot Karar Usulü ve Uygulaması

AİHS'nin 46. maddesi kapsamında davalı devletin birtakım genel tedbirler almasını gerektirecek yapısal veya sistematik bir soruna işaret eden ve birçok benzer şikâyete konu olan veya olması muhtemel başvurularda AİHM, pilot karar usulü adı verilen bir yöntem geliştirmiştir. Pilot karar usulü, temel yapısal veya sistematik bir sorunu ortaya koyan AİHM kararlarıyla ilgili olarak, AK Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarihli ve Res(2004)3 sayılı kararına dayanmaktadır. Bakanlar Komitesi söz konusu kararda, AİHM'yi Sözleşme ihlali tespit ettiği kararlarında, yeni başvurulara sebep olması muhtemel temel sistematik sorunu ve bu sorunun kaynağını ortaya koymaya ve böylece davalı devletlere uygun bir çözüm yolu bulmak, kendisine de kararların yerine getirilmesini denetlemek konusunda yardımcı olmaya çağırmıştır. Bakanlar Komitesi Res(2004)3 sayılı kararında ayrıca AİHM'yi, sistematik bir sorunun varlığına işaret eden kararlarını yalnızca kendisine ve ilgili devlete değil, aynı zamanda AK Parlamenterler Meclisi'ne, AK Genel Sekreterliği'ne ve AK İnsan Hakları Komiserliği'ne de bildirmeye, öte yandan bu kararları Mahkeme veri tabanında uygun bir şekilde ayırt edilebilir hale getirmeye davet etmiştir.²⁸

Pilot karar usulü temelde AİHS'nin 46. maddesine dayandırılmakla birlikte, Sözleşme'nin 46. maddesinde veya diğer maddelerinde bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Pilot karar usulü, 21 Şubat 2011 tarihinde AİHM Genel Kurulu kararıyla Mahkeme İçtüzüğü'ne eklenen 61. maddede düzenlenmektedir. Pilot karar usulünün uygulanmasında izlenecek yöntem, uygulama aşamaları, sonuçları ve kararın yerine getirilmesi süreci, İçtüzüğün 61. maddesinde ayrıntılı olarak yer almaktadır.²⁹ AİHM İçtüzüğü'nün 61. maddesinin 1. fıkrasına göre, Mahkeme'nin pilot karar uygulaması başlatabilmesi ve pilot karar verebilmesi

27 Hans-Joachim Cremer, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond res judicanda?”, *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Ed.: Anja Seibert-Fohr, Mark E. Villiger, Ashgate-Nomos, Baden Baden, 2014, s. 58.

28 Bkz. Council of Europe Committee of Ministers, *Resolution Res (2004) 3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem*, 12 Mayıs 2004, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd190 (25 Eylül 2018).

29 AİHM İçtüzüğü'nün en son 1 Haziran 2015 tarihinde güncellenen Türkçe çevirisi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf (25 Eylül 2018).

için başvuruya konu olayların davalı devlette yapısal veya sistematik bir soruna işaret etmesi ya da benzer başvurulara sebep olan/sebeplilik ihtimali bulunan işlevsel bozuklukları ortaya çıkarması gerekmektedir. Kendine özgü Sözleşme ihlali iddiaları içeren, diğer başvurularla önemli bir benzerlik göstermeyen veya davalı devlette yapısal veya sistematik bir sorun bulunduğunu ortaya çıkarmayan başvurularda pilot karar usulü başlatılması söz konusu olamayacaktır. İÇTÜZÜĞÜN 61. maddesinin 2. fıkrasına göre, AİHM, pilot karar usulünü başlatmadan önce, incelenmekte olan başvurunun, davalı devlette yapısal bir sorun veya işlevsel bozukluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, mevcut başvurunun pilot karar usulünün uygulanmasına elverişli olup olmadığı konusunda tarafların görüşlerine başvurmuştur. Pilot karar usulü Mahkemece re'sen başlatılabileceği gibi, taraflardan birinin veya her ikisinin talebiyle de başlatılabilir. Pilot karar usulü uygulanmasına karar verilen başvuru, İÇTÜZÜĞÜN 41. maddesi uyarınca öncelikle incelenecektir. İÇTÜZÜĞÜN 61. maddesinin 3. fıkrasına göre, Mahkeme vereceği pilot kararda, tespit ettiği yapısal veya sistematik sorun ya da diğer işlevsel bozukluğun niteliğinin yanı sıra davalı devletin ulusal düzeyde alması gereken düzeltici önlemleri (*remedial measures*) ortaya koyar. İÇTÜZÜĞÜN 61. maddesinin 4. fıkrasına göre, Mahkeme, davalı devletin alacağı önlemlerin niteliğini ve tespit edilen sorunun ulusal düzeyde çözülebileceği zamanı da göz önüne alarak hüküm fıkrasında, düzeltici önlemlerin öngörülen süre içinde gerçekleştirilmesine hükmedebilir. İÇTÜZÜĞÜN 61. maddesinin 5. fıkrasına göre, Mahkeme vereceği pilot kararda, davalı devletin alması gereken özel ve genel tedbirlerin hayata geçirilmesi sürecinde, adil tatmin konusunu kısmen veya tamamen saklı tutabilir.

Pilot karar usulünün benzer derdest başvurulara etkisi İÇTÜZÜĞÜN 61. maddesinin 6 ila 8. fıkraları arasında düzenlenmektedir. Buna göre Mahkeme uygun bulması halinde, pilot kararın hüküm fıkrasında belirtilen düzeltici önlemler alındığı süreçte, Mahkeme'de derdest olan benzer başvuruların tamamının incelenmesini erteleyebilir. İlgili başvuru sahipleri, uygun bir şekilde erteleme kararından haberdar edilir ve davalarını etkileyen gelişmeler hakkında kendilerine bilgi verilir. Mahkeme, adaletin iyi işleminin gerektirdiği hallerde, her zaman ertelenen bir başvuruyu yeniden incelemeye alabilir. Pilot davanın taraflarının dostane çözüme ulaşmaları halinde, davalı devlet tarafından, pilot kararda belirtilen genel tedbirlerin yerine getirilmesi, ayrıca mevcut ve potansiyel başvurular için getirilen hukuk yollarının beyan edilmesi gerekmektedir. Davalı devletin pilot kararın hüküm fıkrasında belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, Mahkeme, incelenmesi ertelenen başvuruları yeniden incelemek üzere gündemine alacaktır. Yukarıda değinildiği gibi, İÇTÜZÜĞÜN 61. maddesinin 9. fıkrasına göre, Mahkeme'nin aldığı pilot kararların yanı sıra bir taraf devlette yapısal veya sistematik bir sorunun varlığına dikkat çektiği diğer kararların da AK

Bakanlar Komitesi'ne, AK Parlamenterler Meclisi'ne, AK Genel Sekreterliği'ne ve AK İnsan Hakları Komiserliği'ne bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca İctüzüğün 61. maddesinin son fıkrasına göre, pilot karar usulünün başlatılması, pilot kararın verilmesi, yerine getirilmesi ve pilot karar sürecinin sonlandırılmasıyla ilgili bilgilerin AİHM'nin web sitesinde yayımlanması öngörülmektedir.³⁰

AİHM'de yıllar içinde biriken derdest başvuruların ve AİHM Sekreteryası'nın iş yükünün önemli bir bölümünü oluşturan benzer ve yinelenen davaları, ulusal hukuk sürecine yönlendirerek eritme düşüncesine dayanan pilot karar usulü, AİHS sisteminin reformu çalışmalarının bir ürünü olarak geliştirilmiştir.³¹ Mahkeme'nin Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından pilot karar usulüyle ilgili olarak yayımlanan bilgi notunda da, pilot karar usulünün amaçları, pilot kararın benzer başvurulara etkileri ve pilot karar usulünden Mahkeme'nin beklentileri açıklanmaktadır.³² Buna göre, Mahkeme aynı temel sebebe dayanan önemli sayıda başvuru aldığı anda, bu başvurulardan bir ya da birden fazlasını seçerek, öncelikle incelenmesine karar verebilir. Mahkeme seçtiği başvuru ya da başvuruları incelerken, somut başvuru ya da başvuruların ötesinde aynı konuda yapılan benzer tüm başvuruları kapsayacak bir çözüm yolu bulmaya çalışacaktır. Mahkeme'nin incelemesi sonucunda vereceği karar, bir pilot karar olacaktır. Mahkeme'nin vereceği pilot karardaki amaçları;

- Somut davada herhangi bir Sözleşme ihlali olup olmadığını tespit etmek,
- Sözleşme ihlalinin temelinde yatan, ulusal hukuktaki işlevsel bozukluğu ortaya koymak,
- Davalı devlete, tespit edilen işlevsel bozukluğun nasıl giderilebileceği konusunda açıkça yol göstermek,
- Benzer davalara (pilot karar usulünün sonuçlanmasını bekleyen derdest davalar dâhil) çözüm getirmeye elverişli bir iç hukuk yolu oluşturulmasını sağlamak, ya da en azından Mahkeme'de derdest olan tüm benzer davaların çözümlenmesini sağlamaktır.³³

30 AİHM İctüzüğü'nün güncel İngilizce metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (25 Eylül 2018); AİHM İctüzüğü'nün güncel Fransızca metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf (25 Eylül 2018).

31 Bu konuda bkz. The Right Honourable The Lord Woolf vd., *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, Aralık 2005, https://www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_ENG.pdf (25 Eylül 2018); *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15 Kasım 2006, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900016805d7893 (25 Eylül 2018). AİHM reformuyla ilgili diğer belge ve gelişmeler için bkz. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=> (25 Eylül 2018).

32 Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf (25 Eylül 2018).

33 A.y.

Böylece pilot karar usulüyle, Mahkeme'nin yinelenen davalara sebep olduğunu tespit ettiği yapısal veya sistematik sorunların giderilmesinde, ulusal makamlara yardımcı olunması amaçlanmaktadır. Bu şekilde aynı zamanda AK Bakanlar Komitesi'ne, Mahkeme kararlarının davalı devlet tarafından gereği gibi yerine getirilmesinin temin edilmesinde yardımcı olunmaktadır. Pilot karar usulünün önemli bir özelliği de, belirli bir süre için, benzer durumdaki tüm davaların incelenmesinin ertelenebilmesi veya dondurulabilmesine imkân sağlamasıdır. Bu durum, ulusal makamları gerekli adımların atılması konusunda teşvik etmeye yaramaktadır. Benzer başvuruların incelenmesinin ertelenmesi kararı, genellikle belirli bir süre için geçerli olup, davalı devletin pilot kararda varılan sonuçlarla ilgili olarak ivedi ve etkili adımlar atması koşuluna bağlıdır. Elbette bu süreçte, İçtüzüğü'nün 61. maddesinin 6. fıkrasının (b) bendinde öngörüldüğü üzere, davaları ertelenen başvuru sahiplerinin süreç hakkında bilgilendirilmeleri önem taşımaktadır. Mahkeme'ye göre pilot karar usulünün ardında yatan düşünce, aynı sorundan kaynaklanan çok sayıda başvuru mevcut olduğunda, söz konusu başvuruların tek tek Strasbourg'da incelenmesi yerine, ulusal hukukta etkin bir başvuru yolu oluşturulması halinde, başvuranların sorunlarına daha çabuk çözüm bulunabilmesidir. Mahkeme'nin ağır dava yükü, acil başvurular ve hukuken daha önemli sorunlar içeren davalar göz önüne alındığında, yinelenen başvuruların Mahkemece incelenmeden yıllarca beklemek durumunda kalabileceği belirtilmektedir.³⁴

Pilot karar uygulamasının hukuki temeli AK Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarihli ve Res(2004)3 sayılı kararına ve İçtüzüğü'nün 61. maddesine dayanmakla birlikte, pilot karar uygulamasına giden süreç söz konusu düzenlemelerden daha önce başlamıştır. Sözleşme'ye Ek 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinin ardından, benzer yapısal veya sistematik sorunlar nedeniyle Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısında öngörülmeyen bir artış yaşanmasıyla birlikte, taraf devletlerin iç hukuk düzeninde, yeni Sözleşme ihlallerini önleyecek ve mevcut ihlallerden kaynaklanan mağduriyetleri giderecek etkili başvuru yolları geliştirilmesi gerektiği ortaya çıkmıştır. Bu amaçla AK organları ve taraf devletler tarafından, iç hukukta Sözleşme ihlallerini önleyecek veya telâfi edecek yeni başvuru yolları oluşturulması çabalarına hız verilmiştir. Bu süreçte ulusal korumanın ve etkili iç hukuk yolları geliştirilmesinin önem kazanacağı, AIHM'nin emsal kararlarından anlaşılmaktadır.

AIHM'nin *Kudla / Polonya* kararında³⁵, başvuran hakkındaki ceza yargılamasının AIHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak makul bir sürede so-

34 A.y.

35 *Kudla / Polonya* (30210/96), 26 Ekim 2000.

nuçlandırılmadığı ve buna karşı başvuranın AİHS'nin 13. maddesi kapsamında iç hukukta müracaat edebileceği etkin bir hukuk yolunun bulunmadığını tespit etmesinin ardından, aleyhinde çok sayıda benzer derdest dava bulunan devletler, iç hukukta Sözleşme standartlarına uygun yeni başvuru yolları geliştirmeye çalışmıştır. Taraf devletlerin benzer ihlal iddialarıyla AİHM'ye başvuruda bulunanları da kapsayacak şekilde, iç hukukta etkili hukuk yolu oluşturmaya çalışmaları, Mahkeme tarafından da uygun görülerek, birçok derdest dava, başvuru tarihinden sonra oluşturulan iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunarak, başvuranlara yeni oluşturulan iç hukuk yolları adres gösterilmiştir. Bu kapsamda öncelikle İtalya'da 2001 yılında kabul edilen ve Pinto Yasası olarak da bilinen düzenlemeyle, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia eden başvuru sahiplerinin, ulusal mahkemelerde tazminat talebinde bulunmalarına imkân sağlanmıştır. AİHM bu gelişmenin ardından *Brusco / İtalya*³⁶ ve *Giacometti vd. / İtalya*³⁷ başvurularını, pilot karar usulüne benzer biçimde, dava tarihinden sonra oluşturulan iç hukuk yolunun tüketilmediği gerekçesiyle –bir bakıma geçmişe etkili şekilde– kabul edilemez bularak reddetmiştir. AİHM yine benzer şekilde, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiaları içeren *Zvonko Nogolica / Hırvatistan*³⁸ ve *Milan Andrášik vd / Slovakya*³⁹ başvurularını da yeni oluşturulan iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bularak reddetmiştir. Söz konusu kararlar hukuken pilot karar niteliğinde olmasa da, davalı devlette yapısal veya sistematik bir sorun tespit edildikten sonra, AİHS standartları doğrultusunda iç hukukta yeni bir müracaat yolu oluşturulması ve derdest başvuru sahiplerinin iç hukuka yönlendirilmesi, uygulama ve sonuçları bakımından pilot karar usulüyle benzer nitelik göstermektedir.

AİHM ilk pilot kararını, AK Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarihli ve Res(2004)3 sayılı kararının hemen ardından, henüz İçtüzüğü'nün 61. maddesinde pilot karar usulüyle ilgili düzenleme yapılmadan önce, 22 Haziran 2004 tarihinde *Broniowski / Polonya* başvurusunda vermiştir.⁴⁰ *Broniowski* davası, Bug Nehri davacıları (ya da mağdurları) olarak bilinen kişilerin, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ülke sınırlarının yeniden belirlenmesi nedeniyle, Polonya sınırlarının dışında kalan taşınmazları için kanunen aynı tazminat almaları gerekirken, davalı devletin kaynaklarının yetersizliği gerekçesiyle yeterli aynı veya

36 *Brusco / İtalya* (69789/01), 6 Eylül 2001.

37 *Giacometti vd. / İtalya* (34939/97), 8 Kasım 2001.

38 *Zvonko Nogolica / Hırvatistan* (77784/01), 5 Eylül 2002.

39 *Milan Andrášik vd / Slovakya* (57984/00 vd.), 22 Ekim 2002.

40 *Broniowski / Polonya* (31443/96), 22 Haziran 2004.

nakdî tazminat elde edememeleriyle ilgilidir. Sınırdış ülkelerin aralarındaki anlaşmalara dayalı olarak, bölgede 1944 ila 1953 yılları arasında yaklaşık 1.240.000 kişinin yeniden iskân edildiği tahmin edilirken, davalı devletin kayıtlarına göre, başvuruların durumunda olan 80.000 kadar hak sahibi bulunmaktadır. AİHM *Broniowski* kararında özellikle başvuranın durumundaki Bug Nehri davacılarına ulusal makamlar tarafından ödenen tazminatın taşınmaz değerinin çok altında kaldığını, bu uygulamanın başvurana, genel toplumsal yarar amacıyla haklı görülemeyecek, orantısız ve aşırı bir yük getirdiğini tespit etmiştir. Mahkeme başvuranın, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde güvenceye alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine; söz konusu ihlalin Polonya mevzuatı ve uygulamasındaki işlevsel bozuklukla bağlantılı bir sistematik sorundan kaynaklandığına; Polonya'nın Bug Nehri davacılarının mülkiyet hakkını güvenceye alacak, uygun hukuki ve idari tedbirler alması veya buna eşdeğer bir giderim sağlaması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme Broniowski davasının esası hakkındaki kararının ardından 6 Temmuz 2004 tarihinde verdiği bir kararla, benzer derdest başvuruların incelenmesinin Polonya Hükümetinin Broniowski kararında belirtilen tedbirleri yerine getirmesine bağlı olduğunu belirterek, ulusal düzeyde gerekli düzenlemeler yapılana kadar, benzer derdest ve daha sonra yapılabilecek başvuruların incelenmesinin ertelenmesine karar vermiştir.⁴¹ Daha sonra 2005 yılının Temmuz ayında Polonya'da çıkarılan yeni bir yasal düzenlemeyle, Bug Nehri davacıları için taşınmazın esas değerinin %20'sini aşmayacak miktarda tazminat ödenmesi kabul edilmiştir. Çıkarılan yasa ve ödeme planının uygulamada etkili olduğu sonucuna varan Mahkeme, sorunun ulusal düzeyde çözüldüğü gerekçesiyle, benzer iddialar içeren 200'ün üzerindeki derdest başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.⁴²

AİHM ikinci pilot kararını da yine eski rejim dönemine dayanan mülkiyet hakkıyla ilgili sistematik bir sorundan kaynaklanan *Hutten-Czapska / Polonya* davasında vermiştir.⁴³ *Hutten-Czapska* davasındaki sistematik problem, Polonya'da konut mevzuatında yer alan kira sınırlamaları nedeniyle, taşınmaz sahiplerinin yasada öngörülen kira tavanından kira bedeli elde etseler bile, kira gelirinden kâr etmek bir yana, taşınmazın bakım giderlerini bile karşılayamama-

41 European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, "Bug River" cases adjourned, 31 Ağustos 2004, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-1062015-1099568%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1062015-1099568%22]}) (25 Eylül 2018).

42 European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, First "pilot judgment" procedure brought to a successful conclusion Bug River cases closed, 6 Ekim 2008, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-2510971-2712345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-2510971-2712345%22]}) (25 Eylül 2018).

43 *Hutten-Czapska / Polonya* (35014/97), 19 Haziran 2006.

larıdır. Mahkeme, kira sınırlamalarından potansiyel olarak yaklaşık 100.000 taşınmaz malikinin etkilendiğini hesap etmiştir. AİHM *Hutten-Czapska* pilot kararında davalı devletten, mülkiyet hakkının korunması ilkelerine uygun olarak, taşınmaz sahiplerinin çıkarları ile toplumun genel yararı arasında adil bir denge sağlayacak hukuki düzenlemeleri hayata geçirmesini talep etmiştir. Polonya makamları, AİHM kararı uyarınca kira sınırlamalarıyla ilgili hukuki düzenlemeleri değiştirerek, taşınmaz sahiplerinin bakım giderlerini karşılayabilecek, ayrıca sermaye yatırımının geri dönüşüne imkân verecek, makul bir kâr elde etmelerini mümkün hale getirmiş ve geçmişteki mülkiyet hakkı ihlalleri için makul bir tazminat alma olanağı tanımıştır. Polonya makamlarının aldığı tedbirleri uygun ve yeterli bulan AİHM, kira sınırlamaları ile ilgili sistematik sorunun çözüldüğü gerekçesiyle, bu konudaki pilot karar usulüne son vererek, benzer iddialar içeren derdest davaların kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.⁴⁴ Pilot karar uygulanması başlatılan *Hutten-Czapska* davasıyla benzer şikayetler içeren *The Association of Real Property Owners in Łódź* davasında taşınmaz sahibi başvurular, sosyal korumadan yararlanan kiracıların, kira bedelini ödememeleri durumunda bile, kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ve kiralananın tahliyesi konusunda yaşanan sorunların devam ettiğini iddia etmiştir. AİHM pilot karar uygulamasıyla ilgili basın bülteninde, Polonya'da gerçekleştirilen yeni düzenlemelerin ardından kiraya verene, taşınmazın kira gelirinden makul bir kar elde etme hakkı tanındığını yineleyerek, eski rejimden kalan toplumsal sorunların çözülmesinde karşılaşılan güçlükler dikkat çemiştir. AİHM, geniş ölçekli siyasi kararlar alınmasını ve önemli yasal değişiklikleri gerektiren karmaşık sorunların kademeli olarak çözülmesinin anlaşılabilir olduğunu, ayrıca Polonya Yüksek Mahkemesi kararlarında, yerel yönetimlerin sosyal konut ihtiyacını karşılayamaması durumunda, taşınmaz maliklerinin maruz kalacağı zararlar dolayısıyla tazminata hak kazanacaklarının açıkça teyit edildiğini belirtmiştir.⁴⁵

AİHM'nin mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgili olarak verdiği pilot kararlar, *M.C. vd. / İtalya* davası dışında, Orta ve Doğu Avrupa devletlerinde eski rejim döneminden kalan birtakım yapısal veya sistematik sorunlardan ya da işlevsel bozukluklardan kaynaklanmaktadır.⁴⁶ *Suljagić / Bosna-Hersek* davası ile *Ališić vd.*

44 European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, *European Court closes pilot judgment procedure in Polish "rent-control" cases, following introduction of compensation scheme*, 31 Mart 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-1062015-1099568%22> (25 Eylül 2018).

45 A.e.

46 Bkz. European Court of Human Rights, *Factsheet – Pilot judgments*, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf (25 Eylül 2018). Pilot kararlarla ilgili bilgi notunun en son 2015 yılının Temmuz ayında güncellenen Türkçe çevirisi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_TUR.pdf (25 Eylül 2018).

/ *Bosna-Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti"* davası⁴⁷, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti dağılmadan önce bankalara yabancı para cinsinden yatırılan mevduatın veya yabancı para birimine bağlı varlıkların geri ödenmesinde yaşanan yapısal sorunlarla ilgilidir.⁴⁸ *Maria Atanasiu vd. / Romanya* davası, eski rejim döneminde kamulaştırılan ya da el konulan taşınmaz malların iadesi veya tazmini sisteminin, etkili bir şekilde işlememesinden kaynaklanmaktadır.⁴⁹ *Manushage Puto vd. / Arnavutluk* davası, eski rejim döneminde el konulan taşınmazlarına karşılık, rejim değişikliğinden sonra idari kararlarla takdir edilen tazminat bedellerinin başvuru sahiplerine ödenmemesiyle ilgilidir.⁵⁰ *M.C. vd. / İtalya* davası ise AİHM'nin mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgili olarak verdiği diğer pilot kararlardan oldukça farklı bir sorundan kaynaklanmaktadır.⁵¹ *M.C. vd. / İtalya* vakasında, 162 İtalyan vatandaşına kan nakli veya kan ürünlerinin kullanılması sırasında yanlışlıkla virüs bulaşmasının ardından, kendilerine Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen bir tazminat ödenmiş, ayrıca ek bir ödenek tahsis edilmiştir. Mağdur şahıslara tahsis edilen ek ödenekte güncel ekonomik koşullara uygun, makul bir oranda yıllık artış yapılması yönündeki taleplerin idare tarafından reddedilmesi üzerine, başvuranlar ek ödenek miktarının uyarlanması talebiyle iç hukukta dava açmıştır. Ancak henüz yargılama süreci tamamlanmadan önce çıkarılan bir kararnameyle, başvuranlara tahsis edilen ek ödenekte herhangi bir artış yapılmaması öngörülmüştür. Söz konusu kararnamenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itirazları inceleyen Anayasa Mahkemesi, kararname hükümlerinin iki mağdur grup arasında farklı uygulamaya yol açması nedeniyle, eşitlik ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte başvuranların durumlarında herhangi bir değişiklik olmamıştır. AİHM, dava konusu olaylar nedeniyle hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının, mülkiyet hakkının ve mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM pilot karar usulünü uyguladığı *M.C. vd. / İtalya* davasında, davalı devletten kararın kesinleşmesinden itibaren altı ay içerisinde gerekli önlemleri almasını ve güncellenecek ek ödenekle-

47 *Ališić vd. / Bosna-Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti"* (60642/08), 16 Temmuz 2014.

48 *Suljagić / Bosna-Hersek* (27912/02), 3 Kasım 2009.

49 *Maria Atanasiu vd. / Romanya* (30767/05 ve 33800/06), 12 Ekim 2010.

50 *Manushage Puto vd. / Arnavutluk* (604/07, 43628/07, 46684/07 ve 34770/09), 31 Temmuz 2012.

51 *M.C. vd. / İtalya* (5376/11), 3 Eylül 2013.

52 European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, *Pilot judgment: Italy must pay adjusted supplementary allowances in accidental contamination of blood cases*, 3 Eylül 2013, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-4476922-5394188%22>} (25 Eylül 2018).

rin hak sahiplerine ödenmesini talep ederek, benzer şikâyetler içerip, henüz davalı devlete tebliğ edilmeyen başvuruların incelenmesini bir yıl süreyle ertelemiştir.

AİHM'nin 2018 yılının Şubat ayına kadar verdiği pilot kararlar, AİHM Sekreteryası tarafından hazırlanan tematik bilgi notunda altı grup altında toplanmıştır.⁵³ Bu gruplardan ilki, pilot karar uygulamasının ilk örneklerini oluşturan ve yukarıda değinilen mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgili davalardır. İkincisi, ulusal mahkeme kararlarının uzun süre uygulanmaması ve bu konuda etkin bir iç hukuk yolu bulunmamasıyla ilgili davalardır.⁵⁴ Üçüncüsü, AİHM'ye bugüne kadar yapılan başvurular arasında en büyük grubu oluşturan⁵⁵ ve üye devletler arasında ortak ve yaygın bir soruna işaret eden, iç hukuktaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması ve buna karşı başvurulabilecek etkili bir iç hukuk yolu bulunmamasıyla ilgili pilot kararlardır.⁵⁶ Dördüncüsü, cezaevindeki hükümlülerin tamamının oy kullanma hakkından mahrum bırakılmasıyla ilgili olarak Birleşik Krallık aleyhine yapılan 2.500 benzer başvuruyu kapsayan pilot karar uygulamasıdır.⁵⁷ Beşincisi, ceza infaz kurumları, tutukevleri, nezarethaneler, göçmen kampları ve psikiyatri merkezlerindeki insanlık dışı ve aşağılayıcı koşullarla ilgili pilot kararlardır.⁵⁸ Altıncısı ise eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti vatandaşı olup, öngörülen süre içinde vatandaşlık başvurusu yapmadıkları ya da vatandaşlık başvuruları reddedildiği için, Slovenya'nın bağımsızlığını ilan etmesinden sonra vatandaşlık kaydı silinen (*erased*) kişilerin Slovenya aleyhine yaptığı başvurularla ilgili pilot karardır.⁵⁹ AİHM Sekreteryası, İçtüzüğü'nün 61. maddesinin son fıkrası uyarınca, pilot karar usulünün başlatılması, pilot kararın verilmesi, yerine getirilmesi ve pilot karar sürecinin sonlandırılmasıyla ilgili güncel bilgileri, her bir pilot karar için hazırlanan basın bültenleri yoluyla Mahkeme'nin web sitesinde yayımlamaktadır.

53 Bkz. European Court of Human Rights, *Factsheet – Pilot judgments*.

54 *Burdov / Rusya (No. 2) (33509/04)*, 15 Ocak 2009; *Olaru vd. / Moldova (476/07, 22539/05, 17911/08 vd.)*, 28 Temmuz 2009; *Yuriy Nikolayevich Ivanov / Ukrayna (40450/04)*, 15 Ekim 2009; *Gerasimov vd. / Rusya (29920/05 vd.)*, 1 Temmuz 2014.

55 AİHM İstatistikleri için bkz. https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n15187126324422121540715_pointer (25 Eylül 2018).

56 *Rumpf / Almanya (46344/06)*, 2 Eylül 2010; *Vassilios Athanasiou vd. / Yunanistan (50973/08)*, 21 Aralık 2010; *Dimitrov and Hamanov / Bulgaristan (48059/06 ve 2708/09) ve Finger / Bulgaristan (37346/05)*, 10 Mayıs 2011; *Ümmühan Kaplan / Türkiye (24240/07)*, 20 Mart 2012; *Michelioudakis / Yunanistan (54447/10)*, 3 Nisan 2012 ve *Glykantzı / Yunanistan (40150/09)*, 30 Ekim 2012; *Rutkowski vd. / Polonya (72287/10, 13927/11 ve 46187/11)*, 7 Temmuz 2015; *Gazsó / Macaristan (48322/12)*, 16 Temmuz 2015.

57 *Greens ve M.T. / Birleşik Krallık (60041/08 ve 60054/08)*, 23 Kasım 2010.

58 *Ananyev vd. / Rusya (42525/07 ve 60800/08)*, 10 Ocak 2012; *Torregiani vd. / İtalya (43517/09)*, 8 Ocak 2013; *Neshkov vd. / Bulgaristan (36925/10 vd.)*, 27 Ocak 2015; *Varga vd. / Macaristan (14097/12 vd.)*, 10 Mart 2015; *W.D. / Belçika (73548/13)*, 6 Eylül 2016; *Rezmives vd. / Romanya (61467/12)*, 25 Nisan 2017.

59 *Kurić vd. / Slovenya (26828/06)*, 26 Haziran 2012.

Doktrinde pilot kararların yanı sıra, yarı pilot kararlardan (*semi-pilot judgments*) söz edilmektedir.⁶⁰ Yarı pilot kararlardan kastedilen, pilot kararların çoğu unsurunu taşımakla birlikte, uygulanan usul yönünden bazı farklılıklar bulunması nedeniyle AİHM tarafından pilot karar olarak tasnif edilmeyen davalardır. Yarı pilot kararlara örnek olarak *Aslakhanova vd. / Rusya* kararı⁶¹ gösterilebilir. *Aslakhanova vd.* davası, başvuruların sekiz yakınının Rusya'ya bağlı Çeçenistan Cumhuriyeti'nin başkenti Grozni'de veya Grozni yakınlarında 2002-2004 yılları arasında güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınması ve kendilerinden bir daha haber alınmamasıyla ilgilidir. Başvuranların yakınlarının gözaltına alındıktan sonra öldükleri sonucuna ulaşan AİHM, AİHS'nin 2. maddesinde güvenceye alınan yaşam hakkının hem esas yönünden, hem kayıp şahıslarla ilgili etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca kayıp yakınlarının çektikleri acı ve ıstırap nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin, kayıp yakınlarının hukuki sebep olmaksızın gözaltında tutulmaları nedeniyle AİHS'nin 5. maddesinin, ayrıca dava konusu şikâyetlerle ilgili iç hukukta başvurulabilecek elverişli bir yol olmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM *Aslakhanova vd.* kararında, AİHS'nin 46. maddesine dayanarak, Çeçenistan ve İnguşetya'da gözaltında kayıp vakalarıyla ilgili çok sayıda benzer ihlal kararı ve derdest başvuru olduğuna dikkat çekmiş, mağdur ailelerin durumunun gözetilmesi ve kayıp şahıs vakalarının aydınlatılması için etkili soruşturmalar yürütülmesi konusunda davalı devletin alması gereken tedbirlere açıklık getirmiştir. Diğer yandan AİHM, iddia edilen ihlallerin ciddiyetini ve sürekliliğini dikkate alarak, benzer derdest başvuruların ertelenmesini uygun görmemiştir. *Aslakhanova vd.* kararı hukuken pilot karar niteliğinde olmamakla birlikte, pilot kararların ayırt edici özelliğinin AİHM'nin pilot karar uygulamasında benzer derdest başvuruların incelenmesini ertelemesi olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin; idare mahkemelerindeki yargılamaların uzunluğu ve buna karşı iç hukukta başvurulabilecek bir yol bulunmaması iddialarıyla ilgili *Vassilios Athanasiou vd. / Yunanistan* davası hukuken pilot karar olarak nitelendirilmekle birlikte, AİHM burada da benzer derdest başvuruların incelenmesini ertelemeyi uygun görmemiştir. Bu nedenle pilot kararlarla yarı pilot kararlar arasındaki farklılığın esastan çok usulle ilgili olduğu, İçtüzüğü'nün 61. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, pilot karar uygulanması konusunda (bağlayıcı olmamakla birlikte) mutlaka tarafların görüşlerinin alınması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer yandan pilot kararların icra sürecinde AK Bakanlar Komitesi tarafından öncelikle ele alınması gerektiği ileri sürülebi-

60 Bkz. Wojciech Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 34, 39; Sicilianos, s. 288.

61 *Aslakhanova vd. / Rusya (2944/06 vd.)*, 18 Aralık 2012.

lirse de, aynı önceliğin ve ön planda olma durumunun yarı pilot kararlar için de geçerli olduğu söylenebilir.⁶² Diğer yandan Leach vd. ise birinci kademede tam pilot davaları, ikinci kademede pilot benzeri kararları, üçüncü kademede ise sistematik sorunlara işaret eden diğer kararları incelemektedir.⁶³

Bu başlık altında pilot karar kapsamında incelenen davaların ilk örnekleri AK Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarihli ve Res(2004)3 sayılı kararına, daha sonraki davalar ise uygulamaya açıklık getiren İttüzüğün 61. maddesine dayanmaktadır. *Broniowski* davasıyla birlikte AİHM elverişli gördüğü benzer başvuru gruplarında pilot karar usulünü uygulamaya başlamış ve Sözleşme ihlallerini sona erdirmek ve uygun yollarla telâfi etmek için iç hukukta alınması gereken tedbirlere karar gerekçesinde ve kararın hüküm fıkrasında açıkça yer vermeye başlamıştır. Ancak AİHM'nin taraf devletlerdeki yapısal veya sistematik sorunlara ya da işlevsel bozukluklara işaret ettiği kararlar yalnızca pilot kararlardan ibaret değildir. AİHM ve hatta eski Komisyon tarafından pilot karar usulünün uygulanmaya başlanmasından önce, hukuken pilot karar olarak nitelendirilemese de, taraf devletlerin iç hukukunda Sözleşme ve Ek Protokol hükümlerine uyulmamasından kaynaklanan sorunların tespit edildiği çok sayıda karardan söz etmek mümkündür. AİHM, pilot karar uygulamasını başlattıktan sonra da, pilot karar usulü uygulamaya elverişli olmayan birçok bireysel başvuruda, davalı devletin iç hukuk sisteminden kaynaklanan, Sözleşme ve Ek Protokol hükümleriyle bağdaşmayan sorunlara dikkat çekmeye devam etmiştir. AİHM'nin karar gerekçesinde ve bazen hüküm fıkrasında Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca davalı devletlerin alması gereken genel veya özel tedbirlere yer verdiği –pilot kararlar dışındaki– farklı başvuru tiplerine önceki başlık altında yer verilmiştir.

III. AİHM'nin, AİHS'nin 46. Maddesine Dayanarak Verdiği Kararların Değerlendirilmesi

AİHM'nin davalı devletlerin hukuk düzeninde ya da uygulamasında AİHS ve Ek Protokollerle bağdaşmayan yapısal veya sistematik sorunlar tespit etmesi halinde, AİHS'nin 46. maddesine dayanarak alınması gereken genel ve özel tedbirlere kararlarında açıkça yer vermesi ve uygun gördüğü başvurularda pilot karar usulü başlatmasının çeşitli yönlerden değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle AİHM'nin bireysel başvurular kapsamında kullandığı hukuki yetkilerin açıkça AİHS ve Ek Protokollerde yer almadığı halde, AK Bakanlar Komitesi Kararı, AİHM İttüzüğü veya yargı pratiğine dayanmasının, uluslararası insan hakları hukukuna uygunluğu üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, AİHS sisteminde giderek önem

62 Sicilianos, s. 288-290; Sadurski, s. 39-44.

63 Philip Leach, vd., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, s. 15-27.

kazanmaya başlayan ulusal korumanın önceliği ve ikincillik ilkesinin, Sözleşme standartlarının korunması ve geliştirilmesi için elverişliliği değerlendirilecektir. Üçüncü olarak, AİHM'nin verdiği pilot veya pilot benzeri kararların davalı devletlerce uygulanma şekli ve sonuçları ele alınacaktır. Son olarak, AİHM'nin kendi kararlarının yerine getirilmesindeki rolünün, AİHS sisteminin orta ve uzun vadede etkinliğinin sürdürülmesi üzerindeki etkilerine değinilecektir.

Uluslararası mahkeme ve diğer yargı organlarının kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkileri, yargılama usulü, kararlarının niteliği ve uygulanması gibi yargılamaya ilişkin temel kurallar, ilke olarak kurucu belgelerde düzenlenmektedir. AİHM yönünden kurucu belge niteliği taşıyan AİHS'nin 19. ve 32. maddelerine göre Mahkeme'nin yargılama yetkisi, Sözleşme'nin 33, 34, 46 ve 47. maddeleri uyarınca kendisine intikal eden, Sözleşme ve Ek Protokol hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili tüm konuları kapsamaktadır. AİHM'nin yargılama yetkisi konusunda uyuşmazlık olması halinde, son kararı Mahkeme'nin kendisi verecektir. Bununla birlikte AİHM kararlarının büyük bölümünde, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için ulusal hukuk sisteminde alınacak tedbirlerin belirlenmesinde, taraf devletlerin –somut olayın özelliklerine göre– geniş veya daha dar bir takdir marjına (*margin of appreciation*) sahip olduğu kabul edilmektedir.⁶⁴ Buna karşılık Greer'a göre, Sözleşme'de güvenceye alınan hakların niteliği ve kapsamı gereği herhangi bir kamu yararına dayanmaksızın tanımlanması icap eden durumlarda, AİHM tarafından sorunun tüm taraf devletlerde aynı şekilde çözümlenmesi gerekmektedir.⁶⁵ Greer, öncelik ilkesi uyarınca, AİHS'nin 3, 4/1 ve 7/1. maddelerinde güvenceye alınan mutlak haklar ve AİHS'nin 2/2. ve 15. maddelerinde belirtilen mutlak zorunluluk durumunun tespit edilmesi konusunda AİHM'nin kesin belirleyici olması gerektiğini; ayrıca diğer haklar yönünden de takdir marjı ve kamu yararıyla denge kurulmaya çalışılmasından ziyade, haklara öncelik verilmesinin daha uygun olacağını ileri sürmektedir.⁶⁶ AİHS ve Ek Protokol hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda son sözü söyleme yetkisine sahip olan AİHM'nin başlangıçta yargısal aktivizmle yargısal sınırlılık arasında izlediği orta yol, ilerleyen yıllarda gelişmeci yorum, yenilikçi yorum, Sözleşme'yi hazırla-

64 Takdir marjı kavramının AİHM kararlarında çok fazla kullanılmasına rağmen, takdir marjı doktrininin bugüne kadar yeterince açıklığa kavuşturulmadığı, ayrıca tutarlı ve yeknesak bir uygulamadan yoksun olduğu yönündeki eleştiri ve öneriler için bkz. Jan Kratochvíl, "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 29, Number 3, 2011, s. 324-357.

65 Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, s. 32-34.

66 A.e.; Steven Greer, "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 23, Number 3, 2003, s. 405-433.

yanların niyetlerine aykırı yorum ve otonom kavramlar gibi uygulamalarla yargısal aktivizmden yana yön değiştirmiştir. AİHM'nin aktif tutumu, uluslararası hukukun kural koyma kapasitesinin sınırlılığı içinde işlevlerini yerine getirmek zorunda kaldığı için, bir noktaya kadar haklı görülmüştür.⁶⁷ Orta ve Doğu Avrupa devletlerinin Avrupa Konseyi'ne üye olmalarını aynı zamanda hem tehdit hem ümit verici bir gelişme olarak nitelendiren Sadurski, özellikle pilot karar usulünün geliştirilmesinin AİHM'yi Avrupa ölçeğinde anayasal benzeri bir yargısal organ haline getirdiği ve AİHS sisteminin anayasallaştığı yönündeki görüşleri farklı bir bağlamda yeniden gündeme getirmiştir.⁶⁸

AİHM ilk zamanlarda Sözleşme'nin lafzına uygun olarak yalnızca tespit kararlarıyla sınırlı kullandığı yargılama yetkisini, zaman içinde AİHS'nin 46. maddesine dayanarak, davalı devletlerce birtakım genel ve özel tedbirler alınmasını gerektiren emredici kararlarla ve pilot karar usulüyle genişletmiştir. AİHM pilot benzeri kararların ilk örneklerini, yukarıda belirtildiği gibi, AK Bakanlar Komitesi'nin Res(2004)3 sayılı kararından ve İçtüzüğü'nün 61. maddesinde yapılan değişiklikten önce vermeye başlamıştır. Sözleşme'ye Ek 11 No'lu Protokol'ün hazırlık çalışmalarında Mahkeme'nin AİHS'nin 46. maddesi kapsamındaki yetkilerinin artırılması gereksinimi henüz ortaya çıkmamış olsa da, Ek 14 No'lu Protokol'ün hazırlık sürecinde ve sonrasında, AİHM'nin bu konudaki kararları ve düzenleme ihtiyacı bilinmekteydi. Buna rağmen, AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak kullandığı yetkiler ve özellikle pilot karar uygulaması, Sözleşme metnine dâhil edilmemiştir. Bunun nedeni AK'nin karar organı olan ve AİHS'nin koruma mekanizmasında kendisine birtakım yetkiler verilen Bakanlar Komitesi'nde karar alınmasının, üye devletlerin tamamının onay sürecini gerektiren (ihtiyari olmayan) Ek Protokol yoluyla Sözleşme değişikliği yapılmasından daha kolay olmasıdır.⁶⁹

AİHM'nin İçtüzük hükümleri ise AİHS'nin 25. maddesi uyarınca, Mahkeme Genel Kurulu tarafından kabul edilmekte ve ayrıca taraf devletlerin onayına ihtiyaç göstermemektedir. Bu nedenle pilot karar usulü, daha önceki uygulamalar dikkate alınarak, yargılamanın bir gereği olarak düşünüldüğünden, Sözleşme'de somut bir

67 Dragoljub Popovic, "Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" *Creighton Law Review*, Volume 42, 2009, s. 361-396.

68 Wojciech Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review*, Volume 9, Number 3, 2009, s. 397-453. AİHS sisteminin anayasallaşma eğilimi ve anayasallaşma sürecinin hızlanması talebi diğer bazı yazarlar tarafından da dile getirilmiştir. Örneğin bkz. Steven Greer, s. 432-433; Steven Greer, Luzius Wildhaber, "Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights" *Human Rights Law Review*, Volume 12, Number 4, 2012, s. 655-687.

69 Aynı yöndeki görüşler için bkz. Markus Fynys, "Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, Volume 12, Number 5, 2011, s. 1231-1259.

dayanağı olmadığı halde, yalnızca ilgili AK Bakanlar Komitesi kararına dayanılarak, AİHM İçtüzüğü'nün 61. maddesinde düzenlenmiştir. Sainati, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Federal Medeni Yargılama Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenen topluluk (ya da grup) davaları (class actions) hakkındaki usul güvencelerinin, temsil edilmeyen başvuru sahipleri ya da mağdurların haklarını da göz önüne alacak şekilde insan hakları davalarına uyarlanmasını ve AİHM İçtüzüğü'nün 61. maddesinin bu doğrultuda yeniden düzenlenmesini önermiştir.⁷⁰ AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesini referans göstererek hükmettiği genel ve özel tedbirler ile pilot karar usulü, bu çalışma kapsamında incelenen literatürün büyük bir bölümü ve uygulama tarafından, zorunlu bir gelişmenin ürünü, Sözleşme'ye uygun ve rasyonel bir yargı tasarrufu olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla yargı pratiğinin gerektirdiği zorunlu hallerde uluslararası mahkemelerin, özellikle de insan hakları mahkemelerinin, kurucu belgelerinde doğrudan hüküm bulunmayan konularda inisiyatif olarak yetki kullanabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Pilot karar usulüne yöneltile eleştiriler uluslararası hukuka uygunluğundan ziyade, AİHS sisteminin sürdürülebilirliğini ve geleceğini güvenceye almak amacıyla başvuru sahibi bireylerin ve bireysel başvuruların göz ardı edildiği noktasında yoğunlaşmaktadır.⁷¹

İkinci olarak, AİHS sisteminde giderek önem kazanmaya başlayan ulusal korumanın önceliği ve ikincilik ilkesinin, Sözleşme standartlarının korunması ve geliştirilmesi için uygun ve elverişli olup olmadığı üzerinde durulması gerekmektedir. İkincilik ilkesine AİHS'nin orijinal metninde yer verilmemekle birlikte, Sözleşme'nin birçok maddesinden, hak ve özgürlüklerin korunmasında asıl sorumluluğun ulusal makamlara ait olduğu ve bu yükümlülüklerin Sözleşme standartlarına uygun olarak yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. AİHS'nin insan haklarına saygı yükümlülüğünü düzenleyen 1. maddesi; iç hukukta etkin başvuru yolu hakkını düzenleyen 13. maddesi; kabul edilebilirlik koşulları arasında, öncelikle iç hukuk yollarının tamamının tüketilmesi gerektiğini belirten 35. maddesinin 1. fıkrası, AİHS sisteminin ikincilik ilkesini esas aldığı ortaya koymaktadır. AİHM, söz konusu Sözleşme hükümlerine dayanarak, yukarıda değinilen *Kudla / Polonya* kararında ve sonraki içtihadında ikincilik ilkesine açıkça yer vermiştir. AİHM ayrıca *Austin / Birleşik Krallık* kararında⁷² ikincilik ilkesine

70 Bkz. Tatiana Sainati, "Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights", *Harvard International Law Journal*, Volume 56, Number 1, 2015, s. 147-205.

71 Örneğin bkz. Janneke H. Gerards, Lize R. Glas, "Access to Justice in the European Convention on Human Rights System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 35, Number 1, 2017, s. 11-30; Fyrynys, s. 1258-1259; Selman Karakul, "How Effective are National Remedies in Securing International Justice?", *Rethinking International Law and Justice*, Ashgate Publishing, Ed.: Charles Sampford, Spencer Zifcak, Derya Aydın Okur, Farnham, 2015, s. 94-97.

72 *Austin vd. / Birleşik Krallık* (39692/09, 40713/09 ve 41008/09), 15 Mart 2012.

Sözleşme'nin 1. ve 19. maddelerinin birlikte okunması sonucunda da ulaşılabileceğini belirterek, davaya konu olayların araştırılması ve tespitinin ulusal mahkemelerin görevi olduğunu, ancak AİHM'nin ulusal mahkemelerin bulgularıyla bağlı olmadığını, elinde ikna edici unsurlar bulunması halinde ulusal mahkemelerin bulgularından ayrılabilceğini kabul etmiştir.⁷³ Spano'ya göre, AİHM artık esasları ortaya koyan değil, usulleri ortaya koyan bir aşamaya geçmiş olup, "ikincillik" çağında Mahkeme bundan böyle ulusal hukuk düzeninde Sözleşme'ye uyumu teşvik etmeye yönelik, sürece dayalı bir denetim mekanizması geliştirmeye başlamıştır.⁷⁴ Taraf devletlerin belirleyeceği ulusal yüksek yargı organlarının, görülmekte olan bir dava kapsamında, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin yorumu ve uygulanmasıyla ilgili olarak AİHM'den istişari görüş istemelerine olanak sağlayan Sözleşme'ye Ek 16 No'lu Protokol'ün Başlangıç kısmında, söz konusu düzenlemenin ikincillik ilkesi uyarınca getirildiği belirtilmektedir. AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak davalı devletin alması gereken genel ve özel tedbirleri belirtmesi, ayrıca uygun gördüğü hallerde pilot karar uygulaması başlatması, ikincillik ilkesinin AİHS uygulamasında belirgin bir şekilde ön plana çıkmaya başladığını göstermektedir. İkincillik ilkesinin AİHS uygulamasından yaklaşık 50 yıl sonra yeniden gündeme gelmesinin iki soruna işaret ettiği söylenebilir. İlki, Sözleşme'nin yarım asırlık uygulamasında halen taraf devletlerin ulusal hukukunda veya uygulamasında çözüm bekleyen sistemik ya da yapısal sorunlar veya işlevsel bozukluklar bulunabilmesi; ikincisi ise uluslararası ve bölgesel insan haklarını koruma mekanizmalarının yinelenen başvuru gruplarının oluşturduğu dava yükü nedeniyle işleyemez hale gelebilmesidir.

Üçüncü olarak, AİHM'nin verdiği belli başlı pilot veya pilot benzeri kararların davalı devletlerce uygulanma yöntemi ve bu uygulamanın başvuru sahipleri üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İtalya'da 2001 yılında kabul edilen ve Pinto Yasası olarak da bilinen düzenlemenin ardından, AİHM'nin *Brusco / İtalya ve Giacometti vd. / İtalya* başvurularını, yeni oluşturulan iç hukuk yolu tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bularak reddettiğine yukarıda değinilmişti. Başvuru sahiplerinin büyük bir bölümü, iç hukukta getirilen hukuk yolundan tatmin edici bir sonuç alamadıkları için, AİHM'ye başvurularının yeniden gündeme alınması talebiyle müracaat etmiştir. Pinto Yasası, İtalya'da makul süreyi aşan yargılamaları ve bu durumdan mağdur olan bireylerin sorunlarını çözemediği, ulusal mahkemelerde zaten yoğun olan dava yükünü daha da

73 Bkz. Alastair Mowbray, "Subsidiarity and the European Convention on Human Rights" *Human Rights Law Review*, Volume 15, Number 2, 2015, s. 313-341.

74 Robert Spano, "The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, 18, 3, 2018, s. 473-494.

75 Marco Fabri, "The Italian Maze Towards Trials Within Reasonable Time" *The right to trial*

arttırdığı ve devlet hazinesine ek yük getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷⁵ Pilot karar usulünün ilk kez uygulandığı *Broniowski / Polonya* kararında ve ardından *Hutten-Czapska / Polonya* kararında AİHM, eski rejim döneminden kalan mülkiyet hakkıyla ilgili yapısal sorunların çözümünde, toplumsal çıkarlarla bireysel çıkarları dengeleyecek uygulanabilir genel tedbirler alınmasını ve başvuruların zararlarının makul bir ölçüde karşılanmasını Sözleşme standartlarına uygun bulmuştur. Mülkiyet hakkıyla ilgili pilot veya pilot benzeri kararlarda AİHM, yeni oluşturulan hukuk yollarının uygulamada etkin bir şekilde işlediğine ikna olduktan sonra, incelenmesi ertelenen benzer başvuruların kayıttan düşürülmesine karar vermektedir. AİHM, mülkiyet hakkıyla ilgili davaların ardından, ulusal mahkeme kararlarının uygulanmaması ve yargılamanın makul bir sürede sonuçlanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkı ihlali tespit edilen başvuru gruplarında pilot karar usulünü başlatmıştır. AİHM önündeki dava yükünün en büyük bölümünü oluşturan adil yargılanma hakkıyla ilgili başvuruların pilot karar usulüyle eritilmesi, dönemsel veya geçici işlevsel bozukluklardan kaynaklanan davalardan daha zor görünmektedir. Ceza ve tutukvelelerindeki insanlık dışı ve aşağılayıcı koşullarla ilgili benzer başvurularda pilot karar usulünün başlatılması, taraf devletlerin kararın yerine getirilmesi sürecinde alacağı genel ve özel tedbirleri hızlandıracak gerekçesiyle olumlu gibi görünse de, benzer şikâyetlerle yapılan ancak farklı unsurlar içeren bireysel başvuruların AİHM denetimi dışında kalma ihtimali göz ardı edilmemelidir. Nitekim AİHM de mutlak haklar arasında yer alan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının temel niteliğini göz önüne alarak, *Ananyev vd. / Rusya, Neshkov vd. / Bulgaristan* ve *Varga vd. / Macaristan* pilot kararlarında, derdest başvuruların incelenmesinin ertelenmesinin uygun olmayacağına karar vermiştir.⁷⁶ Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise pilot veya pilot benzeri kararların ardından, benzer derdest başvurular kayıttan düşürülmüş olsa bile, ihlal durumunun devam etmesi veya gelecekte benzer ihlal olaylarının tekrar yaşanması halinde, AİHM'nin yapılacak başvuruları yeniden incelemeye yetkili olacağıdır. AİHM'nin pilot veya pilot benzeri kararları dışında, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca davalı devletin alması gereken genel ve özel tedbirlere hükmettiği kararların denetim süreci, diğer ihlal kararlarında olduğu gibi AK Bakanlar Komitesi tarafından yerine getirilmektedir. Ancak AİHS'nin 46. maddesine atfı yapılan AİHM kararlarında, AK Bakanlar Komitesi'nin öncelikle AİHM'nin davalı devletten alınmasını talep ettiği tedbirlerin yerine getirilmesini denetlemesi doğaldır.

within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2009, s. 17-18. Fabri'ye göre Pinto Yasası, sorunları halının altına süpürmeye çalışan, masraflı ve faydasız bir teselli ilacına (placebo) benzemektedir.

76 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Pilot judgments".

Son olarak, AİHM'nin kendi kararlarının yerine getirilmesinde üstlendiği aktif rolün, AİHS sisteminin orta ve uzun vadede etkinliğinin sürdürülmesi üzerindeki olası etkileri üzerinde durulacaktır. AİHS'nin reformu çalışmaları Ek 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra AİHM'ye yapılan başvuru sayısında öngörülemeyen bir artış yaşanması üzerine, AİHM'nin orta ve uzun vadede etkinliğinin sürdürülebilmesi amacıyla 2000'li yılların ilk yarısında başlamıştır. Bu kapsamda yapılan resmi çalışmalar arasında, İngiltere ve Galler eski Başyargı-cı olan Lord Woolf'un AİHM'nin Çalışma Yöntemleri Hakkındaki Raporu, Akıl Adamlar Grubu Raporu, AK Bakanlar Komitesi'nce bugüne kadar alınan çeşitli kararlar, Ek 14, 15 ve 16 No'lu Protokollerin hazırlanması, 2010 Interlaken Konferansı, 2011 İzmir Konferansı, 2012 Brighton Konferansı, 2014 Oslo Konferansı, 2015 Brüksel Konferansı ve 2018 Kopenhag Konferansı sayılabilir. Söz konusu çalışmaların birçoğunda AİHM'nin özellikle yinelenen başvurulara yol açan yapısal veya sistematik sorunları kararlarında ortaya koyması ve pilot karar usulünün geliştirilmesi üzerinde durulmuştur. 2012 Brighton Konferansı'nın Sonuç Bildirgesi'nde AİHS'nin ulusal düzeyde uygulanması ve ikincilik ilkesine özellikle vurgu yapılarak, AİHM iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili içtihadını geliştirmeye ve elverişli bir iç hukuk yolu mevcut olduğunda, ulusal mahkemelere AİHM kararları doğrultusunda Sözleşme'yi uygulama imkânı vermeye davet edilmiştir. Ayrıca Brighton Bildirgesi'nde AK Bakanlar Komitesi, Mahkeme'nin pilot karar uygulamasında az sayıda temsili başvuruyu belirlemesi ve bu başvurularda tespit ettiği sonuçların aynı devlete karşı yapılan benzer grupta yer alan bütün başvurulara uygulanabilmesi usulünü geliştirmesi için çalışmaya davet edilmiştir. Konumuzla ilgisi bakımından Brighton Bildirgesi'nde AİHM'nin yinelenen davalarla ilgili aldığı proaktif tedbirler ve özellikle pilot karar uygulaması övülerek, AK Bakanlar Komitesi'nden, pilot kararların öncelikle ve etkin bir şekilde yerine getirilmesinin denetimine önem vermesi istenmiştir.⁷⁷ 2018 Kopenhag Konferansı'nın Sonuç Bildirgesi'nde de AİHS'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin ulusal düzeyde korunmasının esas olduğuna ve ikincilik ilkesine vurgu yapılmaktadır. Diğer yandan, pilot karar usulünün olumlu etkilerine dikkat çekilmekte ve AİHM kararlarının uygulanmasında taraf devletlerin sorumlulukları vurgulanarak, AK Bakanlar Komitesi'ne istisnai hallerde de olsa, gerekli görülmesi halinde, AİHS'nin 46. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında öngörülen yollara başvurabileceği hatırlatılmaktadır.⁷⁸ Görüldüğü gibi AİHS sisteminin reformu çalışmalarında

77 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, *Brighton Declaration*, 19-20 Nisan 2012, https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Final_Declaration_ENG.pdf (25 Eylül 2018).

78 High Level Conference Meeting in Copenhagen, *Copenhagen Declaration*, 12-13 Nisan 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf (25 Eylül 2018).

AİHM'nin özellikle yinelenen davalarda yapısal veya sistematik sorunlara dikkat çekerek, aktif tutum üstlenmesi ve pilot karar uygulaması övülmekte, AİHM'nin iç hukuk yollarının tüketilmesi konusundaki içtihadını geliştirerek, ulusal makamlara AİHS'yi uygulama imkânı vermesi istenmektedir. Bir bakıma AİHM, AİHS sisteminin reformu çalışmaları kapsamında özellikle yinelenen başvurularda pilot veya pilot benzeri karar usulünü uygulamaya teşvik edilmekte, ancak bu uygulamanın başvuru sahibi bireyler üzerindeki etkileri üzerinde durulmadığı gibi, reform çalışmalarının sürekli yinelenen sonuçlarının AİHS sistemine eklenmesi gibi kapsamlı hukuksal düzenlemeler hayata geçirilememektedir.

Sonuç

Soğuk Savaş sonrasında Orta ve Doğu Avrupa devletlerinin AK üyesi olarak AİHM denetimine tabi olması ve AİHS'ye Ek 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle Mahkeme'nin dava yükünün kısa sürede öngörülemez kadar artması, diğer AK organlarının yanı sıra Mahkeme'yi kaçınılmaz olarak yeni çözüm arayışlarına sevk etmiştir. AİHM'ye yapılan başvuruların önemli bir bölümünün taraf devletler hakkında benzer şikâyetler içeren yinelenen başvurulardan oluşması, Sözleşme'nin uygulanmasıyla ilgili yapısal veya sistematik sorunları ya da ulusal hukuktan kaynaklanan işlevsel bozuklukları ortaya çıkarmıştır. Diğer yandan AİHM bazı istisnai başvurularda, davalı devletlerce ısrarla sürdürülen Sözleşme ihlaline son verilmesi ve ihlalin sonuçlarının giderilmesi için daha aktif bir tutum geliştirmeye başlamıştır. Bu bağlamda AİHM Sözleşme ve Ek Protokol hükümlerinin ihlal edilip edilmediği ile sınırlı tespit kararlarının ötesinde, -sayıca az olsa da- ihlalin sonlandırılması veya telâfi edilmesi, ayrıca iç hukukta genel veya özel nitelikte birtakım tedbirler alınmasını gerektiren emredici nitelikte kararlar vermeye başlamıştır. AİHM'nin, Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak verdiği ulusal makamları yönlendirici kararlar ve özellikle pilot karar uygulaması sayesinde, kendi verdiği kararların yerine getirilmesinin denetim sürecinde AK Bakanlar Komitesi ile birlikte önemli bir işlev üstlenmeye başladığı görülmektedir.

AİHM'nin kendi kararlarının yerine getirilmesi kapsamında üstlendiği işlev, AİHS sisteminin sürdürülebilirliği ve geleceğini güvenceye almaya katkıda bulunduğu ve ikincilik ilkesine uygun olarak iç hukuk yollarının geliştirilmesini desteklediği için taraf devletlerin büyük bir bölümü tarafından olumlu karşılanmaktadır. Pilot veya pilot benzeri kararlar ile AİHS'nin 46. maddesine dayanarak alınan diğer kararların başarılı örnekleri ve olumlu sonuçları bulunmakla birlikte, başvuru sahiplerini olumsuz etkileyen yönleri de göz ardı edilemez. AİHM'nin bazı kararlarında bireysel koruma standardını geliştirirken, özellikle bazı pilot veya pilot benzeri kararlarında genel toplumsal yarar ile bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurma arayışıyla bireysel koruma standardını düşürmesi, benzer başvurular arasında farklı uygulamalara yol açmaktadır. Di-

ğ er yandan ikincilik ilkesinin yeniden ağırlık kazanması ve Sözleşme'nin uygulanmasında iç hukuk yollarının adres gösterilmesi prensip olarak doğru olmakla birlikte, Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması ve AİHM kararlarının yerine getirilmesi sürecinde öngörülemeyen bazı yeni sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin; AİHM'nin *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya* başvurusu hakkında verdiği karar AK nezdinde farklı bir sorunu gündeme getirmiştir.⁷⁹ Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin bugüne kadar hükmettiği en yüksek tazminat miktarını⁸⁰ içeren Yukos kararını Rusya Federasyonu Anayasası'na aykırı bularak, kararın uygulanamayacağına hükmetmiştir.⁸¹ Böylece ilk kez taraf devletlerden birinin yüksek mahkemesi, kesinleşmiş bir AİHM kararını açıkça ulusal hukuka aykırı bulma yetkisini kendisinde görerek, AİHM kararlarının yerine getirilmesi sürecinde yeni bir soruna yol açmıştır.

AİHM'nin orta ve uzun vadede etkinliğinin sürdürülebilmesi amacıyla yürütülen çalışmalar kapsamında, pilot veya pilot benzeri kararlar ile AİHS'nin 46. maddesine dayanarak alınan diğer kararlar, taraf devletlerin büyük bölümü ve AK organları tarafından desteklenmektedir. Bu nedenle AİHM'nin içtihat yoluyla geliştirdiği, ancak taraf devletlerin ortak iradesini yansıtan açık bir hukuki temele sahip olmayan yetkilerin, Sözleşme metnine dâhil edilmesi, ayrıca ABD'de topluluk davalarında uygulanan usul güvenceleri de dikkate alınarak, pilot karar uygulamasıyla ilgili rehber ilkelerin geliştirilmesi gerekmektedir. AİHM uygulaması yönünden, herhangi bir bireysel başvuruda gözetilen Sözleşme standartları ile pilot veya pilot benzeri dava kategorisinde ele alınan bireysel başvuru gruplarında yeterli görülen giderim yöntemleri arasında büyük bir fark olmaması, bireysel başvuru sahiplerinin AİHS sistemine olan güveninin sürdürülmesi bakımından önem taşımaktadır.

79 *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya (14902/04)*, 20 Eylül 2011 (Esas hakkında); *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya (14902/04)*, 31 Temmuz 2014 (Adil tatmin talepleri hakkında).

80 AİHM, başvuran şirketin hissedarları lehine yaklaşık iki milyar Euro maddi tazminata, ayrıca üçyüzbin Euro yargılama giderine hükmetmiştir.

81 Bkz. *The Constitutional Court of the Russian Federation, Judgment of 19 January 2017 No. 1-II/2017*, http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf (25 Eylül 2018).

KAYNAKLAR

- Cançado Trindade, Antônio Augusto “Compliance with judgments and decisions – The experience of the Inter- American court of Human Rights: a reassessment”, *Dialogue between judges – Proceedings of the Seminar 31 January 2014: ‘Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?’*, European Court of Human Rights, Strasbourg, 2014.
- Colandrea, Valerio, “On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdic Cases” *Human Rights Law Review*, 7, 2, 2007.
- Council of Europe Committee of Ministers, “Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem”, 12 Mayıs 2004, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd190 (25 Eylül 2018).
- Council of Europe, “Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention”, Strasbourg, 13 Mayıs 2004, <https://rm.coe.int/CoERMPublic-CommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d38of> (25 Eylül 2018).
- Cremer, Hans-Joachim, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond *res judicanda*?”, *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Anja Seibert-Fohr ve Mark E. Villiger (Ed.), Ashgate-Nomos, Baden Baden, 2014.
- European Court of Human Rights, “Preparatory Work on Articles 53 and 54 of the European Court of Human Rights – Information document prepared by the Registry”, Strasbourg, 28 Kasım 1972, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH\(72\)27-BIL2888506.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH(72)27-BIL2888506.pdf) (25 Eylül 2018).
- European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, ““Bug River” cases adjourned”, 31 Ağustos 2004, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-1062015-1099568%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1062015-1099568%22]}) (25 Eylül 2018).
- European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, “First “pilot judgment” procedure brought to a successful conclusion Bug River cases closed”, 6 Ekim 2008, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-2510971-2712345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-2510971-2712345%22]}) (25 Eylül 2018).
- European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, “European Court closes pilot judgment procedure in Polish “rent-control” cases, following introduction of compensation scheme”, 31 Mart 2011, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-1062015-1099568%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1062015-1099568%22]}) (25 Eylül 2018).
- European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, “Pilot judgment: Italy must pay adjusted supplementary allowances in accidental contamination of blood cases”, 3 Eylül 2013, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-4476922-5394188%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-4476922-5394188%22]}) (25 Eylül 2018).
- European Court of Human Rights, “Factsheet – Pilot judgments”, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf (25 Eylül 2018).
- Fabri, Marco, “The Italian Maze Towards Trials Within Reasonable Time” *The right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2009.
- Fyrnys, Markus, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judg-

- ment Procedure of the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, 12, 5, 2011.
- Gerards, Janneke H. ve Lize R. Glas, “Access to Justice in the European Convention on Human Rights System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 35, 1, 2017.
 - Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
 - Greer, Steven, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, 3, 2003.
 - Greer, Steven ve LuziusWildhaber, “Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, 12, 4, 2012.
 - Haider, Dominik, *The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.
 - High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, “Brighton Declaration”, 19-20 Nisan 2012, https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (25 Eylül 2018).
 - High Level Conference Meeting in Copenhagen, “Copenhagen Declaration”, 12-13 Nisan 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf (25 Eylül 2018).
 - Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), 2017 Yıllık Raporu, Ankara, 2018, <https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2016/06/2017-y%C4%B1ll%C4%B1k-rapor-SON-PDF.pdf> (25 Eylül 2018)
 - Karakul, Selman, “How Effective are National Remedies in Securing International Justice?”, *Rethinking International Law and Justice*, Ed: Charles Sampford, Spencer Zifcak ve Derya Aydın Okur, Ashgate Publishing, Farnham, 2015.
 - Keller, Hellen ve Cedric Marti, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *The European Journal of International Law*, 26, 4, 2015.
 - Kratochvíl, Jan, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, 3, 2011.
 - Leach, Philip vd., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010.
 - Mowbray, Alastair, “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights” *Human Rights Law Review*, 15, 2, 2015.
 - Nifosi-Sutton, Ingrid, “The Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Relief: a Critical Appraisal from a Right to Health Perspective”, *Harvard Human Rights Journal*, 23, 2010.
 - Popovic, Dragoljub, “Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” *Creighton Law Review*, 42, 2009.
 - Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, 15 Kasım 2006, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893 (25 Eylül 2018).
 - Sadurski, Wojciech, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the

- Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, 9, 3, 2009.
- Sadurski, Wojciech, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
 - Sainati, Tatiana, “Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, 56, 1, 2015.
 - Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
 - Sicilianos, Linos-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Anja Seibert-Fohr ve Mark E. Villiger (Ed.), Ashgate-Nomos, Baden Baden, 2014.
 - Spano, Robert, “The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review*, 18, 3, 2018.
 - The Constitutional Court of the Russian Federation, Judgment of 19 January 2017 No. 1-II/2017, http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf (25 Eylül 2018).
 - The Right Honourable The Lord Woolf vd., “Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights”, Aralık 2005, https://www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_ENG.pdf (25 Eylül 2018).
 - Venice Commission of the Council of Europe, *Rule of Law Checklist*, Council of Europe, Strasbourg, 2016.
 - <file:///C:/Users/w7/Downloads/ECHR%20to%20ouse%20new%20infringement%20procedure%20in%20case%20concerning%20Azerbaijan%20opposition%20politician%20for%20first%20time.pdf> (25 Eylül 2018).
 - [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (25 Eylül 2018).
 - <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3> (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_TUR.pdf (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_TUR.pdf (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf (25 Eylül 2018).
 - <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=> (25 Eylül 2018).
 - https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#_n15187126324422121540715_pointer (25 Eylül 2018).

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) ilk dönemlerinde yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Ek Protokol hükümlerinin somut başvuruda ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesiyle sınırlı olarak tespit kararları vermiştir. Ancak AİHM son zamanlarda, davalı devletin ihlali sonlandırması veya telâfi etmesi, ayrıca iç hukukta genel veya özel nitelikte birtakım tedbirler almasını gerektiren emredici nitelikte kararlar vermeye başlamıştır. Pilot, yarı pilot veya pilot benzeri olarak nitelendirilen kararlar ile AİHS'nin 46. maddesine dayanarak verilen diğer kararlar, AİHM'nin tespit ettiği Sözleşme'ye aykırılıkların davalı devlet tarafından iç hukukta giderilmesini gerektirmektedir. AİHM'nin, kendi kararlarının yerine getirilmesindeki rolünü ele alan bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, AİHS'nin 46. maddesi kapsamında AİHM'nin yetkileri, ikinci bölümde, pilot karar usulü ve uygulaması incelenmekte, son bölümde ise AİHM'nin, AİHS'nin 46. maddesine dayanarak verdiği kararlar değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, pilot karar usulü

Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları (Askerî Kuvvetlerin Yabancı Ülkelerdeki Durumuna Dair Anlaşmalar): Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak, Japonya ve Güney Kore ile İkili Tecrübesi*

Status of Forces Agreements:

Bilateral Experience of the US with Iraq, Japan and South Korea

Muhammet Celal KUL**

ABSTRACT

Status of forces agreements (SOFAs) are usually concluded when a state sends its troops to a foreign country. SOFAs mostly are bilateral agreements however they might different forms such as “exchange of notes”, or names as in “memorandum of understandings”. Moreover, they might be formulated as multilateral agreements as in the example of NATO SOFA. Status of forces agreements are neither military assistance agreements nor do they necessarily prescribe the mandate of a force. A State's right to station its forces in another country, which is referred to as *ius ad praesentiam*, is not prescribed by a SOFA. To the contrary, SOFAs regulate the legal status of the forces while in a receiving State (*ius in praesentia*). This study aims to analyse bilateral experience of the US in terms of status of forces regime with Iraq, Japan and South Korea respectively. This study has been divided into three main sub-topics, each dedicated to one of the aforementioned countries, analysing its bilateral experience with the US.

Keywords: status of forces agreements, SOFAs, official duty status, immunities and privileges, exclusive jurisdiction, concurrent jurisdiction, primary jurisdiction, waiver of jurisdiction, Status of US forces in Iraq, Blackwater Incident, Status of US forces in Japan, Status of US forces in South Korea.

Giriş

Uluslararası hukukta devletler yabancı bir ülkeye, işgal veya Birleşmiş Milletler yetkilendirmesi durumları dışında, toprak devletinin rızasına binaen asker

* Makale gönderim tarihi: 01.11.2018. Makale kabul tarihi: 12.12.2018. Muhammet Celal Kul, “Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları (Askerî Kuvvetlerin Yabancı Ülkelerdeki Durumuna Dair Anlaşmalar): Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak, Japonya ve Güney Kore ile İkili Tecrübesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 157-196.

Bu makale Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan doktora tezinden üretilmiştir.

** Attorney at Law, LLB Istanbul University, LLM University of Galatasaray, LLM University of Nottingham (United Kingdom), PhD Candidate at Marmara University, Email: jalalkul@gmail.com.

gönderdiklerinde, bu askerlere tatbik edilecek hukukî rejimi belirlemek maksadıyla kuvvetler statüsü anlaşmaları akdederler. Bunun bir sebebi, anlaşmaların taraflara esneklik ve serbestiyet kazandırmasıyken, diğer sebebi yabancı askerî kuvvetlere uygulanacak hukukî rejimin uluslararası teamül hukukunda yeterince belirgin olarak tebarüz etmemesidir. Kuvvetler statüsü anlaşmaları daha çok ikili anlaşmalar şeklinde akdedilse de NATO kuvvetler statüsü anlaşması (NATO SOFA) gibi çok taraflı kuvvetler statüsü anlaşmaları akdetmek de mümkündür.

Kuvvetler statüsü anlaşmalarında askerler üzerinde hangi devletin ne şekilde yetki kullanacağı önemli bir meseledir. Bu sebeple kuvvetler statüsü anlaşmalarında yetkinin asker gönderen devletle kabul eden devlet arasında taksimine [i.e.: münhasır yetki, mütedahil yetki (*concurrent jurisdiction*) ve rüçhanlı (öncelikli) yetki] dair hükümler en önemli başlıkları teşkil eder. Bunun dışında, yabancı kuvvetlerin istifade edecekleri adil yargılanma teminatları, askerlerin gümrük ve yerel bazı vergilerden istisna edilmesine dair hükümler, tazminat alacaklarının karara bağlanması, ayrıcalıklar ve bağışıklıklara ilişkin hükümler de mevcuttur. Bu çalışmada, Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak, Japonya ve Güney Kore ile yaptığı kuvvetler statüsü anlaşmaları örnek vakalara da yer verilmek suretiyle ele alınacaktır.

I. Irak-ABD Kuvvetler Statüsü Rejimi

A. Çöl Fırtınası Operasyonu ve Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları

Irak lideri Saddam Hüseyin'in Arap coğrafyasında hakim rol üstlenme isteği 1990 yılında Kuveyt'i işgal ve ilhak etmesini intaç etmişti¹. Bunun üzerine ABD önce çöl kalkanı ardından da çöl fırtınası operasyonlarıyla Irak yayılmacılığına cevap verdi. Bu kapsamda ABD, Suudi Arabistan Krallığı ile askerlerin statüsüne dair bir anlaşma akdetmek istediye de Arabistan'ın operasyonlara destek vermesine karşılık askerlerin statüsü konusunda anlaşmaya yanaşmaması sebebiyle bir kuvvetler statüsü anlaşması (bundan sonra KSA) imza edilmedi². Irak lideri Saddam Hüseyin'nin Kuveyt'ten çıkarılması ve müteakip tecavüzlerinin önlenmesine yönelik yeni ABD operasyonlarına Kuveyt destek vermiş ve bu kapsamda, gizli olarak tasnif edilen, ABD ve Kuveyt arasında bir KSA imzalanmıştır. Katzman'ın aktardığına göre, ABD askerleri üzerinde münhasır yetkiyi sadece ABD makamları haiz olacaktır³. Bir diğer deyişle, mezkur KSA'da paylaşılan yetki değil bir tarafın münhasır yetkisi sözkonusudur.

1 P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, New York, 1997, s. 396.

2 J. Voetelink, *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*, Asser Press, Hague, 2015, s. 46.

3 K. Katzman, *Kuwait: Governance, Security, and U.S. Policy*, Congressional Research Service, 19 February 2016, s. 9.

B. Irak'ın İşgali ve İşgal Otoritesinin 17 Nolu Emirnamesi

11 Eylül 2001'de ABD'deki Dünya Ticaret Merkezi olan ikiz kulelere yapılan saldırı ABD'nin teröre karşı küresel savaş ilan etmesine ve buna binaen ordularını terörün kaynağı olarak gördüğü ülkelere yönlendirmesine sebep oldu. ABD, bu kapsamda 1998 yılında kanunlaşmış olan bir kanunun gereğini yerine getirerek Irak'a, işgalle neticelenen bir askerî müdahalede bulundu⁴. Söz konusu kanunun adı Irak'ın Özgürleştirilmesi Kanunu'ydu. Kanuna göre, Saddam Hüseyin rejiminin ortadan kaldırılması ve yerine demokratik bir rejim getirilmesi ABD'nin temel politikası olmalıydı. Bu neticeye ulaşmak adına ABD Başkanına ve ABD Savunma Bakanlığına geniş yetkiler verilmekteydi⁵.

2003'te ABD öncülüğündeki Koalisyon, Irak'ı kitle imha silahları barındırdığı ve ABD'nin güvenliğine tehdit oluşturduğu gerekçesiyle işgal etti. Gerekçeler arasında Irak'ta demokrasi bulunmadığı da mevcuttu⁶. ABD tartışmalı önleyici meşru müdafaa doktrininin dışında, 1991 yılında Kuveyt'i işgal eden Irak'a karşı BM Güvenlik Konseyinin VII. Bölüm'ü kapsamında alınan ve silahlı müdahale yetkisi veren karara dayanmıştır⁷. İşgalci statüsünde ülkede bulunan İngiliz, Amerikan ve diğer Koalisyon Güçleri'ne işgal hukukunun getirdiği hukukî garantiler uygulandığından⁸ başlangıçta bir KSA veya bunun yerine geçecek herhangi bir emirname gerekli görülmedi⁹. Fakat daha sonra 2004 yılında işgalci Koalisyon Güçleri, "Coalition Provisional Authority (CPA) Order 17" olarak bilinen Koalisyon Geçici Otoritesi, 17 Numaralı Emirnamesini uygulamaya koymuşlardır.

Ekim 2005 tarihinde yürürlüğe giren Irak Anayasası'nın 130. maddesine göre "mevcut kanun ve düzenlemeler işbu Anayasa'da öngörülen usullere muvafık olarak kaldırılmadıkları sürece geçerli olacaktır"¹⁰. Buna göre, CPA Order 17 en azından Irak makamlarınca yürürlükten kaldırılmadığı sürece geçerli olmaya devam edecekti.

4 S. N. Jawad, *The Iraqi constitution: Structural flaws and political implications*, LSE Middle East Centre Paper Series, 01, London, 2013, s. 7.

5 *Iraq Liberation Act of 1998*, <https://bit.ly/2OuK8na>, (18.09.2018).

6 Jawad, s. 7.

7 Bkz. N. Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*, Derin Yay, İstanbul, 2013, s. 168-169. ABD ve İngiltere'nin başını çektiği askerî müdahalenin kuvvet kullanma hukuku bakımından hukuka uygun veya aykırı oluşu tartışmalı olsa da bu durum bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

8 Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, CUP, Cambridge, 2009, s. 136.

9 J. K. Elsea, *Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, 2008. Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).

10 15 Ekim 2005 tarihinde yürürlüğe giren Irak Anayasası'nın İngilizce tercümesi için bkz. *Iraqi Constitution, Entry into force 15 October 2005*, <https://bit.ly/2SBtmoh> (18.09.2018). 2005 tarihli Irak Anayasası'nın tenkidi için bkz. Jawad.

CPA Order 17 işgal hukukunun bir neticesi olarak doğmuştu¹¹. Bu Emirname bir KSA vazifesi görüyor, ayrıca Emirname'de askerlerin operasyonel yetkilerine de değiniliyordu¹². Emirname'ye göre tüm Koalisyon Güçleri, kuvvet mensubu ve sivil personel dahil, kendilerini gönderen ülkelerin münhasır yargı yetkisine tabi olup tüm yerel yargı süreçlerinden bağışık olacaklardır. Öte yandan, Koalisyon Gücü mensupları yerel kanun ve düzenlemelere saygı göstermelidirler (*the principle of respect for local law*). CPA Order 17 kapsamında verilen ayrıcalık ve bağışıklıklar, Koalisyon Güçleri'nin sözleşme yaptığı özel askerî şirketlerin personellerine de şamildir. Bu hükmü itibariyle CPA Order 17 tipik KSA hükümlerinden ayrılmaktadır¹³.

C. Özel Askerî Şirketler ve Blackwater Olayı

Özel askerî şirketler ve güvenlik yüklenicileri¹⁴, İngilizce literatürde *private military and security contractors, private security companies, private military companies*¹⁵ olarak ifade edilmekte; Fransızca literatürde ise *les sociétés militaires privées* ibaresi kullanılmaktadır¹⁶. Yabancı askerî kuvvetlere tanınan statünün, kuvvetler statüsü anlaşmaları veya bunun yerine geçen çeşitli vesikalarla özel askerî şirket çalışanlarına da verilmesi bazı mühim hukukî neticeler ortaya çıkarmaktadır. ABD 2003 yılında işgal ettiği Irak'ta, kendi askerlerine tanıdığı kuvvetler statüsünü, Irak'ta bulunan ABD'li asker ve diplomatları koruyacak özel askerî şirket personellerine de tanımıştır. 2003 yılında çıkartılan 17 Nolu Emirname'de özel askerî şirketlerin statüsü de yer almıştı¹⁷. CPA Order 17'i Irak için en tehlikeli kılan yönü, ABD'nin ve diğer Çok Uluslu Koalisyon Güçleri'nin

11 The US Department of State, International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces Agreements*, 16 January 2015, s. 41.

12 Bkz. *Coalition Provisional Authority Order Number 17 Status of the Coalition, Foreign Liaison Missions, Their Personnel and Contractors*, <https://bit.ly/2QD9aVD> (14.09.2018). (bundan sonra CPA Order 17).

13 CPA Order 17; Ayrıca bkz. M. J. Matheson, Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq, Fourth Hearing, 2008. Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).

14 Kavramın Türkçesi hakkında bilgi için bkz. B. R. Kurtarcan, *Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askerî Yükleniciler*, Beta Yay., İstanbul, 2017, s. 434-436; N. Emir, *Özel Askerî Şirketler: Uluslararası Hukuk Açısından Bir İnceleme*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2015, s. 66 et seq.

15 Bkz. The Montreaux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, UN Doc A/63/467, S/2008/636, 17 September 2008. (Bundan sonra The Montreaux Document). Available at: <https://bit.ly/2PsHYV2> (22.11.2018). Ayrıca bkz. E. Crawford, A. Pert, *International Humanitarian Law*, CUP, Cambridge, 2015, s.105.

16 C. M. Maldonado, *Les Sociétés Militaires Privées et le Droit International Contemporain : Enjeux et Perspectives en Matière de Responsabilité*, Université du Québec à Montréal, Mars, 2017, passim; M. L. Tougas, *Droit International, Sociétés Militaires Privées et Conflit Armé: entre Incertitudes et Responsabilités*, Bruylant, Bruxelles, 2012, s. 53 et seq.

17 Bkz. CPA Order 17, Section 3.

sözleşme akdettiği özel askerî şirket personellerine de kuvvet statüsü tanınmasıydı. Bu ise birçok durumda ihlalcı özel askerî şirket personelinin cezasız kalmasını sonucunu doğurmaktadır. Zira, kuvvet statüsü tanınan mezkur askerî şirket personelinin görev statüsünden yararlandığı hallerde, eğer sözleşme akdettiği devletin vatandaşı değilse, bunlar üzerinde ne görev yaptıkları toprak devleti ne de kendileriyle sözleşme yapan devlet yargı yetkisini haiz olacaktır¹⁸.

ABD askerleri, ABD'nin askerî mevzuatı gereği askerî mahkemelerce yargılanabilirken, aynı durum, toprak devleti kanunlarına mugayir hareket eden özel askerî şirketler için geçerli olamamaktadır. Özel askerî şirket personeli tarafından kabul eden devlet kanunları ihlal edildiğinde kuvvetler statüsü anlaşmasına göre kabul eden devlet yetkili değilse veya ülke Irak gibi işgale uğramış bir vaziyette ise işlenen savaş suçları veya diğer adi suçları kim nasıl yargılayacaktır? Bu sorunun cevabı basit gözükse de ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına göre, sivil kişiler statüsünde olan özel askerî şirketlerin personelleri ABD askerî mahkemelerince yargılanamamaktadır¹⁹. Her ne kadar, Askerî Adalet Yeknesak Kanunu [Uniform Code of Military Justice (UCMJ)]²⁰ özel askerî şirket çalışanlarını kapsamına alsada uygulamada özel askerî şirket personellerinin ABD tarafından yargılanmadığı da vakidir²¹. ABD, özel askerî şirket personellerini sivil mahkemelerde yargılamak istese bile bunların birçoğu ABD vatandaşı olmadığından ABD'nin yargı yetkisine tabi değildir²². Öte yandan Ülke-dışı Askerî Yargı Yetkisi Kanunu [The Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA)]²³ isimli Kanun ise ABD Savunma Bakanlığı ile sözleşme akdeden özel askerî şirketlerin personeli ve yakınlarını belli suçlar bakımından yargılamaya elverse de bu Kanun, Dışişleri Bakanlığı ile sözleşme yapan özel askerî şirketleri kapsam dışında bırakmaktadır²⁴.

18 L. Dickinson, *Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, 2008. Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).

19 Bkz. K. O. Huntingdon, *Military Jurisdiction To Try Civilians During Peacetime*, 17, *Washington and Lee Law Review* 290 (1960), s. 282 et seq.

20 Bkz. Uniform Code of Military Justice, 64 Stat. 109, 10 U.S.C. §§ 801-946, Available at: <https://bit.ly/2y4RSFh> (15.09.2018).

21 Dickinson.

22 Dickinson'un ifadesine göre, ABD ile sözleşme yapan özel askerî şirket personellerinin %80'i ABD vatandaşı değildir. Dickinson. Blackwater Olayı'nı ceza hukuku bakımından ayrıntılı bir şekilde ele alan bir makale için bkz. A. F. Williams, "The Case for Overseas Article III Courts: The Blackwater Effect and Criminal Accountability in the Age of Privatization", *University of Michigan Journal of Law Reform* Vol. 44, No. 1, 2010.

23 Bkz. *Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000* (MEJA), 114 Stat. 2488 [codified as amended at 18 U.S.C. §§ 3261-3267 (2006)]. Available at: <https://bit.ly/2REMamr> (15.09.2018).

24 C. Doyle, *Civilian Extraterritorial Jurisdiction Act: Federal Contractor Criminal Liability Overseas*, Congressional Research Service, 15 February 2012, s. 1-5.

Sadece Irak'ta, ABD ile sözleşme yapmış özel askerî şirket personellerinin sayısı 180.000'i bulmuştur. Bu özel askerî şirket personellerinin önemli bir kısmı asker kökenli olup bir kısmı ise özel kuvvetlerden emekli olması yönüyle sıradan ABD askerlerine göre çok daha iyi eğitilmiştir. Hal böyleyken, boğulma hissinin yanında beyin ve akciğere hasar veren *waterboarding* isimli işkence tekniğine başvurma²⁵, hukuken meşrulaştırılmayan öldürme fiilleri nevinden birçok ciddi ihlal özel askerî şirket personellerince işlenmiş ve cezasız kalmıştır. Bunun önlenmesi içinse, siviller için ülke-dışı yargı yetkisi veren kanun teklifleri kongreye gelmiş ve fakat henüz kanunlaşmamıştır²⁶.

ABD'nin, özel askerî şirket personellerini yabancı ülke topraklarında istihdam etmesinden kaynaklı bir diğer problem ise, bu personelin dış tehdit algıladığı senaryoda nasıl hareket edeceği meselesidir. ABD Dışişleri Bakanlığı ve Savunma Bakanlığı, özel askerî şirketlerle akdettikleri sözleşmelerde dış tehdit algılandığında hedef alma, ateş etme konularında (*rules of engagement*) farklı kurallar öngörmektedirler²⁷. Bu farklılıkların uygulamada nelere yol açtığı Blackwater Olayında müşahade edilmiştir. Blackwater Olayı, ABD'nin özel askerî şirketlere verdiği geniş yetkinin suiistimalinin önemli bir numunesidir²⁸.

Blackwater isimli özel askerî şirket, Irak'ta görev yapan ABD Dışişleri Bakanlığı personeli korumaktaydı. Eylül 2007'de, Bağdat'ın Nisour Kavşağı'na doğru konvoy halinde ilerleniyordu. Kavşağa gelindiğinde Blackwater personeli, çevredeki sivil araçlardan ve vatandaşlardan kaynaklanabilecek bir tehdit olduğu kanaatine hatalı bir şekilde vardı²⁹. Bunun üzerine Blackwater çalışanları, çevredeki sivil insan ve araçlara aniden mermi yağdırmaya başladı. Olayda on dört sivil ölürken on yedi sivil de yaralandı. Ölen sivillerin sayısı on yedi olsa da üç kişinin ölümü ABD hukukuna göre hukuka uygun öldürme sayılmıştır³⁰. Bu nedenle yargılamalara on dört kişinin kasten, olası kastla ve taksirle öldürülmesi suçları konu edilmiştir³¹.

25 ABD askerî mevzuatının da uyku mahrumiyeti ve izolasyon gibi işkence çeşitlerine izin verdiği hakkında bkz. J. Kaye, "Contrary to Obama's promises, the US military still permits torture", *The Guardian*, 25 January 2014, <https://bit.ly/2rxoaX3> (16.09.2018).

26 D. Price ve P. Leahy'nin teklifleri hakkında bkz. P. Leahy, *Price Introduce Legislation To Hold American Contractors Overseas Accountable Under U.S. Law*, Press Release, <https://bit.ly/2rqH95w> (15.09.2018). Ayrıca bkz. MEJA Expansion and Enforcement Act of 2007, H.R. 2740, <https://bit.ly/2EgqFoV> (15.09.2018).

27 Dickinson.

28 R. Soubrouillard, "Blackwater en Irak: la sécurité sans foi, ni loi", *Marianne*, 02 juillet 2014, <https://bit.ly/2zOR9Kf> (15.09.2018).

29 H. Y. Liu, *Law's Impunity; Responsibility and the Modern Private Military Company*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2015, s. 80.

30 Dickinson.

31 "Baghdad Blackwater shooting verdict", *Washington Post*, <https://wapo.st/2BVL93G> (15.09.2018).

Dünyaca ünlü özel askerî şirketlerden biri olan Blackwater'in³² personellerinin bu hatası, kamuoyunda büyük infial uyandırdı ve uzun süren dava süreçleri cezasızlık eleştirilerini gündeme getirdi³³. 2007' de başlayan dava, temyiz süreçleri bittikten sonra 13 Nisan 2015'te altı sanıktan üçü otuz yıl hapse mahkûm edildi. Blackwater Olayı'nda sivil halka ateş açan grup içinde bulunan Slatten isimli Blackwater personeli ise, "kasten öldürme" suçundan suçlu bulunmuştu. Buna rağmen, Slatten'in davasının ayrılarak yeniden görülmesine hükmedildi³⁴. Konvoyda bulunan en az altı personelin silahsız sivillerin üzerine makineli tüfek ve daha hafif başka silahlarla ateş açtıklarını açık biçimde ikrar etmelerine rağmen dava süreçlerinin çok karmaşık ve uzun olması adaletin geç tecelli etmesine sebep olmuştu. Daha ilginç olan nokta ise, sanıklar arasında nispeten daha ağır cezayı gerektiren "kasten öldürme" suçundan jüri tarafından suçlu bulunan Slatten'in davasının halen neticelenmemiş olmasıdır³⁵. Liu, Blackwater Olayı'nın dava sürecinde ABD Dışişlerinin rolünü de hesaplayarak büyük fotoğrafa bakıldığında, cezasızlığı temin etmek için resmî makamların da etkin rol oynadığını ileri sürmüştür³⁶. ABD Kongre Üyesi Dana Rohrabacher'in Blackwater personelinin sivillere ateş açmasının diplomatları korumak üzere alınmış ani bir karar sonucu olduğu ve dolayısıyla personelin suçlu olmadığı yönündeki güçlü kanaati³⁷ de Liu'nun vardığı bu sonucun isabetsiz olmadığını göstermektedir.

D. İşgal Emirnamesinin İlgası ve Yeni Kuvvetler Statüsü Anlaşması Rejimi

Irak'ta Ebu Gureyb Hapisanesinde Iraklı mahkûmlara ABD ile sözleşme yapmış özel askerî şirket personellerinin işkenceleri zaten dünya çapında infial yaratmışken³⁸ bu kez Eylül 2007'de Bağdat'da on dört sivilin ölümüne sebep olan Blackwater Olayı, (ABD diplomatik personeline ait konvoydan sivil halkın üzerlerine ateş açılması hadisesi) ilişkileri iyice germişti. ABD makamlarının da tahmin ettiği üzere, Iraklı yetkililer Multi-National Force- Iraq (MNF-I) ola-

32 Soubrouillard.

33 D. Kinley and O. Murray, "Corporations that Kill: Prosecuting Blackwater" in Simon Bronitt, M. Gani, S. Hufnagel (eds.), *Shooting to Kill: Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force*, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 293.

34 Bkz. Baghdad Blackwater shooting verdict.

35 C. Domonoske, "Blackwater Guard's 2nd Murder Trial Ends Without A Verdict", *National*, 6 September 2018, <https://n.pr/2QFq4D1> (15.09.2018).

36 Liu, s. 79.

37 D. Rohrabacher, *Fourth Hearing of the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, 2008. Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).

38 S. Ackerman, "Abu Ghraib torture suit against contractor revived by federal court", *The Guardian*, 30 June 2014, <https://bit.ly/2SvCMBu> (17.09.2018).

rak bilinen çokuluslu gücün ülkeden çekilmesini talep ediyorlardı³⁹. Bu sebeple ABD'li yetkililer Irak'ı müzakere masasına oturtmak istiyorlardı. Bu amaçlarına ulaşmak için atılan ilk adım, Irak Başbakanı ile MNF-I'nın görev süresinin uzatılması için müzakereye oturma temennisini içeren bir ortak deklarasyon imzalamak olacaktı.

Kasım 2007'de ABD Başkanı George W. Bush ve Irak Başbakanı Nuri El-Maliki tarafından imzalanan Ortak Deklarasyon'da⁴⁰ MNF-I'nın görev süresinin temditi isteniyor ve bu konunun karara bağlanması için bir an önce müzakerelere başlanması gereğine işaret edilerek 31 Temmuz 2008'e kadar taraflar arasında bir anlaşma yapılması temenni ediliyordu. Ortak Deklarasyon'da, MNF-I'nın görev süresinin bitiminde Irak'ın yer altı ve yer üstü kaynakları da dahil olmak üzere ülkesi üzerinde tam egemenliğe sahip olacağı deruhte ediliyordu⁴¹. Ortak Deklarasyon imza edilmişti fakat, Irak makamlarının ABD'nin ülkeden çekilmesi yönündeki talepleri güçlü bir şekilde yankı buluyordu. Bu istek, Ortak Deklarasyon'un imzalanmasından bir ay sonra Aralık 2007'de alınan 1790 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı'nın lafzında tekrar ortaya çıkıyordu⁴². Kararda, ABD'ye Irak askerlerini eğitmesinden dolayı teşekkür edilirken Çok Uluslu Güç MNF-I'nın misyonunu tamamlaması ve bitirmesi gereğine vurgu yapıyordu⁴³. Karara göre, MNF-I'nın görevi, 31 Aralık 2008'de sona eriyordu. Buna göre Irak'ta görev yapan Çok Uluslu Güç (ABD dahil) ülkeden çekilmeliydi⁴⁴. Fakat Irak'ta daha uzun süre kalıp kazanımlarını güvenceye almak isteyen ABD, Irak ile anlaşmak peşindeydi.

2007 tarihli Ortak Deklarasyon'da planlandığı gibi, Kasım 2008'de, BM Güvenlik Konseyi Kararının Çok Uluslu Güç'e verdiği mühletin sona ermesinden kısa bir süre önce, ABD, askerlerinin Irak'ta bir süre daha kalabilmesini temin için Irak ile bir anlaşma akdetmiştir⁴⁵. 1 Ocak 2009'da yürürlüğe giren bu An-

39 Wedgwood.

40 *Declaration of Principles for a Long-Term Relationship of Cooperation and Friendship Between the Republic of Iraq and the United States of America*, The US Department of State Archive, 26 November 2007, <https://bit.ly/2rof8vb> (17.09.2018).

41 Bkz. Declaration of Principles....

42 *UN SC Res. 1790*, (2007), <https://bit.ly/2EhzTBd> (17.09.2018).

43 Bkz. *UN SC Res. 1790* (2007) note 42, paras 1-2.

44 M. C. Bassiouni, "Legal Status of US Forces in Iraq From 2003-2008", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2010, s. 2.

45 *Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of US Forces from Iraq and the Organisation of their Activities during their Temporary Presence in Iraq*, 17 November 2008, www.state.gov/documents/organization/122074.pdf, (27.04.2018). (Bundan sonra Irak-ABD KSA, 2008).

laşmayla CPA Order 17 yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁶. Anlaşma, 31 Aralık 2011’de sona erecek ve bu tarih aynı zamanda tüm ABD askerlerinin ülkeden çekilmesi için de son tarih olacaktır⁴⁷. Anlaşma ile, *inter alia*, ABD kuvvetlerinin Irak ülkesindeki hukukî durumu –en önemlisi: Irak makamlarının askerler üzerindeki cezaî yargı yetkisi- ele alınmıştır.

Anlaşma’da, ABD askerlerinin Irak kanun, teamül ve düzenlemelerine saygı göstereceği (*the principle of respect for local law*), herhangi bir ihlalden içtinap edecekleri, ABD’nin bunu temin için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlü olduğu hususu defaatle vurgulanmıştır⁴⁸. Irak makamlarının müzakerelerde iç hukuka itibar (saygı) prensibine ve ABD askerleri üzerinde Irak’ın tatbik edeceği yargı yetkisinin kapsamı konusunda çok titiz davranmaları, Ebu Gureyb Hapisesi’ndeki işkence ve suiistimallerin olduğu kadar Anlaşma’nın akdedilmesinden kısa bir müddet evvel, gerçekleşmiş olan Blackwater Olayı’nın da bir neticesi sayılabilir⁴⁹.

Anlaşma’ya göre CPA Order 17’dekinin tam aksine, artık ABD’nin sözleşme yaptığı özel askerî şirketler ve çalışanları üzerinde, Irak yargı yetkisine sahip olacaktır. Anlaşma’nın geneli değerlendirildiğinde, bu en büyük kazanım olarak gözükmektedir. Zira, toprak devletine özel askerî şirketler üzerinde yargı yetkisi vermeyen CPA Order 17 hükmü işgal döneminin bir nişanesi olup böyle bir hüküm, başka hiçbir kuvvetler statüsü vesikasında mevcut değildir⁵⁰. ABD ise kendi askerleri üzerinde, askerî üslerde ve askerlerin üs dışındaki görev esnasındaki hareketlerinden kaynaklı vakalarda rüçhanlı yargı yetkiyi haizdir⁵¹. Anlaşma’ya göre, isnad edilen suçun görev esnasında gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ABD makamları tarafından yapılacaktır. Eğer Irak makamlarının bu tesbite bir itirazları varsa, ABD yetkilileri hemen olayla ilgili tüm delilleri toplayacak ve Iraklı yetkililerle görüşerek tesbite ilişkin farklı neticeye götürecek delillerini sunmalarına imkan sağlayacaklardır⁵². Olayın, askerinin görev esnasında yaptığı

46 M. J. Thibaul, C. H. Shays et al, *At What Cost?: Contingency Contracting in Iraq and Afghanistan*, Interim Report to Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan, June 2009, s. 69-70.

47 International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces*, s. 42.

48 Article 4: “It is the duty of members of the United States Forces and of the civilian component to respect Iraqi laws, customs, traditions, and conventions and to refrain from any activities that are inconsistent with the letter and spirit of this Agreement. It is the duty of the United States to take all necessary measures for this purpose”. Article 12: “... the duty of the members of the United States Forces and the civilian component to respect Iraqi laws, customs, traditions, and conventions,....” bkz. Irak-ABD KSA, 2008.

49 Bkz. D. Kinley, O. Murray, note 33.

50 International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces*, s. 21.

51 Irak-ABD KSA, 2008, Madde 12(3) hükmü.

52 Irak-ABD KSA, 2008, Madde 12(9) hükmü.

bir hareketten kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitinin yine ABD makamlarına bırakılması ve itiraz durumunda yine karar verme yetkisinin ABD makamlarına ait olması⁵³ da dikkat çekici hususlardandır.

Yargı yetkisinin taraflar arasında paylaşılması suretiyle oluşturulan bu Anlaşma'da, Irak'ın münhasır yetki sahibi olduğu durumlar ise, ABD askerlerinin üs bölgeleri dışında ve görev başında olmadıkları esnada işlediği suçlara tekabül etmektedir⁵⁴. Fakat, Anlaşma Irak'ın yargı yetkisini icra etmesine ciddi sınırlamalar getirmektedir. Buna göre, Irak'ın yargı yetkisi icra edebilmesi için ABD askerlerinin üs bölgesi dışında ve vazife haricinde bulunmaları şartlarına ek olarak isnad edilen suçun ileride kurulması öngörülen Ortak Komite'nin sayıp belirleyeceği ağır suçlardan olması ve taammüden işlenmiş olmaları gerekmektedir⁵⁵. Tüm bu şartlar kümülatif olarak birlikte sağlandığında ancak Irak yargı yetkisini icra edebilecektir. Dahası, yukarıdaki şartlara muvafık olarak yargı yetkisini icra edecek olan Irak makamları ABD askeri veya sivil personelinden bir kişiye gözaltı veya tutuklama yapar yapmaz ABD makamlarını haberdar etmeli ve sanığı en geç yirmi dört saat içinde ABD makamlarına teslim etmelidir. Zira, Anlaşma'ya göre sanığı gözetim altında tutma hakkı sadece ABD makamlarına aittir. ABD makamları sanığı gözetim altında tutacak ve fakat Irak yargı makamlarına ifade vermek ve duruşmalara katılmak için gerektiği kadar teslim edip geri alacaktır⁵⁶. Belirtmelidir ki birçok KSA'ya göre, kabul eden devletin muhakeme süreci başlamaksızın şüpheliyi hürriyetinden alkoyma hakkı bulunmaz. Kabul eden devlet sadece ve ancak, yargı yetkisine muvafık olarak ilgili yabancı asker hakkında yargı sürecini başlattığında sanık hakkında hürriyeti tahdit edici tedbirler alabilir⁵⁷. Burada ilginç olan nokta ise ABD'nin mezkur Anlaşma ile, Irak makamlarının yargı sürecini başlatmasından sonra da sanığı elinde bulundurma hakkını Irak'a bırakmaması ve kendinde tutuyor olmasıdır. Ayrıca, Irak yargı yetkisini icra ederken ABD ve Irak hukuklarında yer alan tüm adil yargılanma teminatlarına itibar etmelidir⁵⁸.

53 International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces*, s. 42.

54 Irak-ABD KSA, 2008, Madde 12(1) hükmü.

55 Irak-ABD KSA, 2008, Madde 12(1) hükmü.

56 Irak-ABD KSA, 2008, Madde 12(5) hükmü.

57 Honma, bu durumun istisnasının Japonya'nın ABD ile akdettiği Anlaşmada görüldüğünü, buna göre Japonya'nın belli hallerde yargılama öncesinde de şüpheli ABD askerini kendi gözetimi altında tutabileceğini belirtmektedir. H. Honma, "United States Forces in Japan: Introduction" in D. Fleck (ed.) *The Handbook the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003, s. 368, dn. 8.

58 Irak-ABD KSA, 2008, Madde 12(8) hükmü.

1 Ocak 2009'da yürürlüğe giren Anlaşma⁵⁹, Irak ülkesindeki NATO misyonuna da gerekli değişikliklerle tatbik edilecek ve anlaşma hükümleri 31 Aralık 2011'e dek yürürlükte kalacaktı⁶⁰. Fakat, askerler üzerinde Irak'ın ne şekilde cezaî yetki sahibi olacağı meselesi Anlaşma akdedildikten sonra da pürüz çıkarılmaya devam ediyordu⁶¹. Anlaşma'nın sona erme tarihinden kısa bir süre önce taraflar problemleri izale edecek yeni bir anlaşma yapmak için müzakerelere başladılar. Irak Cumhurbaşkanı Celal Talabani'nin ev sahipliğindeki toplantılarda olsun, Bağdat ve Washington arasında video-konferans yöntemiyle gerçekleştirilen müzakerelerde olsun bir netice alınmadı. Voetelink'e göre müzakereler Irak'ın, yabancı askerî kuvvetler üzerinde kullanacağı cezaî yargı yetkisinin kapsam ve şartları noktasında tıkanmıştı⁶².

Irak makamları her fırsatta Irak'ın kendi güvenliğini sağlayabilecek noktaya geldiğini vurguluyor ve dolayısıyla artık Irak'ta ABD askerî istemiyorlardı⁶³. Ülkede ABD askerî olmayınca bunların hukukî statüsünü belirlemeye yarayacak bir anlaşmaya da ihtiyaç kalmayacaktı. Öte yandan, Irak'tan zamansız ve erken çekilmenin Amerikan kazanımlarına zarar vereceğini hesaplayan ABD askerî makamları, Irak'ta 2011'den sonra kalması gereken asker sayısını on binlerle ifade ediyordu⁶⁴. Daha sonra bu sayı üç bin ila beş bin olarak düzeltilse de neticede Irak'la anlaşma sağlanamamıştı. Nihayet, mevcut anlaşmanın bitimine yaklaşık on gün kala, Aralık 2011'de, ABD askerî kuvvetleri ve ABD ile sözleşme akdetmiş olan özel askerî şirket personelleri Irak ülkesinden ayrıldı⁶⁵.

İŞİD olarak da bilinen terör örgütü DAES'in Irak'a girmesi ve ilerleyişini sürdürmesi üzerine⁶⁶ Haziran 2014'te ABD'li yetkililer Irak ile nota teatisi yoluyla bir anlaşmaya vardılar. Buna göre, DAES'e karşı Irak askerî kuvvetlerine danışmanlık yapmak üzere ülkeye gelecek olan ABD askerleri, 1961 tarihli Diplomatik

59 Bkz. J. Cha, "Comparison and Analysis of Korea and Japan Status of Forces Agreements and Their Implications for Iraq's SOFA", *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, Vol. 18, No. 2, s. 519.

60 International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces*, s. 42.

61 J. Voetelink, "Status of Forces and Criminal Jurisdiction", *Netherlands International Law Review*, Vol. 60, No. 2, 2013, s. 233.

62 Voetelink, 2013, s. 233.

63 Cha, s. 519-520.

64 T. Arango, M. S. Schmidt, "Despite Difficult Talks, U.S. and Iraq Had Expected Some American Troops to Stay", *The New York Times*, 21 October 2011, <https://nyti.ms/2L7TaWB> (19.09.2018).

65 J. Logan, "Last U.S. troops leave Iraq, ending war", *Reuters*, 18 December 2011, <https://reuters/2QhOxyZ> (19.09.2018).

66 M. Chulov, "Isis insurgents seize control of Iraqi city of Mosul", *The Guardian*, 10 June 2014, <https://bit.ly/2uW78B6> (31.10.2018).

İlişkilere dair Viyana Konvansiyonu'nda düzenlenen idarî ve teknik personelin statüsüne (*administrative and techical status*) muadil bağımsızlığa sahip olup Irak makamlarının hukukî ve cezaî yargı yetkisinden muaf tutulacaklardır⁶⁷. DAEŞ ile yapılan mücadele sırasında, Musul kuşatmasında, yedi bin kadar ABD askeri Irak'ta görev aldı. Süreç sonunda DAEŞ kaybetti, mamafih buradaki görevi hitama eren ABD, Irak'ta kalabilmek üzere Haydar El-İbadi yönetimiyle Mayıs 2017'de yeniden müzakerelere başladı. Müzakerelerde, İbadi'nin DAEŞ'in yenilmesinden sonra ülkede muharebe birliği istemedikleri hususunda ısrarcı olduğu belirtildi⁶⁸.

II. ABD- Japonya Kuvvetler Statüsü Rejimi

Askerî kuvvetlerin statüsüne dair anlaşmalar bakımından Japonya örneği en az, Irak, Almanya gibi işgal görmüş ülkelerin bu konudaki tecrübeleri kadar ilginçtir. Zira ABD işgali ile başlayan tarihi sürecin sonunda ABD ve Japonya iki eşit devlet ve müttefik olmuş, ABD askerlerinin Japon ülkesindeki hukukî statüsü de yine bu temeller üzerine bina edilen ikili anlaşmalarla düzenlenmiştir⁶⁹. Japonya 1993 yılında ABD askerlerinin konuşlanma masraflarının 5.6 milyar dolarlık kısmını ödemiştir. Ayrıca, askerî tesisler için arazi temin etmiş ve tesisler inşa etmiştir. Japonya, gönüllü olarak, ABD askerî kuvvet mensupları için konutlar yaptırmakta, eski binaları yenilemekte, ABD askerî üslerinde çalışan Japonların maaşlarının bir kısmını ödemekte hatta elektrik, doğal gaz gibi giderleri de karşılamaktadır⁷⁰. Aşağıda Japon-ABD KSA'nın oluşumuna giden tarihi süreç ve anlaşmaların temel esaslarına yer verilecektir.

İkinci Cihan Harbi, Japonya'nın ABD işgaline girmesini neticesini getirmişti. Ancak ABD İşgal İdaresi, Japonya'da hayata geçirilmesi planlanan demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin yerleşmesini beklemeden 1951'de yönetimden çekildi. Zira, bölgede ABD'nin başa çıkması gereken daha önemli bir gelişme vardı. Kuzey Kore askerî kuvvetleri Kore Cumhuriyeti'ni (Güney Kore'yi) işgal etmişti. Japonya'daki İşgal İdaresinin lideri MacArthur'un tek görevi Japonya'yı yönetmek değildi. Kendisinin Uzak-Doğu Baş Kumandanı olması hasebiyle hemen Kore'de patlak veren vaziyetle ilgilenmesi gerekmişti. Bu sırada BM Güvenlik Konseyi Kore ile ilgili bir karar almıştı. Japonya'nın bu durumu fırsat

67 International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces*, s. 42.

68 C. Muñoz, D. Boylan, "As defeat of Islamic State nears, Americans and Iraqis start negotiating presence of U. S. Troops", *The Washington Times*, 16 May 2017, <https://bit.ly/2RzPaQJ> (25.09.2018).

69 Honma, s. 365-366.

70 H. Matsutani, *Japonya'nın Dış Politikası ve Türkiye*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009, s. 22.

bilip BM'nin Kore ile ilgili yetkilendirdiği askerî kuvvetlere destek vereceğini ilan etmesi, işgali bitirmek isteyen ABD'nin de beklediği bir açıklamaydı. Bunun üzerine, 8 Eylül 1951'de, Japonya'daki işgal idaresini sona erdirmek maksadıyla San Fransisco'da bir barış andlaşması imza edildi. Andlaşma, Japonya'ya daha önceden savaş açmış devletlerin kahir ekseriyetiyle Japonya arasında akdedilmişti⁷¹. Dahası, aynı gün ABD ile Japonya arasında bir güvenlik andlaşması akdedildi⁷². Andlaşma'ya göre, ABD Uzak Doğuda uluslararası barış ve güvenliğin temini için Japon ülkesinde hava, kara ve deniz kuvvetleri bulundurma hakkına sahip olacaktı⁷³. Bu Andlaşma'da askerlerin statüsünün ne şekilde belirleneceği de hükme bağlanmıştı.

Japonya'da işgalin hitama ermesiyle ABD ile akdedilen Güvenlik Andlaşması, Japonya'da faaliyet gösteren ABD askerlerinin durumunun ayrı bir idarî anlaşmayla (*administrative agreement*) düzenlenmesini öngörüyordu. 1952 tarihinde akdedilen İdarî Anlaşma uyarınca Amerikan kuvvet mensubu, sivil personeli ve bunların yakınları hakkında işgal süresince cari olan statü devam edecekti⁷⁴. Japonya'daki ABD işgali süresince ABD kuvvet mensupları, sivil personeli ve bunların yakınları üzerindeki münhasır cezaî yargı yetkisi ABD'ye aitti⁷⁵. Askerlere tanınan bu hukukî statü, ABD'nin o zamanki uluslararası teamül kuralını yansıttığını düşündüğü *Schooner Exchange*⁷⁶ Davasında ortaya konan yetki anlayışına paraleldi.

1951 yılında imza edilen Güvenlik Andlaşması 1960 yılında yeni bir müşterek güvenlik andlaşmasıyla ortadan kaldırıldı⁷⁷. 1960 tarihli Müşterek Güvenlik andlaşması, altıncı maddesinde askerlerin statüsüne dair hükümlerin yeni ve ayrı bir anlaşma ile düzenleneceğini ve daha önce bu konuda imzalanmış İdarî

71 *San Francisco Peace Treaty*, Ministry of Foreign Affairs of Japan, Entry into force 28 May 1952, <https://bit.ly/2rqTddO> (22.09.2018).

72 "Security Treaty between United States of America and Japan", San Francisco, September 8, 1951, *Japan's Foreign Relations-Basic Documents*, Vol. 1, p. 444-448, Bkz. "The World and Japan" Database, <https://bit.ly/2QeKlZK> (23.09.2018).

73 F. Armaoğlu, *Yirminci Yüzyıl Siyasi Tarihi: 1914-1980*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1986, s. 457.

74 "Administrative Agreement under Article III of the Security Treaty between the United States of America and Japan", Tokyo, February 28, 1952, *Japan's Foreign Relations-Basic Documents*, Vol.1, p.472-502, Bkz. "The World and Japan" Database, <https://bit.ly/2G4uU8R> (22.09.2018).

75 Bkz. Administrative Agreement.

76 *The Schooner Exchange v. McFaddon*, The US Supreme Court, 24 Şubat 1812, 11 US 116 (1812), <https://bit.ly/2SvPsIz> (27.04.2018).

77 *Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America* (Japan-U.S. Security Treaty), signed 19 January 1960, Ministry of Foreign Affairs of Japan, <https://bit.ly/2RFiYeO> (22.09.2018).

Anlaşmanın⁷⁸ ortadan kaldırılacağını hükme bağlıyordu. Japonya ile ABD arasındaki askerî kuvvetlerin statüsünü belirleyen Anlaşma⁷⁹ Müşterek Güvenlik Andlaşmasıyla aynı gün, 19 Ocak 1960'ta imzalandı. Ne var ki, 1960 tarihli Kuvvetler Statüsü Anlaşmasında da, askerler üzerindeki yargı yetkisine dair hükümler 1952 tarihli İdarî Anlaşma'ya nazaran esasen pek değişikliğe uğramamıştı. Oysa Japonya'daki ABD askerî kuvvetlerinin statüsünün ilk kez bir anlaşmayla düzenlendiği 1952 yılından 1960'a kadar KSA'larda yargı yetkisini düzenleyen yeni bir temayül NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması⁸⁰ ile ortaya çıkmıştı. Bu zaviyeden bakıldığında Japon-ABD KSA, modern kuvvetler statüsü anlaşmalarına paralel hükümler içermemektedir. Ancak, Japonya ve ABD'nin karşılıklı güven ve iş birliğine dayanan ikili uygulaması sayesinde diğer kuvvet statüsü anlaşmalarından pek farklı bir durum mevzubahis olmamıştır⁸¹.

Japon-ABD KSA'nın cezaî yargı yetkisine ilişkin hükümleri on yedinci maddede ele alınmıştır. On yedinci maddenin birinci fıkrasında cezaî yetkiye ilişkin genel kurallar belirtilmiştir. İkinci fıkrada, iki devletin münhasıran yetkili olacağı durumlar ayrı ayrı açıklanmış, üçüncü fıkrada ise mütedahil yetki (concurrent jurisdiction) durumunda hangi devletin rüçhanlı yetkiyi haiz olacağı izah edilmiştir.

Birinci fıkraya göre, ABD askerî makamları, Amerikan kanunlarının askerleri hakkında kendisine ceza ve disiplin bağlamında verdiği tüm yetkileri Japonya'da bulunan ABD askerleri üzerinde kullanma hakkına sahiptir⁸². Japonya ise kural olarak, ABD askerlerinin, sivil personelinin (*civilian component*) ve yakınlarının (*dependants*) Japon kanunlarına göre suç teşkil eden fiilleri bakımından yargı yetkisini haizdir⁸³.

İkinci fıkraya göre, ABD askerî makamları, ABD askerî kanunlarına tabi olan kişiler hakkında, Japon kanunlarının bir ceza öngörmediği fiiller bakımından

78 Bkz. Administrative Agreement... note 74.

79 *Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan* (Agreement regarding the Status of United States Armed Forces in Japan), signed 19 January 1960, 11 U.S.T. 1652, T.I.A.S. No. 4510. Bkz. Ministry of Foreign Affairs of Japan, <https://bit.ly/2BWivCv3> (23.09.2018). (Bundan sonra Japon-ABD KSA).

80 Bkz. *Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces*, (NATO SOFA), 19 June 1951, <https://bit.ly/2SrUblE> (27.10.2018); Fransızca metin için bkz. *Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*, <https://bit.ly/2rqTLcQ> (13.09.2018). Madde 7 hükmü. (Bundan sonra NATO KSA).

81 D. Sonnenberg, D. A. Timm, "United States Forces in Japan: The Agreements Regarding Status of Foreign Forces in Japan" in D. Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford., 2003, s. 389.

82 Bkz. Japon- ABD KSA, note 79, madde 17(1)(a) hükmü.

83 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(1)(b) hükmü.

-ABD'nin emniyetine karşı suçlar da dahil olmak üzere- münhasıran yetkilidir. Japonya, ABD askerlerinin, sivil personelinin ve yakınlarının Japon kanunlarına göre suç teşkil eden ve fakat ABD kanunlarınca suç teşkil etmeyen -Japonya'nın emniyetine karşı suçlar da dahil olmak üzere- fiilleri bakımından münhasıran yetkilidir⁸⁴. Fıkra hükmüne göre devletin emniyetine karşı suçlara, vatana hıyanet (*treason against the state*), sabotaj, casusluk, milli savunmaya veya diğer resmi sırlara ilişkin herhangi bir kanunun ihlali dahildir⁸⁵.

Üçüncü fıkraya göre, eğer mütedahil yetki (her iki devletin de yetkili olması durumu) varsa, aşağıdaki kurallar cari olacaktır. ABD askerlerinin, sivil personelinin ve yakınlarının:

- i) yalnızca ABD mülküne veya emniyetine karşı işledikleri suçlarda,
- ii) sadece bir diğer ABD kuvvet mensubu, sivil personeli ve yakınlarına yahut bunların mülklerine karşı işledikleri suçlarda,
- iii) resmi görevin ifasında işledikleri fiil veya ihmallerinden kaynaklanan suçlarda

ABD askerî makamları, yargı yetkisini icra etmede önceliklidir⁸⁶. Bu suçların dışında Japon makamları yargı yetkisini icra etmede önceliklidir⁸⁷.

Japon-ABD KSA'nın ilgili hükmü uyarınca yargı yetkisini icra etmede öncelik hakkı sahibi olan devlet yetkisini icra etmemeye karar verirse diğer tarafı bundan en kısa sürede haberdar eder. Yargı yetkisini icra etmede öncelik sahibi olan devlet makamları kendilerine, karşı taraftan gönderilen yetkiden feragat talebine -eğer öncelik hakkı sahibi olmayan diğer devlet bu feragata özel bir önem atfediyorsa- hayırhahlıkla cevap vermelidirler⁸⁸.

Her ne kadar KSA hükümleri yetkiden feragat bahsini yukarıdaki gibi düzenlese de, uygulamaya son şeklini veren taraflar arasında gerçekleşen bir centilmen anlaşması olmuştur ve Japonya buna uymaya devam etmektedir⁸⁹. Buna göre, Japonya kendisinin rüçhanlı yetki sahibi olduğu hallerde, ABD makamlarından yetkisinden feragate ilişkin bir talep alırsa buna olumlu yanıt verip hakından feragat edecektir velev ki vaka üzerinde yargı yetkisi icra etmek Japonya için özel bir önemde olmasın⁹⁰. Literatürde peşinen feragat (*advance waiver*)

84 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(2) (a) ve (b) hükümleri.

85 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(2) (c) hükmü.

86 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(3)(a) hükmü.

87 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(3)(b) hükmü.

88 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(3)(c) hükmü.

89 Bkz. Sonnenberg, Timm, s. 387.

90 Bkz. Agreed Minutes to Japan- US SOFA, Madde 17 Re para (5)(1) hükmü. Ayrıca bkz. R. B. Finn, *Winners in Peace*, University of California Press, 1992, s. 311.

olarak zikredilen bu sistem ilk kez Hollanda'nın ABD ile 1954 tarihinde akdettiği KSA'da yer almıştır⁹¹.

Cha'ya göre, Japon-ABD KSA'daki feragate dair hükümler ABD'nin faydasına hizmet etmektedir. Zira, muğlak bir ifade olan feragat talebini hayırhahlıkla değerlendirmek (*to give sympathetic consideration*) hükmü ABD makamlarının keyfi davranmasına sebep olmaktadır. Dahası Cha, ABD makamlarını kendilerine yapılan feragat taleplerini siyasî maksatlarına muvafık biçimde değerlendirmekle itham etmiştir⁹².

ABD askerî makamlarının, Japon ülkesinde mutaden mukim bulunan veya Japon tabiiyetinde olan kişiler üzerinde yetkisi sözkonusu değildir velev ki bu kişiler ABD askerî kuvvetlerinin mensubu olsun⁹³. Japonya ve ABD'den çifte vatandaşlıkları bulunup aynı zamanda ABD kuvvet mensubu, sivil personeli veya yakınlarından olan kişiler ise cezaî yargı yetkisi bakımından sadece ABD vatandaşları gibi muamele göreceklendir⁹⁴.

Japon makamları, ABD kuvvet mensubu, sivil personeli veya yakınlarından birini yakaladığında vaziyeti hemen ABD askerî makamlarına bildirmelidir⁹⁵. Eğer şüpheli ABD makamlarının elinde bulunuyorsa, Japonya tarafından haklarında Japonya'nın yetkisine giren bir suçtan yargı süreci başlatılıncaya kadar şüpheli ABD makamlarının gözetiminde kalacaktır⁹⁶. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden anlaşılacağı üzere Japonya'nın yargı yetkisini haiz bulunduğu bir durumda şüpheli Japon makamlarınca yakalanmışsa muhakeme öncesi süreçte de Japon makamlarının yedinde kalacaktır. Kabul eden devletin yargı süreci öncesinde şüpheliyi elinde bulundurabilmesi (*pre-trial custody*) başka kuvvetler statüsü anlaşmalarında nadir görülen bir haktır⁹⁷.

Japon- ABD KSA'daki yetkiye ilişkin maddenin müteakip fıkraları, yargı süreçlerinde iki taraf arasında işbirliği, adil yargılanma teminatları gibi hususlara ilişkindir⁹⁸.

91 *Agreement with Annex between the United States of America and the Netherlands Regarding the Stationing of United States Armed Forces in the Netherlands*, signed 13 August 1954, 6 U.S.T. 103, T.I.A.S. No: 3174, 251 UNTS 91.

92 Cha, s. 515-516.

93 Bkz. Japon-ABD KSA, madde 17(4) hükmü.

94 Bkz. *Agreed Minutes to Japan- US SOFA*, note 98, Madde 17, Re para (4).

95 Bkz. Japon-ABD KSA, madde 17(5)(b) hükmü.

96 Bkz. Japon- ABD KSA, madde 17(5)(c) hükmü.

97 Honma, s. 368, dn. 8.

98 Japon-ABD KSA'ya ilişkin diğer hükümler için bkz. *Agreed Minutes to the Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan*, 19 January 1960, Ministry of Foreign Affairs of Japan, <https://bit.ly/2BWivCv3> (23.09.2018). (*Agreed Minutes to Japan-US SOFA*).

Japonya, Güney Kore'nin güvenliği ile ilgili alınan BM Güvenlik Konseyi kararı⁹⁹ üzerine 1950 yılında kendi rızasıyla ülkesini bu çerçevede gelecek Çok Uluslu Güç askerlerine açmıştır. BM kararını müteakip Kuzey Kore'ye karşı savaşmak üzere Japon ülkesine gelecek olan askerlerin statüsü bir anlaşma ile düzenlenmemiştir. Ağustos 1952 tarihinde Japonya, iki İngiliz askerini bir taksiciyi gaspetmek suçundan yargılayıp iki buçuk yıl hapse mahkûm etmişti. Alkollü vaziyette, Japon taksiciyi gaspeden İngiliz bahriyelileri açıkça görev statüsünün dışında bulunmalarına ve Japon mahkemelerinin yargı yetkisi kapsamında bulunmalarına rağmen Birleşik Krallık, Japonya'nın askerler üzerinde cezaî yargı yetkisinin bulunmadığından bahisle Japonya'yı şiddetli biçimde protesto etmiş ve nihayet, Kasım 1952'de, askerlerin salıverilmesini sağlamıştır¹⁰⁰. Bu gelişme, BM çağrısıyla oluşturulan Çok Güç'ün statüsüne ilişkin bir anlaşmanın gerekliliğini ortaya çıkardı. 1954 yılında, Japon ülkesinde bulunan BM kuvvetlerinin statüsüne dair bir anlaşma akdedildi¹⁰¹. Anlaşma, bir tarafta Çok Uluslu Güç'ün nam ve hesabına hareket eden ABD, diğer tarafta ise Japonya arasında imza edilmiştir. Bu anlaşma esas itibarıyla, ABD ve Japonya arasındaki kuvvetler statüsü anlaşmalarının oluşturduğu rejime benzer hükümler taşımaktadır¹⁰².

BM kuvvetlerinin Japonya'daki statüsünü düzenleyen Anlaşma'ya göre, Çok Uluslu Güç'ün Kore toprağındaki vazifesini tamamlayıp buradan çekilmesini müteakip en geç doksan gün içinde Japonya ülkesini de terketmeleri gerekmektedir. Mezkur KSA'nın geçerlilik süresi, çokuluslu gücün Kore operasyonu ile tahdit edilmiştir. Bir diğer deyişle, çokuluslu güc mensupları Kore operasyonunun bitiminden en geç üç ay sonra mezkur KSA'da öngörülen hukukî statüden faydalanamayacaklardır¹⁰³.

Japonya ile BM kuvvetlerinin statüsüne dair akdedilen 1954 tarihli KSA'nın çok taraflı anlaşma olmasının yanında bir diğer dikkat çekici hususiyeti ise birçok KSA'nın tersine bu anlaşmanın temelini, müşterek güvenlik anlaşması, askerî üs anlaşması gibi önceden akdedilmiş bir anlaşmadan değil, sadece ve sadece BM Şartının ikinci maddesinin beşinci fıkraya hükmünden alıyor olmasıdır¹⁰⁴. Buna göre: *"Tüm üyeler, örgütün işbu Anlaşma gereği giriştiği tüm ey-*

99 UN SC Res. 84 (1950), Résolution du 27 juin 1950.

100 S. Wilson, R. Cribb, B. Trefalt, D. Aszkielowicz, *Japanese War Criminals: The Politics of Justice After the Second World War*, Columbia University Press, 2017, s. 185.

101 *Status of United Nations Forces in Japan, Agreement and Agreed Official Minutes*, Signed at Tokyo February 19, 1954, Entered into force June 11, 1954, 5 U.S.T. 1123 (1954). (Bundan sonra Status of United Nations Forces in Japan).

102 Sonnenberg, Timm, s. 391.

103 Status of United Nations Forces in Japan, madde 24 ve 25 hükümleri.

104 Bkz. Status of United Nations Forces in Japan, dibace.

*lemlerde örgüte her türlü yardımı yaparlar ve Birleşmiş Milletler tarafından aleyhinde önleme veya zorlama eylemine girilen herhangi bir devlete yardım etmekten kaçınırlar.*¹⁰⁵

A. Japon-ABD Uygulamasından Örnek Vakalar

30 Ocak 1957 tarihinde, Japonya'daki Weir Kampı'nda ABD askerleri tatbikat yapıyorlardı. Japon halkından bazı kişiler de tatbikatta çıkan boş kovanları topluyorlardı. Tatbikata bir süre ara verildiği esnada William S. Girard isimli bir üçüncü sınıf uzman, makineli tüfeklerden birini beklemek üzere görevlendirildi¹⁰⁶. Girard kovan toplayan yaşlı bir kadın ve adama Japonca seslenerek onlara “burada çok daha fazlası var” diyerek tepeciğın yamacına çağırđı. Yaşlı kadın ve adam, bir süre bu yamaçta kovan topladı. Askerin davranışından şüphelenince yaşlı kadın (Naka Sakai) koşarak kaçmaya başladı. Bunun üzerine asker yaşlı kadına ve adama (Hideharu Onozeki) sekiz metre mesafeden tüfeğinin içine yerleştirdiğı boş mermi kovanlarıyla ateş etti. Yaşlı kadının atar damarı isabet alıp yırtıldı ve kan kaybından öldü¹⁰⁷. ABD'li askerî yetkililer, Girard'ın resmî görev statüsü kapsamında fiili işlediğini dolayısıyla olayda Japonya'nın değıl kendilerinin rüçhanlı yargı yetkisini haiz olduklarını savundular¹⁰⁸. Müşterek komitede tarafların yaptığı görüşmeler sonrasında ABD, Girard'ın yargılamasını Japonya'ya bırakmayı kabul etti. ABD makamları, idarî anlaşmanın yedinci maddesinin 3(c) hükmü uyarınca Girard hakkında yargı yetkisini kullanmayacağını Japon makamlarına bildirdi. Akabinde ise, ABD, Girard'ı yargılanmak üzere Japon makamlarına teslim etti. Girard, Japon makamları tarafından yaralamak suretiyle ölüme sebebiyet vermek suçundan yargılandı¹⁰⁹. Girard savunmasında, Japonları oradan uzaklaştırmak için ateş ettiğini ve boş kovanın kimseyi yaralayabileceğini düşünmediğini belirtti¹¹⁰.

105 Bkz. A. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, R. V. Günel (ed.), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 111; İ. Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Basic Documents in International Law*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 14. İngilizce metin için bkz. M. D. Evans, “UN Charter, Article 2(5)”, *Blackstone's International Law Documents*, OUP, Oxford, 2015, s. 10; *Nation Unies*, La Charte des Nations Unies, 1 UNTS XVI, <https://bit.ly/1Th6oLq> (24.09.2018).

106 H. S. Pointer, “Status of Forces Agreement, Due Process and Fair Trial: The Japanese Experience” in H. Chiu (ed.) *Occasional Papers Reprint Series in Contemporary Asian Studies*, No. 7, 1979, s. 41.

107 Bkz., J. M. Snee, K. A. Pye, “Japanese Statement in the Criminal Jurisdiction Sub-Committee of the Joint Committee”, *Status of Forces Agreement and Criminal Jurisdiction*, Oceana Publications, New York, 1957, s. 161-162.

108 Snee, Pye, s. 50

109 Pointer, s. 41.

110 Snee, Pye, s. 157.

Uzak Doğu'daki ABD Kumandanlığı'nın Ocak 1956 tarihinde yayınladığı bir genelgeye göre resmî görev, bir askerin görev esnasındaki tüm davranışlarını değil yalnızca görevin icrası kapsamındaki davranışlarını kapsar. Bu sebeple, vazifeden esash bir sapma resmî görevin dışında addedilir¹¹¹. Görev statüsünün belirlenmesi çoğu kez asker üzerinde hangi devletin yargı yetkisini icra edeceğini belirlediğinden hassas bir konu olmuştur. 1974 yazında, görev statüsüyle ilgili bir başka vaka gerçekleşmiştir. Okinawa'da tatbikat sahasına yakın bölgede Japon siviller hayvanları için ot kesiyor ve askerlerin tatbikatından çıkan boş kovanları topluyorlardı. Bu sivillerin atış menziline girmemesini temin için görevlendirilen bir ABD askeri, bir Japon sivil kolundan vurarak kolunun kırılmasına sebep oldu. İlk etapta askerin bağlı olduğu hava kuvvetlerinden gelen açıklama askerin fiilinin görev kapsamını aştığı bu sebeple kendisinin Japon makamlarına tesliminin uygun olduğu yönündeydi. Fakat daha sonra ABD askerî makamları, sözkonusu askerin görev vesikasının bulunduğunu ve asker hakkında ABD'nin yargı yetkisini kullanacağını açıkladılar. Olay hakkında kimin yargı yetkisi kullanılacağı meselesi müşterek komisyonda ele alındı. Uzun süren müzakereler neticesinde Japon tarafı, konu hakkında ABD'nin yargı yetkisini kullanmasını kabullendi. Kamuoyunda çok tepki çeken bu olay hakkında Japon Adalet Bakanı askerin gerekli en ağır cezayı alacağından emin olduğu şeklinde bir açıklama yaparak halkı teskin etse de ABD makamları mezkur askere yalnızca bir disiplin cezası vermekle iktifa etmişlerdir¹¹².

III. ABD-Güney Kore Kuvvetler Statüsü Rejimi

A. Kore-ABD Uygulama Anlaşması

Eylül 1949 tarihi itibarıyla tüm ABD askerleri Kore topraklarından büyük ölçüde çekilmişti. Güney Kore toprağında sadece *United States Military Advisory Group to the Republic of Korea* (KMAG) mevcuttu¹¹³. Kore'de bulunan ABD askerlerinin statüsünü belirleyen hukukî vesika ise 1948 yılında akdedilen bir uygulama anlaşmasıydı (*executive agreement*)¹¹⁴. Buna göre, ABD Generalinin idaresinde bulunan tüm askerler, sivil personel ve yakınları dahil olmak üzere, ABD'nin münhasır yargı yetkisine tabidir. Ayrıca bu kişiler, Kore Cumhuriyeti

111 Bkz. P. J. Conderman, "Jurisdiction" in D. Fleck (ed.) *The Handbook the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003, s. 111; Snee, Pye, s. 163; Pointer, s. 41.

112 Bkz. Pointer, s. 42.

113 Bkz. R. K. Sawyer, *Military Advisors in Korea: KMAG in Peace and War*, Walter G. Hermes (ed.), Center of Military History United States Army, Washington, D.C., 1988, s. 49, 114, 165; H. Kissinger, *Diplomasi*, Terc. İ. H. Kurt, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2006, s. 455.

114 *Executive Agreement between the President of the Republic of Korea and the Commanding General, United States Army Forces in Korea, Concerning Interim Military and Security Matters during the Transitional Period*, Signed 24 August 1948, 79 UNTS 57.

makamları tarafından derdest edildikleri takdirde hemen ABD askerî makamlarının gözetim ve kontrolüne teslim edilmelidirler¹¹⁵.

B. Kore Savaşı, Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları ve Örnek Vakalar

ABD askerlerinin Kore toprağından çekilmiş olması, Sovyetler için ABD'yi Asya-Pasifikten atmak için iyi bir fırsattı¹¹⁶. Ayrıca, Sovyet-ABD mücadelesi, Çin'de otuz yıldır süregiden iç savaşın 1949 yılında komünistler lehine neticelenmesi ile yeni bir boyut kazanıyordu¹¹⁷. Çin'de komünistlerin iktidarı ele geçirmesinden cesaret bulan Sovyetler Birliği, Haziran 1950'de Kuzey Kore'yi Güney Kore topraklarına saldırttı¹¹⁸. Bu tecavüzü¹¹⁹, ABD'nin komünist siyasete karşı duruşunun test edilmesi olarak değerlendiren ABD, buna göz yummayacağını gösterdi ve Birleşmiş Milletler'i harekete geçirdi. Oysa, BM Güvenlik Konseyinden BM Şartı'nın VII. Bölüm'ü kapsamında karar çıkartabilmek için beş daimi üye arasında bulunan Sovyetler'in de olumlu reyini gerekiyordu. Ancak Çin'deki komünist yönetim iktidara gelince eski idarî kadro, Çin'nin Tayvan adasına yerleşmiş ve sürgünde hükümet statüsünde bulunuyordu¹²⁰. Bu sebeple, Çin Komünist İdaresi'nin BM Güvenlik Konseyinde Çin Devleti'ni temsil edemeyeceği kabul ediliyordu. İşte bu durumu protesto etmek amacıyla Sovyetler Birliği temsilcileri, aylardan beri Güvenlik Konseyi toplantılarına katılmıyordu¹²¹. Durum bu minvaldeyken ABD, Kore için Güvenlik Konseyi'nden BM Şartı'nın VII. Bölüm'ü kapsamında karar çıkartmayı başardı. Kore için Konsey'de alınan 25 Haziran 1950 tarih ve 82 sayılı ilk kararlar BM, taraflara ateşkes çağrısında bulunup Kuzey Kore birliklerinin 38. Enlemin kuzeyine çekilmesini istiyordu¹²². 27 Haziran 1950'de çıkan 83 sayılı ikinci kararda Güney Kore'ye kuzeyden gelen saldırıyı püskürtmesi için yardım edilmesi çağrısı yapılıyordu¹²³. 84 sayılı, 7 Temmuz 1950 tarihli kararlar ise ABD'nin komutasında Çok Uluslu Güç oluşturulması tavsiye ediliyor, ABD'den bu Güç'ün başına geçmesi rica ediliyordu. Ayrıca Kuzey

115 Executive Agreement..., madde 3 hükmü.

116 Armaoğlu, s. 455.

117 ABD kuvvetleri, müttefikleri olan Çin toprağı bu gelişme üzerine terkettiler. H. Chiu, "The United States Status of Forces Agreement With the Republic of China: Some Criminal Case Studies", *Boston College Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 3 No.1, 1979, s. 69.

118 L. Scott, "International History" in J. Baylis, S. Smith, P. Owens (eds.), *The Globalization of World Politics*, OUP, Oxford, New York, 2011, s. 57; Armaoğlu, s. 455.

119 M. C. Kul, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2016, s. 39.

120 A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, CUP, Cambridge, 2007, s. 57.

121 Kissinger, s. 455; Malanczuk, s. 392.

122 UN SC Res. 82(1950), <https://bit.ly/2EjzPkB> (25.09.2018). "Demande la cessation immédiate des hostilités; Invite les autorités de la Coreé du Nord à retirer immédiatement leurs forces armées sur le 38e parallèle." Vurgu metne aittir.

Kore'ye karşı, BM bayrak ve flamalarının kullanılmasına da izin veriliyordu¹²⁴. Sovyetler Birliği, yukarıda bahsedilen kararların çıkmasını engelleyemediyse de daha sonraki Güvenlik Konseyi toplantılarına katılmış ve Güvenlik Konseyi karar taslaklarını bloke etmiştir. Bu vaziyet ABD'yi, BM Genel Kurulu'ndan Barış İçin Birleşme (*Uniting for Peace*)¹²⁵ isminde bir karar çıkartmaya sevk etmiştir. ABD, Barış için Birleşme Kararı'yla Kuzey Kore'ye karşı girişilen Çok Uluslu Güç'ün müdahalesini meşru bir zeminde sürdürmeyi amaçlamıştır¹²⁶. Doktrinde Kore için oluşturulan Çok Uluslu Güç'ün herhangi bir şekilde Birleşmiş Milletler Güç'ü olarak nitelendirilmesinin çok şüpheli olduğu¹²⁷ belirtilmişse de Çok Uluslu Güç'ün yaptığıının en azından BM'nin yetkilendirmesi dahilinde bir müşterek meşru müdafaa olduğunu kabul etmek gerekir.

ABD liderliğindeki BM çokuluslu gücünün komutasına ABD için İkinci Cihan Harbi'nde Uzak Doğu'da önemli hizmetler vermiş olan General MacArthur getirildi. Türkiye'nin de bir tugayla katıldığı¹²⁸ Kore savaşı üç yıl sürmüştü ve üç milyon insan öldükten sonra savaş öncesi sınırlara, 38 enleme, geri dönmüştür¹²⁹. 33,629 ABD, 1,109 Birleşik Krallık askerinin ve sayısız Korelinin öldüğü savaşta Türkiye 717¹³⁰ şehit vermiştir. 27 Temmuz 1953'te imzalanan Mütareke ile Kore Savaşı sona ermiştir¹³¹.

123 UN SC Res. 83(1950), <https://bit.ly/2UmEMhm> (25.09.2018).

124 UN SC Res. 84(1950), <https://bit.ly/2UmEMhm> (25.09.2018).

125 UN GA Res. 377(V) (1950), *Uniting for Peace*, <https://bit.ly/2L1CCPV> (25.09.2018).

126 Barış İçin Birleşme Kararı ve BM Genel Kurul'unun yetkileri hakkındaki tartışmalar için bkz. A. Udoh, "Invoking the 'Uniting for Peace' Resolution of 1950 to Authorize the Use of Humanitarian Military Intervention and Prevent Mass Atrocities in Syria", *Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, Vol. 23, No. 1, 2015, s. 210; L. D. Johnson, "Uniting for Peace Does It Still Serve Any Useful Purpose", *AJIL Unbound*, Vol. 108, 2014-2015, s. 112; "Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)", *Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1962, s. 151, 163; S. Ögüt, 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014, s. 65; Malanczuk, s. 379.

127 Malanczuk, s. 392.

128 Armaoğlu, s. 455.

129 *Agreement between the Commander-in-Chief, United Nations Command, on the one hand, and the Supreme Commander of the Korean People's Army and the Commander of the Chinese People's volunteers, on the other hand, concerning a military armistice in Korea* (Korean War Armistice Agreement), 4 U.S.T. 234, T.I.A.S. No: 2782 Bkz. <https://2001-2009.state.gov/t/ac/rls/or/2004/31006.htm> (26.09.2018). Ayrıca bkz. Scott, s. 57.

130 Bkz. United States Forces Korea, United Nations Command, <https://bit.ly/2zJNE84> (26.09.2018).

131 Korean War Armistice Agreement, madde 2, 13(b) hükmü.

Güney Kore topraklarında Kuzey Kore, Sovyet ve gönüllü Çin birliklerine karşı savaşmaya giden çokuluslu güce mensup çeşitli ülke askerlerinin¹³² statüsü herhangi bir KSA ile tanzim edilmedi¹³³. Her ne kadar klasik bir KSA'da yer alacak hükümleri içermese de 24 Mayıs 1952'de Kore Cumhuriyeti ile çokuluslu güç arasında yapılan Ekonomik Koordinasyon Anlaşmasında (Meyer Anlaşması)¹³⁴, askerlerin Kore toprağında vazifelerini ifa için gerekli olan ayrıcalık ve bağımsızlıkların taraflarına tanınacağına dair bir hüküm yer almaktaydı¹³⁵. Uygulamada bu hüküm, çokuluslu güç askerlerine gümrük vergilerine tabi olmadan eşya getirmek, tesislerin kullanımı, malzeme temini, yerel vergilere tabi olmamak gibi imtiyazlar tanıdığı şeklinde yorumlanmıştır¹³⁶.

ABD ise Güney Kore (Kore Cumhuriyeti) ile nota teatisi yoluyla bir anlaşma yaparak kendi askerlerinin hukukî statüsünü düzenledi¹³⁷. Güney Kore'nin Taejon şehrinde imzalandığı için bu isimle bilinen anlaşmaya göre:

i) ABD askerleri üzerinde münhasır yargı yetkisi ABD makamlarına ait olacaktır.

ii) ABD makamları, ABD askerî kuvvetlerine karşı suç işleyen Kore vatandaşlarını yakalarsa bu kişileri en kısa sürede Kore sivil makamlarına teslim edecektir.

iii) ABD askerleri, Kore makamları tarafından yalnızca ve ancak ABD mahkemelerine teslim edileceklerdir.

132 Mütareke imzalandığında çokuluslu gücün katılım durumu şu vaziyettedir: Kore Cumhuriyeti: 590,911; ABD: 302,483; Birleşik Krallık: 14,198; Kanada: 6,146; Türkiye: 5,453; Avustralya: 2,282; Filipinler: 1,496; Yeni Zelanda: 1,385; Tayland: 1,204; Etiyopya: 1,271; Yunanistan: 1,263; Fransa: 1,119; Kolombiya: 1,068; Belçika: 900; Güney Afrika: 826; Hollanda: 819; Lüksemburg: 44. Bkz. United States Forces Korea, United Nations Command.

133 Voetelink, 2015, s. 46.

134 Literatürde mezkur anlaşma, bunu imzalayan kişinin soyadına atfen Meyer Anlaşması olarak bilinmektedir.

135 *Agreement on Economic Coordination between the Republic of Korea and the Unified Command of 24 May 1952*, 3 U.S.T. 4420, T.I.A.S No: 2593, 179 UNTS 23.

136 D. A. Timm, "Visiting Forces in Korea" in D. Fleck (ed), *The Handbook the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003, s. 449.

137 *Agreement Concerning Jurisdiction over Offences by the United States Forces in Korea of 12 July 1950*, 5 U.S.T. 1408, T.I.A.S. No: 3012; Échange de notes constituant un accord relatif à la compétence en matière d'infractions commises par les membres des forces armées des États-Unis en Corée, Taejon, 12 juillet 1950. Bkz. 222 *Nations Unies Recueil des Traités 1955*, No. 3029, s. 230 et seq. <https://bit.ly/2KZA30A> (25.09.2018). 1948 yılında Kore' deki ABD askerlerinin durumuna dair akdedilen uygulama anlaşmasının (bkz. note 114) ABD askerlerinin büyük çoğunluğunun Eylül 1949 itibarıyla çekilmesiyle geçerliliğini yitirdiği ileri sürülebilirdi. Bu ihtimali gözönünde bulunduran ABD makamları Güney Kore ile yeni bir anlaşma yapmayı yerinde görmüşlerdir. Timm, s. 448, dn. 31.

iv) ABD makamları, savaş şartları dolayısıyla Kore mahkemelerinin yokluğu/yetersizliği sebebiyle, kendilerinden talep edilmediği sürece bir Koreli'yi yargılamayacaklardır.

ABD ile Güney Kore arasında anlaşma niteliği taşıyan nota teatisinin yukarıda izah edilen son hükmünden de anlaşılacağı gibi savaş şartları altındaki Güney Kore'nin, harbe Güney Kore'yi desteklemek üzere katılan yabancı askerler üzerinde yargı yetkisi icra etmek şöyle dursun, kendi vatandaşlarını yargılayacak düzeyde yeterli örgütlenmesi mevcut değildi. Bu sebeple gönderen devletler kendi askerleri üzerinde yargı yetkisini Güney Kore'nin bir itirazı olmaksızın icra etmişlerdir. Mesela, Hollanda askerî makamları, kendi askerî mahkemesini kurmuş ve Güney Kore'nin zımnî rızasıyla Hollandalı askerler üzerinde yargı yetkisini icra etmiştir¹³⁸.

Temmuz 1953'te yapılan mütarekenin dördüncü maddesi, mütarekenin imzalanmasını müteakip üç ay içerisinde bir konferans toplanmasını ve Kore sorununa kalıcı bir çözüm getiren bir sulh anlaşması akdedilmesini öngörüyordu. Fakat bu konferans gerçekleşmeyince Kore Cumhuriyeti'ndeki ABD askerleri savaş döneminde akdedilen KSA hükümlerine göre statülerini sürdürmeye devam ettiler. Oysa Kore Cumhuriyeti, yeni bir KSA ile durumun düzenlenmesi için müzakerelere başlamak istiyordu. Kore ülkesindeki otoriter rejim önce bir öğrenci ayaklanmasıyla devrildi. Daha sonra gelen hükümet ise bir ay sonra bir askerî darbe ile iktidardan alındı. Siyasi durum nispeten düzelince yeni bir KSA yapmaya ancak muvaffak olundu¹³⁹. 1966 tarihinde taraflar arasında akdedilen anlaşma, NATO KSA olsun, Japonya ile ABD arasındaki anlaşmalar ve diğer KSA tecrübelerinin yansıtıldığı bir metin oldu¹⁴⁰. Mezkur KSA, temelini taraflar arasında 1953 yılında akdedilmiş Müşterek Savunma Anlaşmasından almaktaydı¹⁴¹. 1966 tarihinde imzalanan ve imzalanmasından yedi ay sonra yürürlüğe giren bu Anlaşma, taraflar arasında askerlerin statüsüne dair imzalanan 1950 tarihli Taejon Anlaşmasını yürürlükten kaldırmıştır¹⁴².

138 Buurman van Vreeden, 1953, s. 354-355'den nakleden Voetelink, 2015, s. 46, dn. 39.

139 "South Korea-Timeline", *BBC*, 1 May 2018, <https://bbc.in/2G1hCdb> (26.09.2018).

140 Anlaşma metni için bkz. *Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Korea of 9 July 1966*, 17 U.S.T. 1677, 1703, T.I.A.S. No: 6127, 674 UNTS 199. (bundan sonra Güney Kore-ABD KSA) <https://bit.ly/2Qi93zd> (26.09.2018).

141 *Mutual Defence Treaty between the United States and the Republic of Korea of 1 October 1953*, 5 U.S.T. 2368, T.I.A.S. No: 3097, 238 UNTS 199.

142 Güney Kore-ABD KSA, madde 29, para 3.

Kore Cumhuriyeti ile ABD arasında kuvvetlerin statüsünü belirleyen temel anlaşma olan 1966 tarihli bu KSA, çeşitli maddelere değişiklik getiren anlaşma ve müteakip anlaşma muhtıraları, nota teatileri ile uygulamada son şeklini almıştır¹⁴³. Aşağıda askerlerin statüsüne ilişkin hukukî fotoğrafın son hali izah edilecektir.

1966 tarihli Güney Kore-ABD KSA'da cezaî yetkiyi düzenleyen XXII. maddenin birinci fıkrasına göre, ABD askerî makamları, Amerikan kanunlarının kendilerine ceza ve disiplin bağlamında tanıdığı tüm yetkiyi Kore Cumhuriyeti'nde bulunan ABD askerleri, sivil personeli ve yakınları üzerinde kullanma hakkına sahiptir¹⁴⁴. Güney Kore ise kural olarak, ABD askerlerinin, sivil personelinin ve yakınlarının Güney Kore kanunlarına göre suç teşkil eden fiilleri bakımından yargı yetkisini haizdir¹⁴⁵.

ABD askerî makamları, ABD askerleri, sivil personeli ve yakınları hakkında, Kore Cumhuriyeti kanunlarının bir ceza öngörmediği fiiller bakımından -ABD'nin emniyetine karşı suçlar da dahil olmak üzere- münhasır yetkiyi haizdir¹⁴⁶. Kore Cumhuriyeti de ABD askerlerinin, sivil personelinin ve yakınlarının Güney Kore kanunlarına göre suç teşkil eden ve fakat ABD kanunlarında suç teşkil etmeyen -Güney Kore'nin emniyetine karşı suçlar da dahil olmak üzere- fiilleri bakımından münhasıran yetkilidir¹⁴⁷. Devletin emniyetine karşı suçlara, vatana hıyanet (*treason against the state*), sabotaj, casusluk, millî savunmaya veya diğer resmi sırlara ilişkin herhangi bir kanunun ihlali dahildir¹⁴⁸.

Mütedahil yetki durumunda, bir diğer tabirle her iki devletin de yetkili olması halinde aşağıdaki kurallar geçerli olacaktır. ABD askerlerinin, sivil personelinin ve yakınlarının:

- i) yalnızca ABD mülküne veya emniyetine karşı işlediği suçlarda,
- ii) sadece bir diğer ABD kuvvet mensubuna, sivil personeline veya yakınlarına yahut bunların mülklerine karşı işlediği suçlarda¹⁴⁹,
- iii) resmi görevin ifasında işlediği fiil veya ihmallerinden kaynaklanan suçlarda ABD askerî makamları, yargı yetkisini icra etmede önceliklidir¹⁵⁰. Bunun dı-

143 Güney Kore-ABD ikili tecrübesine ilişkin vesikaların metni için bkz. *United States Forces Korea: We Go Together*, SOFA Documents, <https://bit.ly/2BUwpT1> (27.09.2018).

144 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(1)(a) hükmü.

145 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(1)(b) hükmü.

146 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(2)(a) hükmü.

147 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(2)(b) hükmü.

148 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(2)(c) hükmü.

149 Doktrinde askerlerin birbirlerine karşı işledikleri suçlara kendi aralarında manasına gelen *inter se* latince ibaresi kullanılmaktadır. Bü tür suçlarda hep gönderen devlet münhasır yetkiyi haiz olur.

150 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(3)(a)(i) ve (ii) hükmü.

şında kalan suçlarda Kore Cumhuriyeti yetkide önceliklidir, bir diğer ifadeyle rüçhanlı yetkiyi haizdir¹⁵¹.

Güney Kore-ABD KSA'nın ilgili hükmü uyarınca yargı yetkisini icra etmede öncelik (rüçhan) hakkı sahibi olan devlet yetkisini icra etmemeye karar verirse diğer tarafı bundan en kısa sürede haberdar eder¹⁵². Yargı yetkisini icra etmede öncelik sahibi olan devlet makamları kendilerine, karşı taraftan gönderilen yetkiden feragat talebine -eğer öncelik hakkı sahibi olmayan diğer devlet bu feragata özel bir önem atfediyorsa- hayırhahlıkla cevap vermelidirler¹⁵³.

Bir devlet suçun işlendiğini öğrendiği tarihten itibaren yirmi bir günden geç olmamak üzere yargı yetkisini öncelikli olarak haiz bulunan tarafa yargı yetkisinden feragat etmesine dair talebini yazılı olarak göndermelidir¹⁵⁴. Bu talebe karşı taraf, talebi almasını müteakip yirmi sekiz gün içinde cevap verir¹⁵⁵. Özel hallerin¹⁵⁶ varlığı halinde bu yirmi sekiz güne on dört gün daha eklenir¹⁵⁷. Şayet yargı yetkisinde öncelik sahibi olan devlet yetkisini kullanmayacağını yukarıdaki süre zarfında bildirir veya süre hitama ermesine rağmen bir cevap vermezse mütedahil yetki sahibi olan diğer devlet yetkisini kullanabilir¹⁵⁸.

Uygulamada iki devlet arasında problem çıkaran husus, trafik ihlalleri gibi meselelerde Güney Kore'nin yetkisini kullanarak her seferinde ABD askerlerini cezalandırması ve buna karşılık ABD makamlarının Kore'nin münhasır yetkisi-

151 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(3)(b) hükmü.

152 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(3)(c) hükmü.

153 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(3)(c) hükmü.

154 1991 *Understandings on Implementation of the Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea and Related Agreed Minutes* (bundan sonra 1991 *Understandings on Implementation*), Madde 22 Paragraph 3(c)(1) hükmü; 2001 *Understanding to the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, as amended* (bundan sonra 2001 *Understanding to the Agreement*), madde 22 Paragraph 3(c)(1) hükmü.

155 1991 *Understandings on Implementation*, madde 22 Paragraph 3(c)(2) hükmü; 2001 *Understanding to the Agreement*, madde 22 Paragraph 3(c)(2) hükmü.

156 Özel hallere ilişkin bir liste sunan vesika 1 Şubat 1991 tarihli nota teatisiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Exchange of Letters of February 1, 1991, to terminate the Agreed Understandings to the Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea and Exchange of Letters of July 9, 1966 re Implementation of Provisions of Article XXII, Agreed Minute re Paragraph 3 (b).

157 1991 *Understandings on Implementation*, madde 22 Paragraph 3(c)(3) hükmü; 2001 *Understanding to the Agreement*, madde 22, Paragraph 3(c)(3) hükmü.

158 1991 *Understandings on Implementation*, Madde 22 Paragraph 3(c)(4) hükmü; 2001 *Understanding to the Agreement*, madde 22, Paragraph 3(c)(4) hükmü.

ni bu katılımda istimal etmesinden rahatsız olmasıdır. İki ülke arasında kurulan Müşterek Komitede yapılan müzakereler neticesinde Güney Kore ufak vakalarda yetkisini kullanmamayı kabul etmiştir¹⁵⁹. 2001 yılında taraflar arasında kabul edilen Anlaşma Muhtrısına göre ABD, Kore Cumhuriyeti'nden münhasır yetkisinden feragat etmesini veya münhasır yetkisini kullanmamasını mümkün mertebe talep etmeyecektir¹⁶⁰. 2001 yılında taraflar arasında maddi hasarlı trafik kazalarının ceza hukuku kapsamı dışında tutulacağı¹⁶¹ ve yaralamalı kazalarda ise hastahane ve tedavi masraflarının hızlı karşılanmasını sağlayacak bir ön ödeme sistemi öngörülmüştür¹⁶².

Güney Kore-ABD kuvvetler statüsü uygulaması bakımından, insan hayatının sözkonusu olduğu ve Güney Kore kamuoyunun tepkisini çeken bir vaka Haziran 2002'de gerçekleşmiştir. ABD askerleri Kuzey Kore sınırına otuz kilometre mesafede bulunan bir köyde tatbikat yaparken ortaokul talebesi olan on dört yaşındaki iki kız, yolun kenarında ilerliyordular. Kızlar yola çıkınca 60 tonluk zırhlı AVLM tipi aracın sağ paletinin altında kaldılar ve oracıkta can verdiler¹⁶³. Askerî üs bölgesinde ve fakat resmî görev esnasında işlenen bir fiil olduğu için ABD askerî makamları, kendilerinin Olay bakımından rüçhanlı yetkiye sahip olduklarını belirtti. 2001 yılında Güney Kore ve ABD arasında resmî görevin kapsamına ilişkin kabul edilen hükümde, “resmî görevi yapması için gereken fiillerden esaslî bir sapma kişiyi vazife statüsünün dışına çıkarır” denmektedir¹⁶⁴. Müteakip hükümlerde ise bir askerın görev statüsünde bulunup bulunmadığına dair aksi ispatlanmadığı sürece geçerli vazife vesikası (görev belgesi, *duty certificate*) tanzim edilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

ABD askerî makamları, olay esnasında faillerin, tatbikat konvoyu içinde zırhlı araçla ilerlemeleri sebebiyle, resmî görev statüsünün kapsamında oldukları sonucuna hükmettiler. Bu sebeple, olayda sorumluluğu olabilecek iki askeri, askerî mahkemeye sevketmeye lüzum görmediler. Olay, halk arasında çok sayıda Amerikan karşıtı nümayişe sebebiyet verince bu kararlarını gözden geçirip bu kez, iki askeri “taksirle öldürme” suçundan yargılamaya başladılar. Durum bu minvaldeyken, Güney Kore, ABD'den askerler üzerindeki öncelikli yargı yetkisinden fe-

159 Timm, s. 459, dn. 90.

160 Bkz. 2001 Understanding to the Agreement, Madde 22, Agreed Minute Re Paragraph 2 hükmü.

161 2001 Agreed Views pertaining to Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea. Bkz. Madde 23, Claims, Agreed View No. 1.

162 Bkz. 2001 Understanding to the Agreement, Madde 23, paragraphs 5 and 6.

163 “US soldiers charged for Korean deaths”, *BBC*, 5 July, 2002, <https://bbc.in/2QeLjMo> (29.09.2018).

164 Bkz. 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Agreed Minute Re paragraph 3(a).

ragat etmesini talep etti¹⁶⁵. Talebe sessiz kalan ABD makamlarının yaptığı yargılama neticesinde iki asker beraat etti. Güney Kore makamları 36 yılda sadece bir kez ABD'den öncelikli yetkisinden feragat etmelerini talep etmişlerdi fakat bu talepleri geri çevrilmişti¹⁶⁶. Her ne kadar taraflar arasındaki KSA'da ve anlaşma muhtıralarında defaatle “taraflardan biri için özel önem taşıyan hallerde feragat talebi hayırhahlıkla değerlendirilerek cevap verilir”¹⁶⁷ dense de yargı yetkisinden feragat etmek mecburî değildir. Nihayet ABD, iki askerini Kore Cumhuriyeti yargısının elinden korumuş ve fakat o zaman itibarıyla 37.000 asker civarında olan ülkedeki tüm Amerikan askerî mevcudiyetini tehlikeye atmıştı¹⁶⁸. Halk, ABD askerlerini dükkanlara sokmuyor, hatta ABD tesislerine molotof kokteyli ile saldırıyordu. ABD Başkanı'nın özür dilemesi bile protestocuları yatıştırmıyordu. Gerginliğin seviyesinin düşürülmesi ancak, ABD makamlarının askerlerin üs dışına çıkmasını bir süre yasaklaması sayesinde mümkün oldu¹⁶⁹.

Güney Kore-ABD arasındaki KSA ve buna ilişkin diğer vesikalar incelendiğinde ABD'nin asker, sivil personel veya yakınlarını Güney Kore yargısına teslim etme konusunda ciddi çekinceleri olduğu görülmektedir. Bu kapsamda ABD adil yargılanma teminatlarına özel önem vermekte hatta, Kore Cumhuriyeti'nde ABD askerleri için adeta usul hukuku hükümleri ihdas etmektedir. 2001 yılında taraflar arasında kabul edilen Anlaşma Muhtırası'na göre, özel hukuka ilişkin yargı yetkisine dair usul kurallarını müşterek komite belirleyecektir¹⁷⁰. Üstelik aynı vesikada, ABD askerleri için ceza usul hukuku hükümleri ihdas edilmiş tutukluluk, yargılama, temyiz için azamî süreler belirlenmiştir¹⁷¹.

Güney Kore-ABD KSA ve ilgili hükümlerin incelenmesinden görülmektedir ki; ABD mümkün mertebe asker, sivil personel veya yakınlarını Güney Kore yargısına tabi kılmamaya çalışmış, buna muvaffak olunamadığı takdirde sözkonusu kişilere anlaşmalarla olabilecek en iyi statüyü temin etmeye çalışmıştır. ABD'nin akdettiği kuvvetler statüsü anlaşmalarında bu çabanın bariz misalleri görülmektedir. Adil yargılanma teminatları ve ceza usul hukukuna ilişkin ayrıntılı düzen-

165 İlginç olan nokta şudur ki; ABD, yukarıda trafik ihlalleriyle ilgili açıklamada görüldüğü üzere, Güney Kore'den münhasır yetkisinden feragat etmesini talep etmiş ve Güney Kore buna olumlu cevap vermiştir. Oysa Güney Kore, ABD'den münhasır yetkisinden değil rüçhanlı yetkisinden feragatını istemiştir. Buna rağmen ve durumun kamuoyunda oluşturduğu hassasiyete karşın ABD yetkisinden feragat etmemiştir.

166 Y. A. Lee, “Criminal Jurisdiction under the U.S.- Korea Status of Forces Agreement: Problems to Proposals”, *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 13, No. 1, 2003, s. 215.

167 Bkz. Güney Kore-ABD KSA, madde 22(3)(c) hükmü.

168 Voetelink, 2015, s. 224-225.

169 Y. A. Lee, s. 241.

170 Bkz. 2001 Understanding to the Agreement, madde 23 paragraphs 5 and 6 (1).

171 Bkz. 2001 Understanding to the Agreement, madde 22(5)(c)(11) hükmü.

lemeler bu cümledendir.

Şüpheli ABD kuvvet mensubu, sivil personeli veya bunların yakınları, Güney Kore makamlarının suçun işlendiğine dair bir tespit yaptıkları anda ABD askerî makamlarının elindeyse, tüm yargılama ve temyiz süreçleri boyunca ABD askerî makamlarının gözetiminde (*custody*) kalmaya devam eder¹⁷². ABD'li şüphelinin üs bölgesine girmeden Güney Kore makamlarınca yakalanması halinde ise, ABD'nin, kuvvet mensubu, sivil personel veya bunların yakınlarının gözetimini kendi taraflarına nakletmeyi talep etme hakları bulunacaktır. Bir diğer deyişle, muhakeme Kore Cumhuriyeti makamlarınca yapılacak ama sanık ABD makamlarının gözetiminde bulunacaktır. Sanık bu vetirede yargılama için gerekli oldukça Güney Kore makamları için hazır edilecektir¹⁷³.

ABD'nin sanık veya şüphelinin gözetimini yedine geçirmeyi (*transfer of custody*) talep etmemesi gereken haller ise şöyle tarif edilmiştir: Kore makamları, ABD kuvvet mensubu, sivil personeli veya yakınlarını;

i) suç mahallinde veya suçu işleyip hemen uçtuğu ilk havalimanında ABD ülkesinin yetki sahasına henüz geçmeden yakalamışsa ve

ii) kişinin kasten öldürme ve ırza tecavüz suçunu işlediğine kanaat getirmek için yeterli sebep varsa ve

iii) Güney Kore makamlarının kişiyi delileri karartması, kaçması veya muhtemel bir şahidin şahsına, malına veya mülküne zarar verme ihtimalinden dolayı alkoymaları gerekiyorsa

ABD makamları şüpheli veya sanığın gözetiminin taraflarına verilmesini istemeyecektir¹⁷⁴. Hükmün yazılmasındaki ve bağlaçlarının kullanımından anlaşıldığı üzere sayılan hal ve şartlar kümülatif olarak, birlikte, mevcutsa şüpheli veya sanık Güney Kore'nin gözetiminde kalacaktır.

Güney Kore makamları ise: i) kasten öldürme, ii) ırza geçme, iii) fidye için insan kaçırma, iv) uyuşturucu ve benzeri maddelerin yasadışı ticaretini yapma, v)

172 2001 Agreement Between the United States and the Republic of Korea Amending the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea of July 9, 1966, as amended, Bkz. Madde 22(5)(c)(1) ve Madde 22(5)(c)(9) hükümleri.

173 Amendments to the Agreed Minutes of July 6, 1966 to the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, as amended, 2001. (bundan sonra 2001 Amendments to the Agreed Minutes).

Madde 22 Re paragraph 5(c); 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22 Re paragraph 5(c)(1) hükmü.

174 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22 Re paragraph 5(c)(2) hükmü.

uyuşturucu ve benzeri maddeleri imal etme, vi) kundaklama, vii) tehlikeli silahla gasp suçunu işleme (*robbery with a dangerous weapon*) viii) sayılan bu suçları işlemeye teşebbüs etme, ix) ölümlü neticelenen yaralama x) ölümlü neticelenen alkollü araç sürme fiili, xi) ölümlü neticelenen trafik kazasına sebebiyet verdikten sonra olay mahallinden kaçma, xii) yukarıda sayılan suçlardan biri veya birkaçını daha hafif suç olarak içinde barındıran suçların işlenmesi hallerinde gözetimin taraflarına verilmesini ABD'den isteyebilecektir¹⁷⁵.

Gözetim (*custody*) kelimesi, şüpheli veya sanık üzerinde genel kontrol manasında kullanılmıştır. Bu yönüyle gözaltı, tutukluluk, hapis veya adli kontrol gibi mefhumları içerir manadadır. Adil yargılama teminatlarını ve masumiyet karinesini kabul eden bir hukuk sisteminde sanık veya şüpheli üzerindeki gözetimin maksadı, sanığın yargılamanın gereği gibi yapılmasını baltalamasına bir diğer deyişle kaçmasına, delilleri karartmasına, mağdur veya şahitleri kötü tesir altında bırakması veya onlara zarar vermesine mahal vermemektir¹⁷⁶.

Güney Kore-ABD KSA, diğer kuvvetler statüsü anlaşmalarında bulunmayan ilginç bir hükme yer vermiştir¹⁷⁷. Buna göre ABD, Güney Kore makamlarınca verilmiş bir mahkûmiyet kararının icrası kapsamında hapis yatan kişiyi, cezanın kalan kısmının ABD ülkesinde tamamlanması maksadıyla isteyebilecektir. Güney Kore makamları, böyle bir talebe hayırhahlıkla cevap vereceklerdir¹⁷⁸. Şüpheli veya sanığın hasta veya hamile olması gibi özel durumlarda ABD makamları, Güney Kore makamlarından yargılama öncesi gözetim haklarından feragat etmelerini talep edebilecek ve Kore makamları bu telebe yine hayırhahlıkla cevap vereceklerdir¹⁷⁹.

C. Güney Kore-ABD Uygulamasında Adil Yargılama Teminatları

ABD kuvvet mensubu, sivil personeli veya bunların yakınları hakkında Kore Cumhuriyeti makamları yargı yetkisini kullandığında sayılan kişiler; i) hızlı ve gereği gibi yargılama, ii) kendisine karşı yapılan isnad veya isnadlar hakkında bilgilendirilme, iii) kendisi aleyhine şahitlik eden tanıkla yüzleşme, iv) kendisi lehine şahitlik yapacak kişileri, eğer bunlar Güney Kore yetkisine tabiyse, mahkemeye getirme, v) avukata erişme ve avukatın sanığın bulunduğu hukukî süreçlerde bulunması, vi) tercüman bulundurma, vii) ABD hükümetinin yetkilisiyle görüşme haklarına sahiptir¹⁸⁰.

175 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22 Re paragraph 5(c)(3) hükmü.

176 Timm, s. 460, dn. 94.

177 Timm, s. 464.

178 Güney Kore-ABD KSA, madde 22(9) hükmü.

179 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22 Re paragraph 5(c)(8) hükmü.

180 Güney Kore-ABD KSA, madde 22(9)(d) hükmü.

Hızlı yargılama konusunda taraflar arasında kabul edilen hükme göre¹⁸¹; şüpheli veya sanık tutuklandığı tarihten itibaren azami otuz gün içinde hakkında iddianame hazırlanmalıdır. Aksi halde şüpheli veya sanık derhal tahliye edilmelidir¹⁸². Yargılamanın ilk safhasında kişinin tutukluluk süresi altı ayı aşmamalıdır, aksi halde şahıs salıverilmelidir¹⁸². İstinaf aşamasında geçecek tutukluluk süresi, dört ayı aşmamalıdır, aksi halde kişi salıverilmelidir¹⁸⁴. Temyiz aşamasında geçirilen süre de istinaf aşamasında geçen tutukluluk süresinin bitiminden itibaren dört ayı aşmamalıdır aksi halde kişi salıverilmelidir¹⁸⁵. Ayrıca, aleyhe bozma ya-sağı da getirilmiştir¹⁸⁶.

Hukukî temsil veya avukata erişme hakkı, yakalanma veya gözaltı anından itibaren başlar. Bu hakka avukatın, şüpheli veya sanığın da hazır bulunduğu tüm soruşturma süreçlerinde, duruşmalarda ve müteakip vetirelerde hazır bulunması hakkı ve tüm bu süreçlerde şüpheli veya sanığın avukatıyla gizli bir şekilde görüşme hakkı dahildir¹⁸⁷. Hukukî temsil veya avukata erişme hakkına tüm yargı süreçlerinde, Güney Kore kanun ve düzenlemelerinin elverdiği ölçüde itibar edilmelidir. Yargılama süreçlerinde avukatın dışında, ABD hükümetinin bir temsilcisinin bulunması hakkı da mevcuttur¹⁸⁸. Şüpheli veya sanığın ABD hükümet temsilcisiyle iletişim kurma hakkı, yakalanma veya tutuklanma anından itibaren başlar. ABD hükümet yetkilisinin yokluğunda alınan herhangi bir ifade şüpheli veya sanığın suçluluğuna delalet edecek şekilde kullanılamaz. ABD hükümet yetkilisi, şüpheli veya sanığın da hazır bulunduğu tüm soruşturma süreçlerinde, duruşmalarda ve müteakip vetirelerde hazır bulunmaya yetkilidir¹⁸⁹. Ayrıca, ABD askerî makamları, ABD kuvvet mensubu, sivil personeli ve bunların yakınlarının tutulduğu tüm tesisleri ziyaret etme ve buralarda incelemelerde bulunma hakkına sahiptir¹⁹⁰.

Sanığın kendisi aleyhine şahitlik eden tanıkla yüzleşme hakkına ABD çok önem vermektedir. 1992 yılında Frankie C. Thomas isimli ABD askeri hakkında, tehlikeli araç kullanmak suretiyle bir kişiyi yaraladığı gerekçesiyle dava açılmış

181 Bkz. 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Paragraph 5(c)(11) hükmü.

182 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Paragraph 5(c)(11)(a) hükmü.

183 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Paragraph 5(c)(11)(b) hükmü.

184 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Paragraph 5(c)(11)(c) hükmü.

185 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Paragraph (5)(c)(11)(d) hükmü.

186 Timm, s. 463.

187 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22, Değişik (9)(e) hükmü.

188 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22 Re paragraph 5(c)(6) hükmü.

189 2001 Amendments to the Agreed Minutes, madde 22, Değişik (9)(g) hükmü.

190 2001 Amendments to the Agreed Minutes, s. 3.

ve Thomas bu suçtan mahkûm olmuştur. Fakat, sanık aleyhine bulunan tek delil sözkonusu tanığın beyanlarıdır. Mezkur tanık, mahkeme tarafından celbedilse de duruşmaya gelmemiş ve daha sonra yapılan araştırmalarda tanığın ismini taşıyan hiç kimse bulunamamıştır. Sözde tanığın gerçek kimliği tesbit edilememiş ve kendisi asla mahkemeye getirilememiştir. Ancak, temyizde de Thomas'ın aldığı mahkûmiyet kararı bozulmamıştır. Ayrıca temyizde, mahkemeye getirilemeyen ve kimliği belirlenemeyen tanığın Thomas'ı suçlayan beyanının tek başına yeterli delil olarak kabul edilemeyeceği iddiasına da itibar edilmemiştir¹⁹¹. ABD makamları, Thomas'ın mahkûmiyeti konusunda Kore makamlarıyla yaptıkları görüşmelerden daha sonra olumlu neticeler almaya başlamışlar ve bu kapsamda Kore Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı bir talimatname hazırlamıştır. Talimatname'ye göre, Güney Kore yargı organları sanığın aleyhine şahitlik edecek kişileri mahkemede hazır bulundurmak için gerekli tedbirleri almahdırlar. Böylece, sanık ve tanık yüzleşecek ve sanık vekili, tanığı çapraz sorguya çekebilecektir¹⁹².

Kore Cumhuriyeti'nin olağanüstü hal (örfi idare) ilan etmiş olması durumunda ABD sivil personeli ve yakınları Kore Cumhuriyeti'nin askerî mahkemelerinde yargılanmazlar. ABD makamları, ABD sivil personeli ve yakınlarının Kore Cumhuriyeti tarafından yargılanmasına ancak Kore Cumhuriyeti makamları sözkonusu kişileri doğal hakim ilkesine uygun olarak oluşturulmuş sivil mahkemelerde yargılanacaklarsa izin verebilir¹⁹³.

Sonuç

ABD'nin Irak, Japonya ve Güney Kore ile kuvvetlerin statüsüne ilişkin ikili tecrübesinin incelenmesinden ortaya çıkacak neticeler iki yönlüdür. Birincisi, asker gönderen devlet olarak ABD'nin açısından, ikincisi ise kabul eden devletler olarak Irak, Japonya ve Güney Kore zaviyesinden. ABD'nin kendi askerlerini, kabul eden devletin yargı yetkisine tabi kalmamaya ilişkin çabası dikkat çekicidir. Zira ABD, mümkünse askerleri üzerindeki münhasır yargı yetkisini elinde tutmak istemektedir. Irak'ta 17 Numaralı işgal otoritesi emirnamesiyle bunu yapmıştır. Ancak daha sonra kurulan Irak hükümetiyle yetki paylaşımını içeren bir kuvvet statüsü anlaşması akdetmek durumunda kalmıştır. ABD, askerleri üzerinde münhasır yetkiyi ancak Moğolistan veya Irak gibi nispeten zayıf veya işgale maruz kalmış ülkelerde elinde tutabilmektedir. Münhasır yetkiyi elinde tutamadığı takdirde ise ABD, yargı yetkisinin devletler arasında taksimi açısın-

191 *Republic of Korea v Frankie C. Thomas*, Seoul District Court, 1992 nakleden Timm, s. 462.

192 H. S. Kim, *The Right of Confrontation of a US Soldier in Korean Court*, yayımlanmamış master tezinden nakleden Timm, s. 463.

193 2001 Understanding to the Agreement, madde 22 Agreed Minute Re Paragraph 1(2) hükmü.

dan birçok KSA'da model alınan NATO KSA'nın kendi çıkarlarına en uygun olarak değiştirilmiş ve geliştirilmiş versiyonlarını formüle etmektedir.

Japon ve Güney Kore kuvvetler statüsü anlaşmalarında ABD'nin öngördüğü adil yargılanma teminatları ve ceza muhakemesi usulüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, ABD'li sanığın yargılama öncesi süreçte ve muhakeme devam ederken gözetiminin kabul eden devlete bırakılmamasına ilişkin hükümler, ABD'nin farklı hukuk sistemlerine mensup ülkelerin yargısına güvenmemesinin bir neticesidir. Kuvvetler statüsü anlaşmalarında gönderen devletin; farklı hukuk sistemlerine mensup, hukuk sistemi sağlam olmayan, gönderen devlet ülkesindeki muadil suç tipine nazaran daha ağır cezalar öngören, delil ve ispat kriterleri daha hafif olan ülkelerin yargısına güvenmemesi tabii olarak değerlendirilebilir. Böyle hallerde gönderen devlet, askerî kuvvet mensubu, sivil personeli ve bunların yakınları hakkında azamî hukukî korumayı temin eden ayrıntılı hükümler getirmelidir.

Asker kabul eden devletler bakımından ise önemli olan husus kamu vicdanını yaralayacak cezasızlık durumlarını önlemektir. Ebu Gureyb hapisanesinde ABD askerleri ve özel askerî şirket personellerinin gerçekleştirdikleri insan hakları ihlalleri, Blackwater Olayı veya Japon köylülere boş mermi kovanyla ateş ederek öldürmek, alkollü araç kullanmak suretiyle ölüme sebep olmak, tecavüz, gasp, uyuşturucu madde bulundurmak ABD askerlerinin işledikleri suçlardan yalnızca bir kısmıdır. Bu suçları yargılama konusunda ABD askerî makamlarının kimi zaman gerekli hassasiyeti göstermemeleri veya kabul eden devletin özel önem atfettiği feragat taleplerine olumsuz cevap vermeleri, kamuoyunda ABD aleyhtarlığını artırarak ülkedeki tüm ABD askerî mevcudiyetini tehdit eder boyuta ulaşabilmektedir. Bu durum, Güney Kore örneğinde müşahade edilmiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında denebilir ki, kuvvetler statüsü anlaşmasının hem metninde hem de uygulamasında belli bir denge gözetilmesi, uzun vadede hem gönderen devletin hem de kabul eden devletin faydasına olacaktır.

Anlaşmaların kendi içinde bir denge içermesi gerektiği fikri, anlaşmanın taraflarının ortak çıkarına hizmet eder. Irak, Japonya ve Güney Kore'nin ABD ile ikili tecrübesinin incelenmesi, dengenin kabul eden devlet aleyhine ve fakat gönderen devlet lehine olduğunu düşündürmektedir. Ancak kuvvetler statüsü anlaşmalarında belirtilmesi de hak ve borçlar muvazenesinde dikkate alınması gereken bir mühim nokta vardır. Gönderen devlet çoğu zaman, kabul eden devletle akdettiği müşterek güvenlik anlaşmaları ve askerî üs anlaşmaları sayesinde kabul eden devletin emniyetini temin etmekte, onun askerî güvenliğini sağlamaktadır. Bu durum, Irak için söylenemese de Japonya ve Güney Kore için geçerlidir.

Japonya'nın durumu ABD işgalinden ABD ile müttefikliğe uzanan ilginç bir örnektir. Keza; Irak, Japonya ve Güney Kore arasında kuvvetler statüsü rejimi bakımından en şanslı gözükten devlet, Japonya'dır. Bu minvalde, özellikle Japonya'nın yargılama öncesi gözetim yetkileri dikkat çekmektedir.

Bu çalışma kapsamında, ABD ile kuvvetler statüsü anlaşmaları incelenen üç ülkenin ortak özelliği hepsinin işgal görmüş ülkeler olması ve işgali izleyen süreçte kuvvet statüsü anlaşmalarının akdedilmesidir. İşgal olgusu, kuvvetler statüsü anlaşmalarında hak ve borç dengesine (toprak devleti aleyhine) menfi tesir etmektedir. İşgal sebebiyle, çoğu zaman, toprak devletinin kurumları işleyemez hale gelir. Dahası, bu kurumlar çalışır vaziyette kalmayı başarsalar dahi bunun konumuz bakımından pratik bir değeri olmayacaktır. Zira uluslararası işgal hukuku uyarınca, toprak devletinin makamları, işgalci kuvvetler üzerinde yargı yetkisi icra edemez. İşgal döneminde işgalci idare, kuvvetlerinin statüsünü bir eminameyle düzenlemeyi tercih edebilir. Irak örneğinde bu görülmüştür. İşgal sona erip yerel idare tesis edildiğinde, işgalci devletle toprak devleti arasında kuvvetlerin statüsüne dair anlaşmalar akdedilebilir. Zamanla, bu anlaşmalar-daki hak ve borçlar daha adil bir zemine oturacaktır. Japonya ve Güney Kore örneği, buna işaret etmektedir. Mevcut anlaşmaların daha adil bir forma sokulması için önce karşı tarafı ikna etmek gerektir. Mamafih, bu her zaman kolay olmayabilir. Nitekim yürürlükteki kuvvetler statüsü anlaşmasının hükümlerini değiştirmek istemeyen ABD, Güney Kore ile müzakere masasına oturmadan uzun süre kaçınmıştır. Güney Kore'nin durumu Irak ve Japonya'ya göre özellik arz etmektedir. Zira, ABD, zaten devlet statüsünde olan Irak ve Japonya'yı işgal etmiş ve işgal öncesinde bu iki devletin karşısında yer almıştır. Güney Kore örneğinde ise, ABD tam aksi bir rol oynamış ve Güney Kore'nin devletleşmesine hizmet etmiştir. Tüm bu siyasî vakalar, kuvvetler statüsü anlaşmalarındaki hak ve borç dağılımını belirlemede etkin rol oynamaktadır.

KAYNAKLAR

- Ackerman, S., “Abu Ghraib torture suit against contractor revived by federal court”, *The Guardian*, 30 June 2014, <https://bit.ly/2SvCMBu> (17.09.2018).
- “Administrative Agreement under Article III of the Security Treaty between the United States of America and Japan”, Tokyo, February 28, 1952, *Japan's Foreign Relations-Basic Documents*, Vol. 1, p. 472-502, Bkz. “The World and Japan” Database, <https://bit.ly/2G4uU8R> (22.09.2018).
- *Agreed Minutes to the Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea*, 1966.
- *Agreed Minutes to the Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan*, 19 January 1960, Ministry of Foreign Affairs of Japan, <https://bit.ly/2BWivCv3> (23.09.2018). (Kısaca Agreed Minutes to Japan-US SOFA).
- *Agreed Understandings to the Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea and Related Agreed Minutes*, 1966.
- *Agreed Views pertaining to Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea*, 2001. (Kısaca 2001 Agreed Views).
- *Agreement between the Commander-in-Chief, United Nations Command, on the one hand, and the Supreme Commander of the Korean People's Army and the Commander of the Chinese People's volunteers, on the other hand, concerning a military armistice in Korea*. (Kısaca Korean War Armistice Agreement), 4 U.S.T. 234, T.I.A.S. No: 2782 Bkz. <https://bit.ly/2E9zWOT> (26.09.2018).
- *Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces*, (NATO SOFA), 19 June 1951, <https://bit.ly/2SrUbLe> (27.10.2018).
- *Agreement Between the United States and the Republic of Korea Amending the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea of July 9, 1966, as amended 2001*. (Kısaca 2001 Agreement Amending the Agreement Under Article IV).
- *Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of US Forces from Iraq and the Organisation of their Activities during their Temporary Presence in Iraq*, 17 November 2008, <https://bit.ly/1k8vPCF> (27.04.2018). (Kısaca Irak-ABD KSA, 2008).
- *Agreement Concerning Jurisdiction over Offences by the United States Forces in Korea of 12 July 1950*, 5 U.S.T. 1408, T.I.A.S. No: 3012; Échange de notes constituant un accord relatif à la compétence en matière d'infractions commises par les membres des forces armées des États-Unis en Corée, Taejon, 12 juillet 1950, 222 Nations Unies Recueil des Traités 1955, No. 3029, s. 230 et seq. <https://bit.ly/2KZA30A> (25.09.2018).
- *Agreement on Economic Coordination between the Republic of Korea and the Unified Command of 24 May 1952*. 3 U.S.T. 4420, T.I.A.S No: 2593, 179 UNTS 23.
- *Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, regarding Facilities and Areas and the Status*

of United States Armed Forces in Korea of 9 July 1966, 17 U.S.T. 1677, 1703, T.I.A.S. No: 6127, 674 UNTS 199. (Kısaca Güney Kore-ABD KSA). Bkz. <https://bit.ly/2Qi93zd> (26.09.2018).

- *Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan* (Agreement regarding the Status of United States Armed Forces in Japan), signed 19 January 1960, 11 U.S.T. 1652, T.I.A.S. No. 4510. Bkz. Ministry of Foreign Affairs of Japan, <https://bit.ly/2BWivCv3> (23.09.2018). (Japon-ABD KSA).
- *Agreement with Annex between the United States of America and the Netherlands Regarding the Stationing of United States Armed Forces in the Netherlands*, signed 13 August 1954, 6 U.S.T. 103, T.I.A.S. No: 3174, 251 UNTS 91.
- *Amendments to the Agreed Minutes of July 6, 1966 to the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, as amended 2001*. (Kısaca 2001 Amendments to the Agreed Minutes).
- Arango, T.; Schmidt, M. S.; “Despite Difficult Talks, U.S. and Iraq Had Expected Some American Troops to Stay”, *The New York Times*, 21 October 2011, <https://nyti.ms/2L7TaWB> (19.09.2018).
- Armaoğlu, F., *Yirminci Yüzyıl Siyasi Tarihi: 1914-1980*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1986.
- Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, CUP, Cambridge, 2007.
- “Baghdad Blackwater shooting verdict”, *Washington Post*, <https://wapo.st/2BVL93G> (15.09.2018).
- M. C. Bassiouni, M. C., “Legal Status of US Forces in Iraq From 2003-2008”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2010.
- “Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)”, *Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1962.
- Cha, J., “Comparison and Analysis of Korea and Japan Status of Forces Agreements and Their Implications for Iraq’s SOFA”, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, Vol. 18, No. 2.
- H. Chiu, “The United States Status of Forces Agreement With the Republic of China: Some Criminal Case Studies”, *Boston College Int’l & Comp. L. Rev.*, Vol. 3 No.1, 1979.
- Chulov, M., “Isis insurgents seize control of Iraqi city of Mosul”, *The Guardian*, 10 June 2014, <https://bit.ly/2uW78B6> (31.10.2018).
- *Coalition Provisional Authority Order Number 17 Status of the Coalition, Foreign Liaison Missions, Their Personnel and Contractors*, <https://bit.ly/2QD9aVD> (14.09.2018). (Kısaca CPA Order 17).
- Conderman, P. J., Jurisdiction in D. Fleck (ed.) *The Handbook the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003.
- *Convention entre les Etats parties au Traité de l’Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*, <https://bit.ly/2rqTLcQ> (13.09.2018). (Kısaca NATO KSA).
- Crawford, E.; Pert, A., *International Humanitarian Law*, CUP, Cambridge, 2015.
- *Declaration of Principles for a Long-Term Relationship of Cooperation and Friend-*

ship Between the Republic of Iraq and the United States of America, 26 November 2007, The US Department of State Archive, <https://bit.ly/2rof8vb> (17.09.2018).

- Demirel, N., *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*, Derin Yay, İstanbul, 2013.
- Dickinson, L., *Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, (Committee on Foreign Affairs-28.02.2008- Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight), "Status of Forces Agreements and UN Mandates: What Protections Do They Provide to U.S. Personnel?", <https://bit.ly/2OuK8na> (14.09.2018).
- Dinstein, Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, CUP, Cambridge, 2009.
- Domonoske, C., "Blackwater Guard's 2nd Murder Trial Ends Without A Verdict", *National*, 6 September 2018, <https://n.pr/2QFq4D1> (15.09.2018).
- Doyle, C., *Civilian Extraterritorial Jurisdiction Act: Federal Contractor Criminal Liability Overseas*, Congressional Research Service, 15 February 2012.
- Elsea, J. K., *Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, (Committee on Foreign Affairs-28.02.2008- Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight), "Status of Forces Agreements and UN Mandates: What Protections Do They Provide to U.S. Personnel?" Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).
- Evans, M. D., *Blackstone's International Law Documents*, OUP, Oxford, 2015.
- *Exchange of Letters of February 1, 1991*, to terminate the Agreed Understandings to the Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea and Exchange of Letters of July 9, 1966 re Implementation of Provisions of Article XXII, Agreed Minute re Paragraph 3 (b).
- *Exchange of Letters of July 9, 1966* re Implementation of Provisions of Article XXII, Agreed Minute re Paragraph 3 (b).
- *Executive Agreement between the President of the Republic of Korea and the Commanding General, United States Army Forces in Korea, Concerning Interim Military and Security Matters during the Transitional Period*, Signed 24 August 1948, 79 UNTS 57.
- Finn, R. B., *Winners in Peace*, University of California Press, 1992.
- Gündüz, A., *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, R. V. Günel (ed.), Beta Yayınları, İstanbul, 2013
- Honma, H., "United States Forces in Japan: Introduction" in D. Fleck (ed.) *The Handbook the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003,
- Huntingdon, K. O., *Military Jurisdiction To Try Civilians During Peacetime*, 17, *Washington and Lee Law Review*, 290 (1960).
- *Iraq Liberation Act of 1998*, <https://bit.ly/2OuK8na>, (18.09.2018).
- *Iraqi Constitution*, Entry into force 15 October 2005, <https://bit.ly/2SBtmoh> (18.09.2018).

- Jawad, S. N., *The Iraqi constitution: Structural flaws and political implications*, LSE Middle East Centre Paper Series, 01, London, 2013.
- Johnson, L. D., “Uniting for Peace Does It Still Serve Any Useful Purpose”, *AJIL Unbound*, Vol. 108, 2014-2015.
- Katzman, K., *Kuwait: Governance, Security, and U.S. Policy*, Congressional Research Service, 19 February 2016.
- Kaya, İ., *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Basic Documents in International Law*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Kaye, J., “Contrary to Obama’s promises, the US military still permits torture”, *The Guardian*, 25 January 2014, <https://bit.ly/2rxoaX3> (16.09.2018).
- Kinley, D.; Murray, O., “Corporations that Kill: Prosecuting Blackwater” in Simon Bronnitt, M. Gani, S. Hufnagel (eds.), *Shooting to Kill: Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force*, Hart Publishing, Oxford, 2012
- Kinley, D.; Murray, O., Corporations that Kill: Prosecuting Blackwater in Simon Bronnitt, M. Gani and S. Hufnagel (eds.), *Shooting to Kill: Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force*, Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Kissinger, H. *Diplomasi*, Terc. İ. H. Kurt, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2006.
- Kul, M. C., *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2016.
- Kurtarcan, B. R., *Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler*, Beta Yay., İstanbul, 2017.
- Leahy, P., *Price Introduce Legislation To Hold American Contractors Overseas Accountable Under U.S. Law*, Press Release, <https://bit.ly/2rqH95w> (15.09.2018).
- Lee, Y. A., “Criminal Jurisdiction under the U.S.- Korea Status of Forces Agreement: Problems to Proposals”, *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 13, No. 1, 2003.
- Liu, H. Y., *Law’s Impunity; Responsibility and the Modern Private Military Company*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2015
- Logan, J., “Last U.S. troops leave Iraq, ending war”, Reuters, 18 December 2011, <https://reut.rs/2QhOxyZ> (19.09.2018).
- Malanczuk, P., *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, New York, 1997.
- Maldonado, C. M., *Les Sociétés Militaires Privées et le Droit International Contemporain : Enjeux et Perspectives en Matière de Responsabilité*, Université du Québec à Montréal, Mars, 2017.
- Matheson, M. J., *Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, (Committee on Foreign Affairs-28.02.2008- Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight), “Status of Forces Agreements and UN Mandates: What Protections Do They Provide to U.S. Personnel?” Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).
- Matsutani, H., *Japonya’nın Dış Politikası ve Türkiye*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009.
- *MEJA Expansion and Enforcement Act of 2007*, H.R. 2740, <https://bit.ly/2EgqFoV>

(15.09.2018).

- *Memorandum of Understanding on Preferential Hiring of Korean Employees and Employment of Family Members*, 2001.
- *Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000 (MEJA)*, 114 Stat. 2488 [codified as amended at 18 U.S.C. §§ 3261-3267 (2006)]. Available at: <https://bit.ly/2REmamr> (15.09.2018).
- Muñoz, C.; Boylan, D., “As defeat of Islamic State nears, Americans and Iraqis start negotiating presence of U. S. Troops”, *The Washington Times*, 16 May 2017, <https://bit.ly/2RzPaQJ> (25.09.2018).
- *Mutual Defence Treaty between the United States and the Republic of Korea of 1 October 1953*, 5 U.S.T. 2368, T.I.A.S. No: 3097, 238 UNTS 199.
- Nation Unies, La Charte des Nations Unies, 1 UNTS XVI, <https://bit.ly/1Tn6OLq> (24.09.2018).
- Ögüt, S., 21. *Yüzyılda Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin Yeniden Yapılandırılması*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014.
- Pointer, H. S., “Status of Forces Agreement, Due Process and Fair Trial: The Japanese Experience” in H. Chiu (ed.) *Occasional Papers Reprint Series in Contemporary Asian Studies*, No. 7, 1979.
- Rohrabacher, D., *Fourth Hearing of the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq*, Fourth Hearing, (Committee on Foreign Affairs-28.02.2008- Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight), “Status of Forces Agreements and UN Mandates: What Protections Do They Provide to U.S. Personnel?” Available at: <https://bit.ly/2OuK8na>, (14.09.2018).
- *San Francisco Peace Treaty*, Ministry of Foreign Affairs of Japan, Entry into force: 28 Mayıs 1952, <https://bit.ly/2rqTdDO> (22.09.2018).
- Sawyer, R. K., *Military Advisors in Korea: KMAG in Peace and War*, Walter G. Hermes (ed.), Center of Military History United States Army, Washington, D.C., 1988
- Scott, L., “International History” in J. Baylis, S. Smith, P. Owens (eds.), *The Globalization of World Politics*, OUP, Oxford, New York, 2011.
- “Security Treaty between United States of America and Japan”, San Francisco, September 8, 1951, *Japan's Foreign Relations-Basic Documents*, Vol. 1, p .444-448, Bkz. “The World and Japan” Database, <https://bit.ly/2QeKlZK> (23.09.2018).
- Snee, J. M.; Pye, K. A., “Japanese Statement in the Criminal Jurisdiction Subcommittee of the Joint Committee”, *Status of Forces Agreement and Criminal Jurisdiction*, Oceana Publications, New York, 1957.
- Sonnenberg, D.; Timm, D. A., “United States Forces in Japan:The Agreements Regarding Status of Foreign Forces in Japan” in D. Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003.
- Soubrouillard, R., “Blackwater en Irak: la sécurité sans foi, ni loi”, *Marianne*, 02/07/2014, <https://bit.ly/2zOR9Kf> (15.09.2018).
- “South Korea- Timeline”, BBC, 1 May 2018, <https://bbc.in/2G1hCdb> (26.09.2018).
- *Status of United Nations Forces in Japan, Agreement and Agreed Official Minutes Signed at Tokyo February 19, 1954, Entered into force June 11, 1954*, 5 U.S.T. 1123 (1954). (Kısaca Status of United Nations Forces in Japan).

- *The Schooner Exchange v. McFaddon*, The US Supreme Court, 24 February 1812, 11 U.S. 116 (1812), <https://bit.ly/2SvPsIz> (27.04.2018).
- The US Department of State, International Security Advisory Board, *Report on the Status of Forces Agreements*, 16 January 2015.
- *The World and Japan Database*, <https://bit.ly/2G4uU8R> (22.09.2018).
- Thibaul, M. J.; Shays, C. H., et al, *At What Cost?: Contingency Contracting in Iraq and Afghanistan*, Interim Report to Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan, June 2009.
- Timm, D. A., “Visiting Forces in Korea” in D. Fleck (ed), *The Handbook the Law of Visiting Forces*, OUP, Oxford, 2003
- Tougas, M. L., *Droit International, Sociétés Militaires Privées et Conflit Armé: entre Incertitudes et Responsabilités*, Bruxelles: Bruylant, 2012.
- *Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America* (Japan-U.S. Security Treaty), signed 19 January 1960, Ministry of Foreign Affairs of Japan, <https://bit.ly/2RFiYeO> (22.09.2018).
- Udoh, A., “Invoking the ‘Uniting for Peace’ Resolution of 1950 to Authorize the Use of Humanitarian Military Intervention and Prevent Mass Atrocities in Syria”, *Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, Vol. 23, No. 1, 2015.
- UN GA Res. 377(V) (1950), Uniting for Peace, <https://bit.ly/2L1CCPV> (25.09.2018).
- UN SC Res. 1790 (2007), <https://bit.ly/2EhzTBd> (17.09.2018).
- UN SC Res. 82(1950), <https://bit.ly/2EjzPkB> (25.09.2018).
- UN SC Res. 83(1950), <https://bit.ly/2UmEMhm> (25.09.2018).
- UN SC Res. 84(1950), <https://bit.ly/2UmEMhm> (25.09.2018).
- *Understanding to the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, as amended, 2001.* (Kısaca 2001 Understanding to the Agreement).
- *Understandings on Implementation of the Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea and Related Agreed Minutes, 1991.* (Kısaca 1991 Understandings on Implementation).
- Uniform Code of Military Justice, 64 Stat. 109, 10 U.S.C. §§ 801–946, Available at: <https://bit.ly/2y4RSFh> (15.09.2018).
- United States Forces Korea, United Nations Command, <https://bit.ly/2zJNE84> (26.09.2018).
- *United States Forces Korea: We Go Together*, SOFA Documents, <https://bit.ly/2BUwpT1> (27.09.2018).
- “US soldiers charged for Korean deaths”, *BBC*, 5 July, 2002, <https://bbc.in/2QeLjMo> (29.09.2018).
- Voetelink, J., “Status of Forces and Criminal Jurisdiction”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 60, No. 2, 2013.
- Voetelink, J., *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*, Asser Press, Hague, 2015.

- Williams, A. F., "The Case for Overseas Article III Courts: The Blackwater Effect and Criminal Accountability in the Age of Privatization", *University of Michigan Journal of Law Reform* Vol. 44, No. 1, 2010.
- Wilson, S.; Cribb R.; Trefalt, B.; Aszkielowicz, D, *Japanese War Criminals: The Politics of Justice After the Second World War*, Columbia University Press, 2017.

ÖZ

Kuvvetler statüsü anlaşmaları genellikle bir devlete ait askerî kuvvetler bir başka devlete gönderildiğinde akdedilir. Kuvvetler statüsü anlaşmaları umumiyetle iki taraflı olarak formüle edilseler de çeşitli isim (anlaşma muhtırası gibi) veya şekillerde (nota teatisi gibi) yapılabilirler. NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması gibi çok taraflı kuvvetler statüsü anlaşması yapmak da mümkündür. Kuvvetler statüsü anlaşmaları askerî yardım veya müşterek savunma anlaşmaları olmadıkları gibi bir askerî kuvvetin misyonunu tarif etmek mecburiyetinde de değildirler. Kuvvetler statüsü anlaşmaları bir devlete, bir diğer devlet ülkesinde asker bulundurma hakkı (ius ad praesentiam) tanımak için yapılan anlaşmalardan farklıdır. Bilakis, Kuvvetler statüsü anlaşmaları, kabul eden devlet ülkesinde bulunan yabancı devlet askerlerinin hukukî statülerini (ius in praesentia) belirlemek için akdedilirler. Bu çalışma, Amerika Birleşik Devletleri'nin sırasıyla Irak, Japonya ve Güney Kore ile olan ikili tecrübesini kuvvetler statüsü anlaşmaları bakımından incelemektedir. Bunu yaparken makale, adı geçen devletlerin kuvvetler statüsü anlaşmalarının akdedilmesinin temelini hazırlayan süreçlere de değinmektedir. Çalışma, her biri bahsi geçen devletlerin ABD ile ikili tecrübesine yer veren üç ana başlıkta ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Kuvvetler statüsü anlaşmaları, KSA, SOFA, görev statüsü, ayrıcalık ve bağımsızlıklar, münhasır yargı yetkisi, mütedahil yetki, rüçhanlı (öncelikli) yargı yetkisi, yargı yetkisinden feragat, Irak'taki ABD askerlerinin statüsü, Blackwater Olayı, Japonya'daki ABD askerlerinin statüsü, Güney Kore'deki ABD askerlerinin hukukî statüsü.

ÖZEL HUKUK

Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği*

Legal Nature of Non-Object Transactions in Joint Stock Companies

Muhammet Emin BİNGÖL**

ABSTRACT

Turkish Commercial Code (TCC) Article 371/II first regulates that acts done by the organs of the company shall be binding upon it even if those acts are not within the objects of the company, then it regulates that the company shall not be bound where such acts are outside the objects of the company, if it proves that the third party knew that the act was outside those objects or could not in view of the circumstances have been unaware of it.

The expressions contained in the both TCC art. 371/II and TCC art. 539/II should be understood in accordance with Turkish Civil Code art. 3/II. As it can be understood from the art. 371/II the transaction is valid, even if those transactions are not within the objects of the company.

The company will no longer be bound by the transaction after having filed a lawsuit in order not to be bound by the transaction and by proving the malice of the third person. Afterwards, in our opinion, the thought that this process could give the opportunity for confirmation again should not be accepted.

Keywords: joint stock company, non-object transaction, ultra vires, agency without authority, good faith

Giriş

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) m. 137, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) tüzel kişilerin hak ehliyetine ilişkin düzenlemelerine bir sınırlama getirerek, ticaret şirketlerinin işletme konusu içerisinde kalmak şartıyla hak ehliyetine sahip olacağını hüküm altına almıştı. Bunun sonucu olarak konu dışındaki kalan işlemler yok sayılmaktaydı.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile doktrinde *ultra vires* ilkesine getirilen eleştiriler ve Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeler dikkate alınarak bu ilke

* Makale gönderim tarihi: 06.11.2018. Makale kabul tarihi: 12.12.2018. Muhammet Emin Bingöl, "Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 197-217.

** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı İletişim: mebingol@medipol.edu.tr.

kaldırılmıştır. TTK m. 125 ve TTK m. 371/II'den anlaşılacağı üzere anonim şirketlerde eskiden söz konusu olan hak ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olması hali mevcut düzen açısından geçerliliğini yitirmiştir. TTK m. 371/II hükmünde kural olarak konu dışı işlemle şirketin bağlı olduğu hüküm altına alındıktan sonra, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilmesi halinde, şirketin işlemle bağlı olmaktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu çalışma kapsamında şirketi temsile yetkili kişiler tarafından işletme konusu dışında yapılan işlemlerin hukuki niteliği ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle işletme konusu kavramı açıklanacak, daha sonra anonim şirketin hak ve fiil ehliyetinden bahsedilecektir. Daha sonra işletme konusu dışında işlem yapıldığında söz konusu işlemin geçersiz olduğu hallerde, geçersizliğin hukuki niteliği ve sonuçları açıklanacaktır.

I. Anonim Şirketler Hukukunda İşletme Konusu Kavramı

A. Genel olarak

İşletme konusu, ticaret şirketlerinin amaçlarına ulaşmak üzere faaliyet gösterdikleri ve şirket sözleşmesinde de yer alması zorunlu olan faaliyet alanıdır¹. Başka bir ifadeyle, ortak amacın gerçekleştirilebilmesi için şirketin somut olarak faaliyette bulunduğu iş koluna, işletme konusu denilmektedir².

Anonim şirketin kurulması esnasında kurucular, şirketin hangi iş kolunda faaliyet göstereceğini belirleyip, bu hususu esas sözleşmeye yazmak zorundadır. Zira işletme konusu anonim şirket esas sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biridir (TTK m. 339/II-b)³. Bu anlamda kurucular belirleme yaparken yalnızca bir iş kolu belirlemek zorunda değildir. Birden fazla ve birbirinden uyumsuz iş kolları da işletme konusu olarak esas sözleşmeye yazılabilir⁴.

Kanun koyucunun “işletme konusu” kavramını kullanmayı tercih etmiş olması, ticaret şirketlerinin tamamının ticari işletme işletmek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Her ne kadar adi kommandit ve kollektif şirketler açısından ticari işletme işletilmesi zorunluluğu öngörülmüş olsa da, anonim ve limited şirketler açısından ticari işletme işletmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yüzden bu şirketler bir ticari işletme işletebilecekleri gibi, yavru bir şirket kurarak ya da başka bir şirkete iştirak ederek de faaliyetlerini yeri-

1 Sevilay Uzunallı, *Anonim Şirket İşletme Konusu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 10 vd.

2 Hüseyin Ülgen, “Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 1285.

3 Diğer ticaret şirketleri açısından da işletme konusunun esas sözleşmeye yazılması hususunda bkz. TTK m. 213/I-d, TTK m. 305, TTK m. 567 ve 576/I-b, Koop. K. m. 3/I.

4 Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Baskı, İstanbul, 1989, s. 39.

ne getirebilirler⁵. Dolayısıyla “işletme konusu” kavramından, ticari işletmeye hasredilmiş bir anlam çıkarılmamalı; işletme konusu kavramı şirketin faaliyet konusu şeklinde anlaşılmalıdır.

Esas sözleşmeye yazılacak olan işletme konusunun esaslı noktalarının belirtilmiş ve tanımlanmış olması gerekmektedir (TTK m. 339/I-b). Esaslı noktaların belirtilmesinden kasıt, şirketin faaliyetlerinin yoğunlaşacağı noktaların anlaşılabilir şekilde somutlaştırılmasıdır⁶. Yine yalnızca ticaret, üretim gibi ibarelerin gösterilmesi yeterli değildir, şirketin faaliyet konusunu ortaya koyan ayırıcı niteliklerin de ortaya konması gerekmektedir⁷.

Esas sözleşmeye yazılan işletme konusu gerek eTTK döneminde⁸ gerekse TTK döneminde doktrinde geniş yorumlanmış ve bu anlamda yalnızca esas sözleşmede yazılan işletme konusu ile doğrudan ilgili ya da şirkete yarar sağlayan nitelikte olan işlemler değil, işletme konusuna dolayısıyla da bağlanabilen hususların da konu kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir⁹. Zira yapılan işletme konusu içinde kalması halinde şirket üçüncü kişi ile yapılan işlemle bağlı olacak ve bu anlamda üçüncü kişi ile işlem güvenliği korunmuş olacaktır¹⁰. Yine TTK'nın *ultra vires* ilkesine yaklaşımı düşünüldüğünde, şirketi temsile yetkili olan kişilerin yaptığı işlemlerin şirketi bağlayacağına üçüncü kişilerin güvenmesi hedeflenmiştir¹¹. Bu yüzden doğrudan şirket esas sözleşmesinde yazılı olan konunun kapsamında yer alması da, işletmenin faaliyetlerinin icra edilmesine yardımcı olan ve bu yüzden işletme konusuna dolayısıyla da bağlanabilen hususlar da işletme konusu kapsamında yer alacaktır¹². Bizim de katıl-

5 Uzunalli, s. 6.

6 Uzunalli, s. 33.

7 İsmail Kırcı; Feyzan Hayal Şehirli Çelik; Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Cilt 1, Ankara, 2013, s. 301.

8 eTTK döneminde işletme konusu, şirketin hak ehliyetinin sınırları oluşturduğu için uygulamada şirket kurulurken esas sözleşmeye birçok konu yazılmakta ve hatta amaç ile konunun yanında, şirketin yapabileceği işlemler de yazılmaktaydı.

9 Ülgen, s. 1286; Burçak Yıldız, “Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Özellik Arz Eden Bazı Hukuki İşlemler ve Sözleşmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S 2, 2006, s. 57 vd. Kırcı, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 640; Alihan Aydın, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları Ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu”, *BATİDER*, C XXX, S 1, 2014, s. 154.

10 Aydın, s. 154.

11 Kırcı, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 640.

12 Doktrinde herhangi bir işlemin işletme konusuna bağlanması için çeşitli kustaşlar öngörülmüştür. İşlemin işletme konusuna girebilmesi için ilk olarak aralarında amaçsal bir bağlantının bulunması gerekmektedir. İkinci olarak işlemin şirkete menfaat sağlayıp sağlamamasıdır. Bu hususta bakınız, Yıldız, *Özellikli İşlemler*, s. 58-59; Sıtkı Akyazan, “Türk Ticaret Kanununun 137. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *BATİDER*, C 7, S 4, 1974, s. 832.

dığımız görüşe göre, bir işlemin işletme konusuna girip girmediği hususunda tereddüt doğması halinde, işlemin işletme konusu içerisinde yer aldığı kabul edilmesi gerekmektedir¹³. Zira Kanun'un işlem güvenliğini ve üçüncü kişileri koruma hedefi bu tarz bir yoruma daha elverişlidir.

B. İşletme Konusu Bağlamında Anonim Şirketlerin Hak ve Fiil Ehliyeti

1. Hak Ehliyeti

TMK m. 48'e göre, "tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler." Hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, tüzel kişiler yalnızca insana özgü olanlar dışında tüm haklara sahip olabilir ve her türlü borç altına girebilir¹⁴.

eTTK m. 137, TMK'nın tüzel kişilerin hak ehliyetine ilişkin düzenlemelerine bir sınırlama getirerek, ticaret şirketlerinin işletme konusu içerisinde kalmak şartıyla hak ehliyetine sahip olacağını hüküm altına almıştı. Bunun sonucu olarak konu dışında kalan işlemler yok sayılmaktaydı¹⁵. TTK ile doktrinde *ultra vires* ilkesine getirilen eleştiriler ve Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeler dikkate alınarak bu ilke kaldırılmıştır¹⁶. TTK m. 125/II'ye göre, "*ticaret şirketlerinin*

13 İsmail Kırca, "Bankacılık İşlemleri-Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlandırılması", *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 2007, s. 270. Aksi yönde bkz. Uzunallı, s. 64.

14 Bu anlamda doktrinde tüzel kişilerin hak ehliyetinin amaçlarıyla sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Tahsis teorisi olarak da anılan bu görüşe göre, amaç unsuru tüzel kişinin en önemli ve olmazsa olmaz unsurudur. Dolayısıyla tüzel kişinin amacı, hak ehliyetinin doğal sınırını oluşturmaktadır. Bkz. Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul, 1971, s. 230; Bilge Öztan, *Tüzel Kişiler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 1994, s. 29; Hıfız Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt I-Şahsın Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963, s. 182; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 65; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 503. Bu görüşün karşısında yer alan genellik teorisine göre, tüzel kişilerin hak ehliyetleri TMK m. 48 bağlamında sınırsızdır. Tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin sınırını sadece yaradılış gereği insana özgü olan hak ve borçlar çizmektedir. Bu görüş için bkz. Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1995, s. 40; Ülgen, s. 1284; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2013, s. 247-248.

15 *Ultra vires*'e ilişkin hem Türk ve hem karşılaştırmalı hukuk açısından birçokları yerine bkz. Gizem Alper, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 5 vd.; Sibel Hacımahmutoglu, *Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın Yetkilerinin Sınırlanmaması*, Ankara, BTHAE Yayınları, 2016, s. 3 vd.

16 *Ultra vires*'i kaldıran TTK m. 125'in gerekçesi şu şekildedir: "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 137 nci maddesinde öngörülmuş bulunan ve tüm ticaret şirketleri için geçerli olan ultra vires ilkesini, AET'nin 68/151 sayılı şirketlere ilişkin Birinci Yönergesinin ilgili hükmünü dikkate alarak kaldırmıştır. Ticaret şirketleri Türk Medeni Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde haklardan yararlanabilecek, borçlar üstlenebileceklerdir. 371 inci maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi Tasarımın bazı hükümlerinde, işletme konusu dışında yapılan işlemlerin hukukî sonuçları özel olarak düzenlenmiştir.*" Yine TTK'nın genel gerekçesinde de şu ifadeler

Türk Medeni Kanunu'nun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebilirler. Bu konudaki kanuni istisnaların saklıdır.”

TTK m. 125/II hükmü ve anonim şirketlerde temsili düzenleyen TTK m. 371/II hükmü birlikte değerlendirilmelidir. Hükme göre, “*temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğer ki üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından tek başına yeterli değildir.*” Söz konusu her iki hüküm de esas olarak alınan 68/151 sayılı Birinci Yönerge¹⁷ m. 9 ve bu yönergenin yerine geçen 2009/101 sayılı Yönerge¹⁸ m. 10/I ve bu 2009/101 sayılı Yönerge'nin de yerine 2017/1132 sayılı Yönerge¹⁹ m. 9/I ile uyumludur. Yönergeye göre, şirket organlarınca yapılan işlemler şirket konusu dışında kalsalar bile şirketi bağlar. Ancak üye devletler, şirket konusu dışında yapılan işlemlerin, üçüncü kişinin işlemin konu dışında olduğunu bildiğinin veya bilmemesinin mümkün olmadığını ispatlanması halinde, şirketi bağlamayacağına ilişkin düzenlemeler öngörebilir. Bu anlamda şirket esas sözleşmesinin ilan edilmesi yeterli delil sayılmayacaktır.

TTK m. 125, TTK m. 371/II ve AB düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere,

yer almaktadır: “6762 sayılı Kanun, ticaret şirketlerinin, şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak şartıyla, hak iktisap edebilecekleri ve borç yüklenebilecekleri ilkesel hükmünü içeriyordu. Bu hüküm uyarınca, işletme konusu dışında ticaret şirketleri hak ehliyetini haiz değildi; işletme konusu dışında yapılan işlemler ultra vires olduğu için yok sayılıyordu. Türk hukukuna 6762 sayılı Kanun ile giren, ticaret şirketleri hukukuna hâkim olan bu temel kural, Türk ticaret ve medeni hukuk öğretilerinde eleştiriliyordu. Hatta bazıları ultra vires'i geçmiş yıllarda kalan merkezî planlama anlayışı ile bağlantılı görüyordu. AET 1968 tarihli ve 68/54 sayılı, şirketlere ilişkin birinci yönergesinde, AET'ye üye ülkelerin ultra vires kuralını kanunlarından çıkarmalarını öngörüyordu. Yönerge, bu hükmü ile üçüncü kişileri korumayı amaçlıyordu. Temsile yetkili kişilerin, şirket adına yaptıkları işlemlerin şirketi bağlayacağına üçüncü kişilerin güvenmelerinin sağlanması, işlem ve pazar güvenliği için şarttı. Bir taraftan hep gündemde bulunan eleştiriler, diğer taraftan AET'nin yönergesi dikkate alınarak ultra vires hükmüne Tasarıda yer verilmemiştir. İlkenin kaldırılması sebebiyle, şirketin işletme konusu dışında yapacağı işlemlerin sonuçları, Tasarıda üçüncü kişinin iyiniyeti çerçevesinde düzenlenmiştir.”

- 17 First Council Directive 68/151/EEC of March 9 1968 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community.
- 18 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interest of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent.
- 19 DIRECTIVE (EU) 2017/1132 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law.

anonim şirketlerde eskiden söz konusu olan hak ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olması hali mevcut düzen açısından geçerliliğini yitirmiştir²⁰. Anonim şirketlerin temsiline ilişkin TTK m. 371/I hükmüne göre, temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Hükümde geçen “şirketin amacına ve işletme konusuna giren” ibaresi şirketin hak ehliyetini sınırlayıcı niteliği haiz değildir. Yalnızca temsile yetkili olan kişilerin iç temsil yetkisini düzenleyen bir hüküm niteliğindedir²¹. Dolayısıyla temsile yetkili olan kişilerin bu sınırlandırmaya uymamaları halinde bir zarar doğmuşsa şirket zararların karşılanması için, bu kişilere rücu edebilecektir. Nitekim hükmün ikinci cümlesi de bu hususu doğrulamaktadır. Hükme göre, “kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.” Yine benzer şekilde TTK m. 374²² hükmü de yönetim kurulunun iç temsil yetkisine ilişkin bir hükümdür ve işletme konusunun bu anlamda şirketin hak ehliyetini sınırlandırıcı bir özelliği bulunmamaktadır²³.

2. Fiil Ehliyeti

TMK m. 49’a göre, tüzel kişiler kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla birlikte fiil ehliyetini kazanacaktır. Yani tüzel kişiler ancak kanuni organların teşekkülü ile fiil ehliyetini kazanacaktır. Anonim şirketler açısından hak ve fiil ehliyetinin kazanılma anı aynıdır²⁴. Zira anonim şirketler kurulurken esas sözleşmede ilk yönetim kurulu üyelerinin belirtilmesi gereklidir (TTK m. 339/III). Yine şirketin kurucuları diğer zorunlu organ olan genel kurulu oluşturduğu için, şirket tescil anında yani hak ehliyetini kazandığı anda fiil ehliyetini de kazanmış olacaktır.

20 Tüzel kişilerin hak ehliyetine ilişkin tahsis teorisinin kabul edilmesi halinde, en nihayetinde anonim şirketin hak ehliyetinin amacıyla sınırlı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak kanaatimizce *ultra vires* kaldırılmasıyla birlikte anonim şirketler açısından bu şekilde bir hak ehliyeti sınırlandırılmasından bahsedilmesi mümkün değildir. Zira kanun koyucu anonim şirketlerde üçüncü kişi ve işlem güvenliğini korumak amacıyla sınırsız hak ehliyetini kabul etmiştir. Ayrıca hak ehliyeti sınırlamasının doğrudan Kanun hükmüyle getirilmesi gerekmekte; kıyas yoluyla hak ehliyetinin kısıtlandığı sonucuna ulaşılması yerinde değildir.

21 Aydın, s. 153; Burçak Yıldız, “Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği”, *BA-TİDER*, C 28, S 3, 2011, s. 115-116.

22 “Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.”

23 Aydın, s. 153.

24 Dural, Ögüz, s. 249. Ayrıca *Helvacı*’ya göre, tüzel kişiler açısından hak ve fiil ehliyeti ayrımı yapılmasına gerek yoktur. Zira tüzel kişiler yalnızca tam fiil ehliyetli olabilecekleri için, hak ehliyetinin kapsamı ve fiil ehliyetinin kapsamı arasında bir fark olmayacaktır. *Helvacı*, s. 62, dpn, 275.

Tüzel kişiler hak ehliyetleri çerçevesinde tam bir fiil ehliyetine sahiptir²⁵. Organları aracılığıyla fiil ehliyetini kullanan tüzel kişinin fiil ehliyetinin sınırını hak ehliyeti oluşturur²⁶. Dolayısıyla tüzel kişinin hak ehliyetinin olmadığı hallerde fiil ehliyeti de bulunmamaktadır²⁷.

Doktrinde bir görüş, *ultra vires* ilkesin tam olarak kaldırılmadığının, eskiden hak ehliyeti sınırlaması söz konusu iken TTK m. 371 ve m. 374 hükümleri ile birlikte anonim şirketler açısından bir fiil ehliyeti sınırlamasından bahsedileceğini ifade etmektedir²⁸. Ancak biz bu fikre katılmamaktayız²⁹. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere tüzel kişiler açısından hak ve fiil ehliyeti tam olarak örtüşmektedir³⁰. Hak ehliyeti sınırlandırılması söz konusu olmadan fiil ehliyetinin sınırlandırılmasından bahsedilmesi mümkün değildir. Ayrıca TTK m. 371/II hükmünde de belirtildiği üzere, işletme konusu dışında yapılan bir işlemle kural olarak şirket bağlıdır. Oysa fiil ehliyeti sınırlandırılması, kişinin hak ve borçlara ehil olma hakkı varken, kendi fiilleriyle hak ve borç sahibi olamaması anlamına gelmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, 371/I ve 374 hükümleri ehliyet sınırlamasına ilişkin hükümler değil, temsile yetkili olan kişilerin iç temsilde yetki sınırlarını belirleyici niteliği haizdir. Yine aşağıda daha detaylı olarak incelenecek TTK m. 371/II hükmünde ise kural olarak konu dışı işlemler ile şirketin bağlı olduğu düzenlenmiş; dolayısıyla şirketin fiil ehliyeti işletme konusu ile sınırlandırılmamıştır. Konu dışı işlem ile belirli bazı hallerde şirketin bağlı olmaması da, şirketin o işlemi yapmaya ehil olmadığı anlamına gelmez. Yalnızca bu hallerde şirkete işletme konusuna aykırılığın hem temsile yetkili şirket organlarına hem de üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme imkânı tanınmıştır.

C. TTK'da İşletme Konusuna Bağlanan Sonuçlar

25 M. Kemal Oğuzman; Özer Selici; Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016, s. 285.

26 Dural, Öğüz, s. 256.

27 *Serozan* da tüzel kişilerin fiil ehliyeti açısından gerçek kişilerde olduğu gibi ara bir formun olmadığını yani tüzel kişilerin sınırlı ehliyetsizliğinden bahsedilemeyeceğini; tüzel kişiler açısından yalnızca tam ehliyet ya da tam ehliyetsizlikten bahsedileceğini ifade etmiştir. Ancak yazar tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin amaçları (konuları) ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Serozan*, s. 503.

28 Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 213; Alper, s. 76-79; *Kendigelen* de eTTK döneminde AB yönergesinin ilgili maddelerine ilişkin yazdığı eserinde, bu şekilde bir düzenlemenin mevcut Kanun sistemine alınması halinde, fiil ehliyeti sınırlandırılmasının söz konusu olacağını ifade etmiştir. Bkz. Abuzer Kendigelen, "Avrupa Birliği Konseyi'nin Şirketler Hukukuna İlişkin 9 Mart 1968 Tarihli Birinci Yönergesi", *Makalelerim, Cilt I: 1986-2001*, İstanbul, Ankan Yayıncılık, 2006, s. 522.

29 Aynı yönde bkz. Aydın, s. 158, dpn. 58; Uzunallı, s. 122-123.

30 *Dural, Öğüz* de TTK m. 371 uyarınca konu dışı işlemlerin şirketi bağlamayabileceğini belirttikten sonra bu durumun anonim şirketler açısından bir fiil ehliyeti sınırlaması olmadığını belirtmiştir. Bkz. *Dural, Öğüz*, s. 248 ve 256.

Her ne kadar anonim şirketlerin hak ehliyeti artık işletme konularıyla sınırlı olmasa da, Kanun'da yine de işletme konusuna bazı sonuçlar bağlanmış-
tır. İşletme konusunun esas sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir (TTK m.
339/II-b). Yine işletme konusunun değiştirilmesi amacıyla esas sözleşmesinin
değiştirilmesi için ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmüştür. Anonim şirketin iş-
letme konusunun tamamen değiştirilmesi için, sermayenin en az %75'ini oluş-
turan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları gerekmektedir (TTK
m. 421/III).

TTK m. 125, m. 371/I ve m. 374 hükümleri ile birlikte işletme konusunun
önem arz ettiği en önemli husus, temsil ve yönetimde görevli olanların iç tem-
sil yetkisinin sınırını oluşturmasıdır. Bu anlamda yönetim ve temsil organı çi-
zilen bu sınıra riayet etmezse, ortaya çıkan zarardan dolayı kendilerine rücu
edilebilecektir³¹. Yoksa daha önce de belirttiğimiz üzere Kanun'da işletme ko-
nusuna fiil ehliyetini sınırlandırıcı bir sonuç bağlanmamıştır.

TTK m. 43'e göre, anonim şirketlerde ticaret unvanının çekirdek kısmının
şirketin işletme konusu ile şirketin türünü gösteren kelimelerden oluşturulma-
sı gerekmektedir.

TTK m. 210/III'e göre, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlem-
lerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulun-
duğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı
kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya
faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir. Yine
TTK m. 529/I-b'ye göre, işletme konusunun gerçekleşmesi ya da gerçekleşme-
sinin imkânsız hale gelmesi halinde şirket sona erer.

İşletme konusu, şirket yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerinin rekabet ya-
sağını ihlal edici nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti açısından da önem arz
eder. TTK m. 396/I'e göre, yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun iznini al-
maksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi
veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şir-
kete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez³².

Yine TTK işletme konusuna, kuruluştan sonra devralma halinde de sonuç
bağlamıştır. TTK m. 356'ya göre, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde ser-
mayenin onda birini aşan bedelle bir aynın veya bir işletmenin devralınması
veya kiralanması için genel kurulun onayı ve ticaret siciline tescil gerekmekte-

31 Aydın, s. 153.

32 Rekabet yasağının ihlal edilip edilmediği tespit edilirken işletme konusunun dar yorumlanması
ve yalnızca şirketin fiili olarak uğraştığı işler şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Fatih
Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 40.

dir. Ancak, şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen ayın ve işletmeler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

İşletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerde kamu tüzel kişilerine şirketin yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı verilebilir. Ancak bu şekilde bir atama yapılabilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmalıdır (TTK m. 334/I). Son olarak belirtilmelidir ki, bağlam hükümlerinin uygulandığı anonim şirketlerde, nama yazılı payların devrine ilişkin onay talebi önemli bir sebep ileri sürülerek reddedilebilir. Bu önemli sebeplerden biri de şirketin işletme konusu olarak belirlenmiştir (TTK m. 493/II).

II. Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlem Yapılması

A. Kural: Konu Dışı İşlemin Şirketi Bağlaması

TTK m. 371/II hükmünde, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağı ifade edilmiştir. 2009/101 sayılı AB yönergesinde getirilen esasa uygun olarak, işletme konusu dışında yapılan işlemlerin de şirketi bağlayacağı ilke olarak benimsenmiştir³³. Bu hükümle üçüncü kişilerin korunması amaçlanmıştır. Üçüncü kişilerin korunması gereken hallerde, yapılan işlem şirketin menfaatine uygun olmasa bile, işletme konusu dışında yapılan işlem şirketi bağlayacaktır³⁴.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TTK'nın 371/I ve 374 hükümleri, iç temsil yetkisinin sınırlarını ve kapsamını belirleyici niteliği haizdir. Bu yüzden işletme konusu, dış temsil yetkisi açısından kural olarak bir sınır olarak nitelendirilmemelidir. Yine önemi sebebiyle tekrar ifade edilmelidir ki, söz konusu hükümler anonim şirketlerin fiil ehliyetini de işletme konusu ile sınırlandırmamaktadır. Dolayısıyla kural olarak anonim şirketleri temsile yetkili olanların dış temsil yetkisi sınırsızdır.

Bu kapsamda aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz bir hususu da açıklamakta fayda vardır: Temsilci tarafından iç temsil yetkisine riayet edilmemesi sebebiyle 371/II hükmünün bir yetkisiz temsil hali olduğunu ifade etmek de yerinde değildir. Zira doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, temsil yetkisi aşılmış olsa dahi kanunun açıkça iyiniyetli üçüncü kişiyi koruyup işlemi geçerli saydığı hallerde artık yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması mümkün değildir³⁵. Zaten hüküm açıkça kural olarak işletme konusu dışında işlemlerin de şirketi bağlayacağını belirtmiştir. Buna karşılık yetkisiz temsil halinde yapılan işlem, askıda hükümsüzdür.

33 Aynı düzenleme 2017/1132 sayılı Yönergede de bulunmaktadır.

34 Uzunalli, s. 123.

35 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s. 720.

B. İstisna: Konu Dışı İşlemlerin Şirketi Bağlamaması

1. TTK m. 371/II ve m. 539/II Kapsamında Şartları

TTK m. 371/II hükmünde kural olarak konu dışı işlemle şirketin bağlı olduğu hüküm altına alındıktan sonra, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilmesi halinde, şirketin işlemle bağlı olmaktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır. 2009/101 sayılı AB Yönergesi taraf devletlerine kanunlarında bu şekilde bir düzenleme yapma imkânı tanımış ve kanun koyucu da bu şekilde bir düzenlemeyi tercih etmiştir³⁶.

Şirketin işletme konusu dışında kalan bir işlemle bağlı olmamasının şartlarına geçmeden belirtilmelidir ki, kanun koyucu temsile ilişkin TTK m. 371/II ve tasfiyeye ilişkin TTK m. 539/II hükümlerinde farklı ifadelere yer vermiştir. TTK m. 371/II hükmünde “bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu” ifadesi kullanılmışken; TTK m. 539/II’de “bildiği veya halin gereğinden bilmemesinin mümkün olmaması” ifadesi kullanılmıştır. Hükümlere esas teşkil eden 2009/101 sayılı AB Yönergesi’nin 10. maddesinde ise, “bilmesi ya da koşullar açısından bilmemesinin mümkün olmaması” ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü üzere, esasen Yönerge’ye uygun olan düzenleme TTK m. 539/II düzenlemesidir³⁷. Ancak mevcut durum açısından TTK m. 371/II düzenlemesini göz ardı etmek mümkün değildir. Dolayısıyla incelememiz TTK m. 371/II hükmünün lafzının çerçevesinde ve fakat m. 539/II ile Yönerge’nin ilgili hükmü de dikkate alınarak yapılacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işletme konusu dışında yapılan bir işlemin şirketi bağlayıp bağlamayacağı şeklinde bir tartışmanın yapılabilmesi için, işlemin şirketi temsile yetkili bir kişi tarafından yapılması gerekmektedir. Nitekim hükümde de açıkça “temsile yetkili olanların” ifadesi kullanılmıştır.

Şirketin temsile yetkili olanlar tarafından yapılan bir işlemle bağlı olmaktan kurtulabilmesi için, üçüncü kişinin işlemin şirketin konusu dışında olduğunu bildiği veya durumu gereğinden bilebilecek durumda olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Doktrinde hükümde geçen “bilme ve durumun gereğinden bilebilecek olma” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin birçok görüş ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, söz konusu yönergede konu dışı işlemi yapacak organın be-

³⁶ Aynı düzenleme 2017/1132 sayılı Yönergede de bulunmaktadır.

³⁷ Öğretide aynı kaynaktan esinlenen iki hükümde farklı ifadelerin kullanılması eleştirilmiştir. Bkz. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2016, s. 263; Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 641, dph. 676; Aydın, s. 154.

lirlenmemiş, yönerge açısından önemli olan hususun, söz konusu organın şirketi temsile yetkili olup olmadığıdır³⁸. Bu anlamda Türk Hukuku açısından faaliyet halindeki bir şirketin temsil organı yönetim kurulu, tasfiye halindeki bir şirketin temsil organı ise tasfiye memurlarıdır. Her iki hüküm açısından getirilen düzen aynı kaynaktan alındığı için, kullanılan ifade farklılıkları bilinçli bir tercihin ürünü değil, kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hüküm, Yönerge ve TTK m. 539/II'de geçen şekilde, yani “bilme veya bilmemenin mümkün olmaması” şeklinde anlaşılmalıdır³⁹. Yine bu görüşe göre, hükümde geçen ifadeler TMK m. 3/II'de geçen “durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse” genişliğinde de yorumlanmamalıdır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı araştırılsaydı doğrudan iyiniyete yapılacak bir atıfla yetinilecekti. “Halin icabına göre bilmemesinin mümkün olmaması” ifadesiyle iyiniyetten farklı bir özen ölçüsü yaratılmak istenmiş ve bu özen ölçüsünde de üçüncü kişinin hafif ihmali dışlanmıştır⁴⁰. Dolayısıyla şirketin konu dışı işlemle bağlı olmaması için üçüncü kişinin en azından ağır ihmalinin var olması gerekmektedir. Son olarak bu görüşe göre, esas sözleşmenin ilan edilmesinin tek başına üçüncü kişiyi bilgi sahibi yapacağının kabul edilmeyişi de bu görüşü destekleyici niteliktedir⁴¹.

Doktrinde yine Yönerge ve TTK m. 539/II hükmünde geçen ifadeleri esas alan bir diğer görüşe göre, şirketin konu dışı işlemle bağlı olmaması için ispatlanması gereken husus, üçüncü kişinin müspet vukufudur⁴².

Bu hususta ileri sürülen son görüş ise, TTK m. 371/II hükmünde geçen ifadenin TMK m. 3/II şeklinde anlaşılması gerektiği yönündedir⁴³. Yani şirket, üçüncü kişinin durumun gereklerinden kendisinden beklenen özeni göstermediğinin ispat etmesi suretiyle de işlemle bağlı olmaktan kurtulabilecektir. Bu görüşü savunan yazarlardan *Kırca*'ya göre, Yönerge hükmü ve TTK m. 539/II hükmü de TMK m. 3/II paralelinde anlaşılması gerekmektedir. Ancak *ultra vires* ilkesinin üçüncü kişiyi koruma amacıyla kaldırıldığı hususu da göz önünde

38 Aydın, s. 155.

39 Aydın, s. 155.

40 Aydın, s. 156.

41 Aydın, s. 156.

42 Yıldız, s. 125-126. TTK m. 371/II ve m. 539/II hükümleri henüz söz konusu değilken Yönerge'nin ilgili maddelerine ilişkin yaptığı bir incelemede *Kendigelen*, “bilme veya halin icabından bilmemesinin mümkün olmaması” ifadelerinin müspet vukufu çağrıştırdığını ifade etmektedir. Bkz. *Kendigelen*, *Yönerge*, s. 519. *Uzunallı*, söz konusu tartışmaya ilişkin müspet vukufun ispat edilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra kötüniyet ifadesine de yer vermiştir. Bkz. *Uzunallı*, s. 116.

43 *Kırca*, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 640-641; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Nr. 12-84; *Kırca*, *Ehliyet*, dñn. 11; Alper, 156. Yine TTK m. 371/II'de geçen ifadenin kötüniyeti anımsattığı yönünde bkz. *Kendigelen*, İlk Tespitler, s. 263.

bulundurulacak, en azından üçüncü kişinin hafif ihmalinin göz ardı edilmesi gerekmektedir⁴⁴.

Kanaatimizce gerek TTK m. 371/II hükmünde geçen ifade gerekse TTK m. 539/II ve Yönerge'de geçen ifadeler TMK m. 3/II'e uygun bir şekilde anlaşılmalıdır. Zira temsile ilişkin genel hükümlerde yer alan temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin TBK m. 45'te açıkça "bilmeme" ifadesi geçmesine rağmen, doktrinde haklı olarak TMK m. 3/II hükmünün uygulanması gerektiği, TMK m. 3/II hükmünden ayrılmak için haklı bir gerekçe olmadığı ifade edilmiştir⁴⁵. Söz konusu TTK m. 371/II hükmü de temsile ilişkin bir hüküm olduğu için genel hükümlere uygun bir yorum yapmak gerekmektedir. Yine hükümde geçen "bilme veya durumun gereklerinden bilebilecek olma" ifadesi TMK m. 3/II hükmüne çok benzemektedir. Durumun gereklerinden ifadesinin aslında "gerekli özeni göstermeyen kimse" ifadesini de içinde barındıran bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Zira kanun koyucunun TMK m. 3/II hükmüne bu kadar benzer ifadeler kullanıp; TMK m. 3/II'den farklı bir durum ortaya çıkarmaya çalıştığını ifade etmek kanaatimizce yerinde değildir. Yine esas sözleşmenin ilan edilmesinin tek başına ispat için yeterli olmayacağına ilişkin hüküm de kanun koyucunun TMK m. 3/II'den farklı bir düzenleme getirmeye çalıştığı şeklinde yorumlanamaz. TTK m. 354'e uygun bir şekilde kaleme alınan bu hüküm olmasaydı dahi, esas sözleşmenin ilanı üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz üzere, şirket esas sözleşmesinde yer alan işletme konusunun geniş yorumlanması ile üçüncü kişi korunacaktır. Bunun yanında bir de hükmün lafzını TMK m.3/II'den farklı yorumlamaya gerek yoktur.

Bu noktada son olarak, şirketin işletme konusu dışında yapılan işlemlerle bağlantılı olmaktan kurtulması için üçüncü kişinin müspet vukufunu ispat etmesi gerektiğine ilişkin görüş de yerinde değildir. Zira hükümde bilmenin yanında bilinmesi gerektiğine de sonuç bağlanmıştır. Hükmün Yönerge ve TTK m. 539/II şeklinde anlaşılması halinde de dahi, müspet vukuf görüşü yerinde değildir. Her iki halde de kanun koyucu bilmenin yanında ikinci bir ihtimali de aramaktadır⁴⁶.

Daha önce de kısaca belirttiğimiz üzere, 371/II hükmünün devamında, şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, üçüncü kişinin kötüniyetinin ispatı açısından tek başına yeterli olmadığı belirtilmiştir⁴⁷. Gerekece de belirtildiği

44 Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 641, dpn. 676.

45 Kocayusufoğlu, s. 705.

46 Aydın, s. 155.

47 Benzer bir düzenleme TTK m. 539/II'de de mevcuttur. Buna göre, "tasfiyenin sadece tescil ve

üzere, söz konusu hüküm TTK m. 354'e uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Her ne kadar TTK m. 339/II-b'de işletme konusunun esas sözleşmede yer alması gerektiği düzenlenmiş olsa da, sicilin TTK m. 36 anlamında olumlu etkisini gösterecek hususları düzenleyen TTK m. 354'te işletme konusuna yer verilmemiştir. Dolayısıyla işletme konusunun ilan edilmiş olması halinde, üçüncü kişiler açısından sicilin olumlu etkisi söz konusu olmayacak, üçüncü kişilerin şirketin işletme konusunu bildiği kabul edilemeyecektir⁴⁸.

Bu noktada akla gelen bir diğer husus, ticaret unvanının ilan edilmiş olması sebebiyle üçüncü kişilerin işletme konusunu bildiğinin varsayılp sayılmayacağıdır. Zira anonim şirketlerin işletme konusu ticaret unvanlarında bulunmalıdır ve ticaret unvanı TTK m. 339/2-a uyarınca esas sözleşmede yer almalıdır. TTK m. 354'te, sicilin olumlu etkisini gösterdiği bir hal olarak ticaret unvanı da sayılmaktadır. Doktrinde hâkim olan ve bizim de katıldığımız fikre göre, ticaret unvanının tescil ve ilan edilmiş olması da tek başına üçüncü kişinin kötünietini ispat etmek için yeterli sayılmamalıdır⁴⁹. Zira aksi görüşün kabul edilmesi halinde, TTK m. 371/II'nin son cümlesi işlevsiz kalacaktır. Bu durum da *Kırca*'nın yerinde olarak belirttiği üzere, "bir kanun hükmünün, başka bir kanun hükmünü uygulanamaz yahut amaçsız ve işlevsiz kılacak bir biçimde yorumlanamayacağı ilkesine" aykırılık teşkil edecektir⁵⁰. Yine ticaret unvanının temel işlevi, taciri diğer tacirlerden ayırt etmektedir; yönetim organının görev ve yetki sınırlarını belirlemek şeklinde bir işlevi bulunmamaktadır⁵¹.

Doktrinde şirketle işlem yapan kişilerin genelde tacir olmaları sebebiyle ve tacirler de basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü oldukları için, işlemin konu dışı olduğunu bilmediklerini ileri sürülemeyeceğine ilişkin bir görüş ileri sürülmüştür⁵². Kanaatimizce bu fikir yerinde değildir. Zira tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket yükümlülükleri onların iyiniyetli olamayacakları anlamına gelmez. Yalnızca tacirler açısından iyiniyet değerlendirilmesi yapılırken, basiretli iş adamı gibi hareket etmeleri gerektiği için, tacir olmayanlara

ilan edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli delil değildir."

48 Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 642; Tekinalp, Nr. 12-84.

49 Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 642; Kırca, *Ehliyet*, s. 72; Yıldız, *Hukuki Nitelik*, s. 126; Uzunallı, s. 115. Karşı görüş için bkz. Aynur Yongalık, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na (m. 124-133) Türk Ticaret Kanunu ile Karşılaştırmalı Bakış ve Değerlendirme" *BATİDER*, S1, 2010, s. 87. *Yongalık*'a göre, ticaret unvanının işletme konusu kapsamında üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracı etkisi vardır.

50 Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 642.

51 Uzunallı, s. 115; Yıldız, *Hukuki Nitelik*, s. 126; Kırca, *Ehliyet*, s. 72.

52 Metin Topçuoğlu, "Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları", *SDÜHFD*, C 2, S 2, 2012, s. 76. *Alper* de üçüncü kişinin tacir sıfatına sahip olması iyiniyetinin belirlenmesi açısından olumsuz etkiye sahip olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Alper*, s. 158.

göre daha ağır bir değerlendirme yapılır. Yani tacirin bilmesi gereken hususlar tespit edilirken kendisi ile aynı seviyede, benzer konuda faaliyet gösteren tedbirli bir tacir göz önünde tutulur⁵³.

Doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, işlemin karşı tarafının kötünüyetini ispat etme yükümlülüğü, yalnızca işlemin karşı tarafının üçüncü kişiler olduğu hallerde söz konusu olmaktadır⁵⁴. Bu anlamda işlemin karşı tarafının anonim şirketin bir yöneticisi olması halinde, bu kişi, üçüncü kişi olarak anılamaz. İşlemin karşı tarafında yer alan yöneticinin, ayrıca işlemin şirketin işletme konusu dışında yer aldığı bildirildiğini ya da durumun gereklerine göre bilmesi gerektiğine ilişkin bir ispatın yapılmasına gerek yoktur⁵⁵. Bu halde işlemin karşı tarafından yer alan yönetici kötünüyetli olarak kabul edilmektedir⁵⁶.

2. Konu Dışı İşlemlerin Geçerliliğine İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Şirket tarafından yapılan işlemin işletme konusu dışında olduğu ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı ispatlandıktan sonra, söz konusu işlemin geçerli olup olmadığına ilişkin doktrinde birçok fikir ileri sürülmüştür.

Bu kapsamda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ispatın yapılması halinde yetkisiz temsil hükümleri uygulanacaktır⁵⁷. Yetkisiz temsil hükümleri uygulanacağı için işleme icazet verilerek geçerli hale getirilebileceği ve bu icazeti vermeye yetkili organın da genel kurul olduğu ifade edilmektedir⁵⁸. Bu görüşe benzer nitelikteki bir görüşe göre, işletme konusu dışında bir işlemin yapılması halinde, işlem askıda geçerlidir ve şirket iptal hakkını kullanarak, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispat etmek suretiyle işlemi geçersiz hale getirebilir⁵⁹. Yine bu görüşe göre, anonim şirketin işletme konusu dışında yapılan işlemin üçüncü kişi tarafından bilindiğinin yahut durumun şartlarına göre bilinmesi gerektiğinin ispat edememesi halinde, bu işlem askıda geçerli olmaktan çıkar ve geçerli hale gelir⁶⁰. Şirketin yetkisiz bir şekilde temsil edildiğini iddia etmeme veya yapılan işleme icazet verme hakları da vardır ve bu hallerde işlem

53 Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Muhammet Emin Bingöl, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Ceza Şartın İndirilmesini İsteyememesi*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 50 vd.

54 Yıldız, *Hukuki Nitelik*, s. 127; Uzunalli, s. 116.

55 İngiliz Companies Act 2006 SeC 41/2-b'ye göre, yalnızca şirketin yöneticisi değil, ayrıca bağlı bulunan şirketin yöneticileri ya da yöneticilerle herhangi bir şekilde ilişkisi olan kişiler de doğrudan kötünüyetli olarak kabul edilmektedir.

56 Yıldız, *Hukuki Nitelik*, s. 127.

57 Kırcı, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 643.

58 Kırcı, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 643.

59 Yıldız, *Hukuki Nitelik*, s. 128-129.

60 Yıldız, *Hukuki Nitelik*, s. 129.

şirket açısından artık geçerlidir. İşlemi icazete yetkili organ ise genel kuruldur.

İşletme konusu dışında yapılan işlemin geçerliliğine ilişkin ileri sürülen bir diğer görüşe göre, işlemle bağlı olmama hakkı şirkete ait olduğu için ilk bakışta işlemin askıda geçersiz olacağı sonucu çıkacak olsa da bu halde, askıda geçersizlik değil, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, işlemle bağlı olunmadığı şirket tarafından ileri sürülene kadar, işlemle bağlı olma durumu söz konusudur. Şirket tarafından üçüncü kişinin kötünüyetinin ispatlanması halinde artık şirketin işlemle bağlı olmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu halde tıpkı irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi, iptal kabiliyeti yaptırımı söz konusudur⁶¹.

Bu hususta ileri sürülen bir başka görüşe göre, TTK m. 371/II hükmünde gerçek olmayan hukuki görünüşe bir sonuç bağlandığı için, işlem askıda geçerli değil, doğrudan geçerlidir⁶². İyiniyetin karine olarak var olduğunun kabul edilmesi yalnızca ispat hukuku açısından bir sonuç doğurmaktayken; maddi hukuk açısından bozulabilir geçerlilik sonucu doğurmamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, işlem geçerlidir. Daha sonra iyiniyet karinesi şirket tarafından çürütülmüşse, artık işlemin yapılış anından itibaren askıda hükümsüz olduğundan bahsedilmesi gerekir. Şirket tarafından yapılan işleme onay verilmemesi halinde, artık söz konusu işlem en baştan itibaren geçersiz hâle gelir⁶³.

Doktrinde konu dışı işlemlerin geçerliliğine ilişkin ileri sürülen son görüş ise, TTK m. 371/II hükmünün temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olduğu yönündedir⁶⁴. Bu görüşe göre, konu dışı işlemler kural olarak şirketi bağladığı için, temsilci üçüncü kişilere karşı sınırsız bir temsil yetkisiyle donatılmıştır. Buna karşılık temsilci, pay sahiplerinin iç ilişkide belirleyip esas sözleşmeye yazdığı işletme konusu sınırına riayet etmemektedir. Esas sözleşmede işletme konusunun belirlenmesi zorunluluğu getirilerek şirketin menfaatinin sınırları belirlenmiştir. Esas sözleşmeyle sınırları çizilen işletme konusuna temsilciler tarafından uyulmaması halinde, şirketin menfaatinin zedelendiği kabul edilmiştir. Bu yüzden dış ilişkide çizilen temsil yetkisi aşılacak kötüye kullanılmıştır⁶⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, şirketi temsile yetkili kişilerin dış temsil yetkisi sınırsız olarak belirlendiği için, yetkisiz tem-

61 Hüseyin Turanlı, "Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi", *REGESTA*, C2, S 3, 2012, s. 70.

62 Hüseyin Hatemi, "Ultra Vires Kuramı ve Türk Hukuku", *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, İstanbul, 2013, s. 332; Alper, s. 167.

63 Hatemi, s. 333; Alper, s. 167.

64 Uzunallı, s. 125; Aydın, s. 158.

65 Uzunallı, s. 125; Aydın, s. 158.

sil hükümlerinden bahsedilmesi söz konusu olamaz⁶⁶. Yine yetkisiz temsilin varlığından bahsedildikten sonra, askıda geçerlilik yaptırımının savunulması da yerinde değildir. Zira yetkisiz temsilin söz konusu olduğu hallerde, işlem askıda hükümsüzdür⁶⁷. Oysa söz konusu düzenlemede işlem geçerlidir yani bozulabilir geçerlilik hali söz konusudur. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, şirketle üçüncü kişi arasında işlemin iptaline ilişkin bir yargılama faaliyetine ihtiyaç olduğu ve söz konusu yargılama faaliyeti sonucunda işlemin iptali söz konusu olacaktır⁶⁸. Yine bu görüşe göre, işleme daha sonradan genel kurul tarafından icazet verilmesi de mümkün kabul edilmemelidir⁶⁹.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Yukarıda kısaca şirketi temsile yetkili kişilerin üçüncü kişilerle işletme konusu dışında işlem yapmış olması ve şirket tarafından üçüncü kişinin işlemin konu dışı olduğunu bildiği veya durumun gereğine göre bilmesi gerektiğinin ispat edilmesi halinde, söz konusu işlemin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer verildi. Kanaatimizce işletme konusu dışında bir işlem yapılmış olması halinde, “*temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, söz konusu işlem geçerlidir. Temsilciler açısından kanun koyucu bir iyiniyet karinesi öngörmüştür ki bu karine de, hukuki görünüşe haklı güvenin korunmasıdır. Bu karine çürütülmeden işlem geçerli bir işlem olarak tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından öngörülen karine, işlemin geçerliliğine ilişkindir⁷⁰.

Bu kapsamda yetkisiz temsil ve bu bağlamda askıda hükümsüzlük görüşlerine katılmamızın sebebi, *Uzunallı*'nın da yerinde olarak belirttiği gibi, konu dışı işlem halinde yetkisiz temsilden bahsedilemeyecek olmasıdır⁷¹. Zira *ultra vires* ilkesinin terk edilmesiyle birlikte şirketi temsile yetkili kişilerin dış temsilde sınırsız bir temsil yetkisine sahip oldukları daha önce de belirtilmişti. Oysa yetkisiz temsil, temsilcinin dış temsil yetkisini aştığı ya da herhangi bir temsil yetkisinin var olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Bu görüşe benzer bir şekilde, söz konusu konu dışı işlemin yapıldığı üçüncü kişinin kötüniyetinin ispat edilmesinden sonra yetkisiz temsil hükümlerinin söz konusu olacağı ve bunun sonucunda da askıda hükümlülük yaptırımının gündeme

66 Uzunallı, s. 125.

67 Aydın, s. 159.

68 Aydın, s. 159.

69 Detaylı bilgi için bkz. Uzunallı, s. 125; Aydın, s. 159-160.

70 Bkz. Alper, s. 166.

71 Uzunallı, s. 125.

geleceğini ifade eden görüşe de katılamamaktayız. Her ne kadar söz konusu işlemin yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacağını düşünmesek de, bir an için yetkisiz temsil halinin söz konusu olduğu kabul edilse bile, işlemin askıda hükümlü değil askıda hükümsüz olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁷².

Doktrinde şirketi temsile yetkili kişiler tarafından yapılan konu dışı işlemin tıpkı irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi bozulabilir geçerli olduğu görüşüne de, *Hatemi*'nin de belirttiği üzere, iyiniyetin karine olarak kabul edilmesi ispat hukuku açısından bir sonuç doğurmaktadır; yoksa iyiniyet maddi hukuk açısından bozulabilir geçerlilik hali meydana getirmeyecektir⁷³. Bu noktada işlemin bozulabilir geçerli değil de; doğrudan geçerli olduğunu kabul etmemizin sebebi, kanun koyucunun gerçek olmayan hukuki görünüme sonuç bağlamasıdır. Her ne kadar söz konusu görüş, irade sakatlığı halleri açısından bozulabilir geçerliliğin söz konusu olduğunu ifade etmiş olsa da irade sakatlığı hallerinde TBK m. 39'dan açıkça anlaşılacağı üzere, düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur. Buna karşılık TBK m.28'de bozulabilir geçerlilik hali olarak aşırı yararlanma düzenlenmiştir. Kanun koyucu aşırı yararlanma halinde, işlemin geçersiz hale getirilebilmesi için bir süre öngörmüştür. Ancak TTK m. 371/II'de bu şekilde bir süre de öngörülmemiştir⁷⁴.

Doktrinde bu hususta ileri sürülen son görüş olan TTK m. 371/II'nin temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının bir görünümü olduğuna ilişkin görüşe de katılmamaktayız⁷⁵. İlk olarak belirtmek gerekir ki, kanaatimizce temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için, iç temsil yetkisinin sınırları içerisinde temsil yetkisinin kötüye kullanılması gerekmektedir. Esas sözleşme ile şirketi temsile yetkili kimselerin iç temsil yetkisinin sınırları ise, işletme konusu ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için temsilci, pay sahipleri tarafından verilen temsil yetkisinin kapsamında hareket etmeli ve fakat bu yetkiyi kötüye kullanmalıdır. Ancak TTK m. 371/II'de temsilciler pay sahipleri tarafından kendilerine verilen temsil yetkisini aşmaktadır. Bu noktada iç temsil yetkisi aşıldığı için yetkisiz temsil hükümlerin uygulanması gerektiği gündeme gelebilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, 371/II'nin ilk cümlesinden de anlaşılacağı üzere, yetkisiz temsilden bahsedilebilmesi için dış temsil yetkisinin de aşılması gerekmektedir. Yine bu görüş tarafından ifade edilen, “*kanun koyucu tarafın-*

72 Bu yönde bkz. Aydın, s. 159.

73 Hatemi, s. 332.

74 Süre öngörülmemesinin bir eksiklik olduğu yönünde bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 263.

75 Bu görüşü savunanlardan *Aydın*, konu dışı işlem açısından bozulabilir geçerlilik halinin söz konusu olduğunu ifade ettikten sonra, söz konusu TTK m. 371/II hükmünün temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının özel bir hali olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Aydın, s. 159-160.

dan dış ilişkide çizilen temsil yetkisi aşılarak kötüye kullanılmıştır” ifadesi de kanaatimizce yerinde değildir⁷⁶. Zira kanun koyucu tarafından, anonim şirketi temsile yetkili olanların dış temsil yetkisinin sınırsız olarak belirlendiği ifade edildikten sonra, dış ilişkide temsil yetkisinin bir sınırı olduğunu ifade etmek yerinde değildir. Ayrıca dış ilişkideki temsil yetkisinin aşılması halinde, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından değil, yetkisiz temsilden bahsedilmesi gerekmektedir. Tekrar ifade edilmelidir ki, temsil yetkisinin kötüye kullanılması dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır⁷⁷ ve temelde temsilcinin temsil olunan tarafından kendisine verilen yetki kapsamında hareket etmesine rağmen, söz konusu yetkiyi kötüye kullandığı hallerde söz konusu olmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki *Hatemi*'nin, işlemin geçerliliğine ilişkin kararının çürütülmesinden sonra işlemin askıda hükümsüz olacağını ve şirketin bu işleme daha sonradan icazet verebileceğine ilişkin görüşüne katılmamaktayız⁷⁸. Şirket karineyi çürüterek işleme bağlı olmamak için dava açıp, üçüncü kişinin kötünietini ispatladıktan sonra, söz konusu işlemde bağlı olmaktan artık kurtulmuş olur. Daha sonra bu işleme tekrar icazet verebileceği şeklindeki düşünce kanaatimizce yerinde kabul edilmemelidir⁷⁹. Kanun koyucu tarafından oluşturulan hukuki görünüş ortadan kaldırıldıktan sonra, yani işlem geçersiz hale getirildikten sonra, bu işleme artık icazet vermek söz konusu olmamalıdır. Yine icazet verilmesi ve icazeti verecek organın genel kurul olarak belirlenmesi TTK sistematığına uygun değildir. İlk olarak, genel kurul TTK 408/I'de de açıkça ifade edildiği üzere, kanunda ve esas sözleşmede açıkça belirtilen hususlarda yalnızca karar alabilecektir. Bu anlamda söz konusu icazete ilişkin herhangi bir kanun hükmü mevcut değildir. Yine icazete ilişkin bir esas sözleşme hükmünün de öngörülmesi TTK m. 340 karşısında mümkün görünmemektedir. İkinci olarak, icazete ilişkin bir genel kurul kararının alınabileceğinin kabulü halinde, söz konusu karar, işletme konusu esas sözleşmede yer aldığı için, esas sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle iptal edilebilecektir⁸⁰.

Sonuç

Gerek TTK m. 371/II hükmünde geçen ifade gerekse TTK m. 539/II ve Yönerge'de geçen ifadeler TMK m. 3/II'e uygun bir şekilde anlaşılmalıdır. Zira temsile ilişkin genel hükümlerde yer alan temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin TBK m. 45'te açıkça “bilmeme” ifadesi geçmesine rağmen, doktrinde haklı

76 Bkz. Uzunallı, s. 124.

77 TMK m. 2/II kıyas yoluyla uygulanacaktır. Zira temsil yetkisi bir hak değildir. Bkz. Kocayusufoğlu, s. 751.

78 Bu yönde bkz. Aydın, s. 159.

79 Bkz. Aydın, s. 159.

80 Aynı yönde bkz. Aydın, s. 159-160.

olarak TMK m. 3/II hükmünün uygulanması gerektiği, TMK m. 3/II hükmünden ayrılmak için haklı bir gerekçe olmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu TTK m. 371/II hükmü de temsile ilişkin bir hüküm olduğu için genel hükümlere uygun bir yorum yapmak gerekmektedir. Yine hükümde geçen “bilme veya durumun gereklerinden bilebilecek olma” ifadesi TMK m. 3/II hükmüne çok benzemektedir. Durumun gereklerinden ifadesinin aslında “gerekli özeni göstermeyen kimse” ifadesini de içinde barındıran bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Zira kanun koyucunun TMK m. 3/II hükmüne bu kadar benzer ifadeler kullanıp; TMK m. 3/II’den farklı bir durum ortaya çıkarmaya çalıştığını ifade etmek kanaatimizce yerinde değildir.

İşletme konusu dışında bir işlem yapılmış olması halinde, “*temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, söz konusu işlem geçerlidir. Temsilciler açısından kanun koyucu bir iyiniyet karinesi öngörmüştür ki bu karine de, hukuki görünüşe haklı güvenin korunmasıdır. Bu karine çürütülmeden işlem geçerli bir işlem olarak tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından öngörülen karine, işlemin geçerliliğine ilişkindir.

Şirket karineyi çürüterek işlemle bağlı olmamak için dava açıp, üçüncü kişinin kötünüyetini ispatladıktan sonra, söz konusu işlemde bağlı olmaktan artık kurtulmuş olur. Daha sonra bu işleme tekrar icazet verebileceği şeklindeki düşünce kanaatimizce yerinde kabul edilmemelidir. Kanun koyucu tarafından oluşturulan hukuki görünüş ortadan kaldırıldıktan sonra, yani işlem geçersiz hale getirildikten sonra, bu işleme artık icazet vermek söz konusu olmamalıdır. Yine icazet verilmesi ve icazeti verecek organın genel kurul olarak belirlenmesi TTK sistematığına uygun değildir. İlk olarak, genel kurul TTK 408/I’de de açıkça ifade edildiği üzere, kanunda ve esas sözleşmede açıkça belirtilen hususlarda yalnızca karar alabilecektir. Bu anlamda söz konusu icazete ilişkin herhangi bir kanun hükmü mevcut değildir. Yine icazete ilişkin bir esas sözleşme hükmünün de öngörülmesi TTK m. 340 karşısında mümkün görünmemektedir. İkinci olarak, icazete ilişkin bir genel kurul kararının alınabileceğinin kabulü halinde, söz konusu karar, işletme konusu esas sözleşmede yer aldığı için, esas sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle iptal edilebilecektir.

KAYNAKLAR

- Aküinal, Teoman: *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1995.
- Akyazan, Sıtkı: “Türk Ticaret Kanununun 137. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *BATİDER*, C 7, S 4, 1974.
- Alper, Gizem: *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Ataay, Aytakin: *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul, 1971.
- Aydın, Alihan: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları Ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu”, *BATİDER*, C XXX, S 1, 2014.
- Aydoğan, Fatih: *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Bahtiyar, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2017.
- Bingöl, Muhammet Emin: *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Ceza Şartın İndirilmesini İsteyememesi*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan: *Kişiler Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2013.
- Hacımahmutoğlu, Sibel: *Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın Yetkilerinin Sınırlanmaması*, Ankara, BTHAE Yayınları, 2016.
- Hatemi, Hüseyin: “Ultra Vires Kuramı ve Türk Hukuku”, *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, İstanbul, 2013.
- İmregün, Oğuz: *Anonim Ortaklıklar*, 4. Baskı, İstanbul, 1989.
- Kendigelen, Abuzer: “Avrupa Birliği Konseyi’nin Şirketler Hukukuna İlişkin 9 Mart 1968 Tarihli Birinci Yönergesi”, *Makalelerim, Cilt I: 1986-2001*, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2006.
- Kendigelen, Abuzer: *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2016.
- Kırca, İsmail; Şehirali Çelik, Feyzan Hayal; Manavgat, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Cilt 1*, Ankara, 2013.
- Kırca, İsmail: “Bankacılık İşlemleri-Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlandırılması”, *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 2007.
- Kocayusufoğlu, Necip: *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016.
- Özsunay, Ergun: *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Öztan, Bilge: *Tüzel Kişiler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 1994.
- Serozan, Rona: *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Tekinalp, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Nr. 12-84.

- Topçuoğlu, Metin: “Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları”, *SDÜHFD*, C 2, S 2, 2012.
- Turanlı, Hüseyin: “Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi”, *REGESTA*, C2, S 3, 2012.
- Uzunallı, Sevilay: *Anonim Şirket İşletme Konusu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Ülgen, Hüseyin: “Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku Cilt I-Şahsın Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963.
- Yıldız, Burçak: “Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Özellik Arz Eden Bazı Hukuki İşlemler ve Sözleşmeler”, *ABD*, S 2, 2006.
- Yıldız, Burçak: “Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği”, *BATİDER*, C 28, S 3, 2011.
- Yongalık, Aynur: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na (m. 124-133) Türk Ticaret Kanunu ile Karşılaştırmalı Bakış ve Değerlendirme” *BATİDER*, S 1, 2010.

ÖZ

TTK m. 371/II hükmünde kural olarak konu dışı işlemle şirketin bağlı olduğu hüküm altına alındıktan sonra, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilmesi halinde, şirketin işlemle bağlı olmaktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır. Gerek TTK m. 371/II hükmünde geçen ifade gerekse TTK m. 539/II ve Yönerge’de geçen ifadeler TMK m. 3/II’e uygun bir şekilde anlaşılmalıdır.

İşletme konusu dışında bir işlem yapılmış olması halinde, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar ifadesinden de anlaşılacağı üzere, söz konusu işlem geçerlidir.

Şirket karineyi çürüterek işlemle bağlı olmamak için dava açıp, üçüncü kişinin kötüniyetini ispatladıktan sonra, söz konusu işlemde bağlı olmaktan artık kurtulmuş olur. Daha sonra bu işleme tekrar icazet verebileceği şeklindeki düşünce kanaatimizce yerinde kabul edilmemelidir.

Anahtar kelimeler: anonim şirket, konu dışı işlem, ultra vires, yetkisiz temsil, iyiniyet

Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası*

Alimony with Current Discussions

Ali DEMİRBAŞ**

ABSTRACT

Alimony is a partly continuation of the obligation of mutual aid and solidarity between the spouses during marriage, after the marriage. Social and moral considerations are the basis of this obligation. In order to be able to claim alimony, it is necessary to fall into poverty due to divorce and not be more fault than the other party. The fault of the other party is not sought. If these conditions are found, alimony may be demanded indefinitely in proportion to the financial power of the other party. Thus, spouses who have been married for a short period of time are becoming lifelong livelihoods. The dispute between divorced spouses is lifelong.

The reasons for divorce in our law include contractual divorce and de facto separation. However, the divorce system was mainly based on the fault principle and the special reasons enumerated in the Law. As an extension of this situation, the party who wants alimony should not be more fault than the other party. As a result, during the divorce and after the divorce, the spouses follow each other and seek each other's fault. Moreover, even spouses who have been married for a very short period of time may request alimony indefinitely. In the study, the important problems related to alimony, especially those issues were discussed in the light of comparative law.

Keywords: divorce, alimony, post-marital maintenance, indefinitely alimony

Giriş

Evlilik ilişkisinin boşanma ile sona ermesinde boşanma kararı veren mahkeme, eşlerin ortak çocukları bulunması halinde velayet, iştirak nafakası ve kendisine velayet verilmemiş ana/baba arasında kişisel ilişki kurulması şeklinde boşanma davasının çocuğa ilişkin sonuçlarını kendiliğinden karara bağlamakta, talebe bağlı olarak da yoksulluk nafakası ile maddi ve manevi tazminata hükmedebilmektedir.

* Makale gönderim tarihi: 25.11.2018. Makale kabul tarihi: 28.12.2018. Ali Demirbaş, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 219-235.

Bu çalışma, PESA tarafından 26-29 Ekim 2018 tarihleri arasında Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi bünyesinde düzenlenen ICPESS NİĞDE / TURKEY 2018 adlı uluslararası kongrede sunulan "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası" başlıklı tebliğ esas alınmak suretiyle güncel olarak kaleme alınmıştır.

** Dr. Öğr. Ü., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. E-mail: ali.demirbas@ihu.edu.tr ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8143-8036>.

Bu bağlamda boşanma yüzünden mevcut ya da beklenen menfaatleri zarara uğrayan ve boşanma sebepleri bakımından kusursuz olan ya da karşı taraftan daha az kusurlu olan (müterafik kusuru bulunan) taraf, kusurlu olan karşı taraftan boşanma davası ile birlikte ya da ayrı olarak maddi tazminat isteyebilir (TMK 174 I), kişilik haklarına saldırı söz konusu ise ayrıca manevi tazminat talebinde bulunabilir (TMK 174 II).

Yine bu çerçevede “*Yoksulluk nafakası*” başlıklı TMK 175 I uyarınca “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.*” Ancak, tazminat taleplerinden farklı olarak karşı tarafın yani nafaka yükümlüsünün kusurlu olması gerekmez (TMK 175 II). Kanunun süresiz olarak yoksulluk nafakası talep edilebilmesine olanak tanıdığına çokça tartışılan bir konu olması hasebiyle ayrıca dikkat çekmek gerekir.

Çalışmada, İsviçre hukukunda öngörülen evlilik sonrası nafaka düzenlemesi, mehaz hukuk olması ve mukayese imkanı tanınması açısından ilk önce ve de düzenlemedeki bütünlüğü yakalamak amacıyla ayrı bir başlık altında genel hatlarıyla ele alınmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında boşanma ve evlilik sonrası nafaka bakımından kusurun rolü her iki sistemi mukayeseli biçimde yansıtabilme açısından ve önemine binaen yine ayrı bir başlık altında incelemeye değer bulunmuştur. Çalışmanın odak noktasında yer alan yönleriyle Türk hukukunda yoksulluk nafakası düzenlemesi yine toplu bir bakış açısı sağlayabilmek için ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bu başlık altında nafaka şartlarından yoksulluk şartı ve terim sorunu, yoksulluk nafakasının hukuki niteliği ve son olarak çokça tartışılan güncel bir konu olarak süresiz nafaka sorunu üzerinde durulmuştur. Sonuç kısmı ile çalışma tamamlanmıştır.

I. İsviçre Hukukunda Evlilik Sonrası Nafaka Düzenlemesi

İsviçre Hukukunda evlilik sonrası nafaka hakkı, eşlerin kendi geçimlerini sağlaması temel düşüncesine dayanmaktadır. Ancak uygun düzeyde yaşlılık sigortası (Altersvorsorge) hesaba katılsa bile düzgün şekilde geçinmesi kendisinden beklenemeyecek bir eşin bulunması halinde geçim katkısından söz edilebilmektedir¹. Kanuni ifadeyle, uygun düzeyde yaşlılık sigortası hesaba katılsa da düzgün şekilde geçimini (Unterhalt/nafaka) sağlaması kendisinden beklenemeyecek eşe, diğer eşin uygun bir katkıda bulunması gerekir (Art. 125 Abs. 1 ZGB).

Söz konusu katkının yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa hangi miktar ve

1 Urs Gloor, Annette Spycher, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB)*, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014, Art. 125 ZGB N 1.

süre için yapılacağı kararı verilirken özellikle hangi faktörlerin dikkate alınması gerektiği aynı maddenin ikinci fıkrasında sekiz bent halinde sayılmıştır (Art. 125 Abs. 2 ZGB). Buna göre, evli iken görev dağılımı (Ziff. 1); evli kalınan süre (Ziff. 2); evli iken hayat standardı (Ziff. 3); eşlerin yaşı ve sağlığı (Ziff. 4); eşlerin geliri ve malvarlığı (Ziff. 5); eşlerin çocuklara bakma yükümlülüğünün kapsam ve süresi (Ziff. 6); eşlerin mesleki eğitimi ve kariyer beklentisi ve çalışma hayatına yeniden uyum sürecinin muhtemel maliyeti (Ziff. 7); çıkış ödeneklerinin (emeklilik sigortasındaki birikimlerin) (boşanma üzerine) muhtemel paylaşım sonuçları da dahil olmak üzere² federal yaşlılık sigortaları ile dul ve yetim sigortalarından, mesleki sigortalardan veya başkaca özel ya da resmi sigortalardan (özetle İsviçre’de üç sütun halinde öngörülen emeklilik sigorta sisteminden) elde edilmesi beklenen aylıklar vesair beklentiler (Ziff. 8) özellikle dikkate alınması gereken kriterlerdir (örnek kabildinden sayım).

Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında (Art. 125 Abs. 2 ZGB), açıkça hakkaniyete aykırılık durumunda istisnai olarak söz konusu katkının reddedilebileceği veya indirilebileceği hükme bağlanmış, özellikle nafakaya hak kazanacak kişinin, ailenin geçimi için katkı yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal etmiş olması (Ziff. 1); kasten muhtaç hale düşmüş olması (Ziff. 2); nafaka yükümlüsünün diğer eşin şahsına ya da yakınlarına karşı ağır suç işlemiş olması (Ziff. 3) hallerinde hakkaniyete aykırılık durumunun gerçekleşmiş sayılacağı yine aynı fıkra üç bent halinde sayılmıştır.

Böylece, esas itibarıyla Federal Mahkemenin önceki nafaka hukukuna dair uygulamasından doğan münferit kriterler maddenin ikinci fıkrasında kanun hükmü haline getirilirken, birinci fıkrada hakime geniş bir takdir alanı bırakan genel bir düzenlemeye gidilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise istisnaen hangi şartlar altında nafaka talebinin reddedilebileceği ya da azaltılabileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık maddede evlilik sonrası nafakanın nasıl hesaplanacağına dair bir metoda yer verilmemiştir. Bu durum İsviçre doktrininde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira birçok boşanma olayında uyumsuzlukların azaltılması ve hukuki belirsizliklerin giderilmesi ancak somut ve açık düzenlemeler sayesinde mümkün olabilmektedir³.

Esasında İsviçre hukukunda her evlilik, evlilik sonrası katkı yükümlülüğü

2 İsviçre hukukunda mesleki emeklilik sigortası birikimlerinin ve emeklilik maaşının boşanan eşler arasında paylaşılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Salih Polater, “İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaşılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2, s. 456-468. Ayrıca bkz. Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 135-138.

3 Gloor, Spycher, Art. 125 ZGB N 2.

doğurmamaktadır. Ancak evlilik ilişkisi kader birliğine dönüşmüş ise böyle bir yükümlülük söz konusu olmaktadır⁴. Çoğu halde, boşanma sonrası eşlerin ekonomik açıdan kişisel olarak sorumlu olmaları anlamını taşıyan “*clean break ilkesi*”⁵ geçerli olmaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, yeni boşanma hukukuna göre verdiği ilk kararında (BGE 127 III 136) “*clean break ilkesi*”ne vurgu yapmış, sonraki kararlarında da bu ilkedен türeyen “*kendi kendini geçindirme ilkesi*”ne (“*Grundsatz der Eigenversorgung*”) ağırlık vermeye başlamıştır⁶. Federal Mahkeme kararlarında birçok kez vurgulandığı üzere, doğrudan ilgili kanun maddesinden (Art. 125 Abs. 1 ZGB) türeyen “*kendi kendini geçindirme ilkesi*”, evlilik sonrası dayanışma ilkesinden önce gelmektedir⁷. Bu durumun yansımaları olarak, İsviçre’de yapılan hukuk araştırmalarında, davaların kayda değer çoğunluğunda nafaka anlaşması yapılmadığı ya da mahkemelerce nafakaya hükmedilmediği görülmektedir⁸.

II. Türk-İsviçre Hukukunda Boşanma ve Evlilik Sonrası Nafaka Taleplerinde Kusurun Rolü

Hukukumuzda boşanma sebeplerini (TMK 161-166) mutlak – nisbi (takdiri), özel – genel şeklinde tasnif etmenin yanısıra kusura dayanan - dayanmayan şeklinde ikili ayrımla ele almak mümkündür⁹. 1998 yılında mülga Türk Kanunu Medenisinde yapılan ve halen mevcudiyetini muhafaza eden anlaşmaya dayalı boşanma ve fili ayrılık nedeniyle boşanma sebepleri bir kenara bırakılacak olursa hukukumuzda boşanma sistemi 1926 tarihinden beri mevcut yapısını korumakta, esas itibarıyla kusur prensibine¹⁰ ve özel boşanma sebeplerine

4 Ingeborg Schwenzer, Andrea Büchler, in Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *Familienrechts-Kommentar Scheidung*, 2 Bde., 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 6.

5 “*Clean break ilkesi*” hakkında açıklamalar için bkz. Gediz Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *MÜHF – HAD*, 2013/1, s. 364-368.

6 Schwenzer, Büchler, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 6 (statt Vieler BGE 141 III 465, 468 f. = FamPra.ch 2016, 280 283).

7 Schwenzer, Büchler, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 7 (statt Vieler BGE 141 III 465, 468 f. = FamPra.ch 2016, 280 283).

8 Schwenzer, Büchler, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 14.

9 Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 13. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018, n. 562.

10 Bu arada TMK 166 I-II uyarınca daha yararlı olan tarafın boşanma davası açabilmesi mümkün olmakla birlikte uygulamada karşı tarafın az da olsa kusurunun bulunması aranmaktadır. Bkz. YHGK, 4.7.2018, E. 2017/1939, K. 2018/1296: “*Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmem gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı bek-*

dayanmaktadır. Bu durumun bir uzantısı olarak, yoksulluk nafakası isteyen tarafın karşı taraftan daha fazla kusurlu olmaması gerekmektedir (TMK 175). Öyle ki boşanma sürecinde ve sonrasında eşler birbirini takip etmekte ve karşı tarafın kusurunu aramaktadır. Boşanmış eşler arasındaki ihtilaf ve irtibat sürüp gitmektedir.

Oysaki mehz İsviçre Hukukunda 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren 1998 tarihli değişiklikler ile boşanmada kusur prensibinden vazgeçilmiş, anlaşmalı boşanma veya ayrı yaşama prensibine (evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması karinesine) dayanan boşanma sistemine geçilmiştir¹¹. Buradan hareketle doktrinde, esasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesine dayanmakta olan ve bir kısmı kusur prensibine dayanan özel boşanma sebeplerinin kanundan kaldırılması, daha doğrusu kusur prensibine dayanan boşanma sisteminden bütünüyle vazgeçilmesi, bunun yerine anlaşmalı boşanma veya ayrı yaşama dayalı bir boşanma sisteminin ihdas edilmesi önerilmektedir¹². Pek tabi kusur esasının kaldırıldığı böyle bir sistemde maddi tazminat¹³ ve manevi

lenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da madem ki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa, bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılmasa niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararı kalmadığı anlaşılmalıdır.(TMK.md.166/2)” [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

11 Konu hakkında bkz. Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *MHB*, 2015/1, s. 30-39.

12 Oktay Özdemir, s. 35-37.

13 YHGK, 24.10.2007, E. 2007/2-787, K. 2007/766: “...Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi, genel tazminat esaslarından ayrılmış ve kendisine özgü kural getirmiştir. Haksız fiil tazminatının temel unsuru olan ‘gerçek zararın belirlenmesi’ koşulu, Aile Hukukunda, Borçlar Hukukundaki düzenlemeden farklıdır. Eşler arasındaki ilişkinin özelliği itibarıyla burada gerçek zararını tam olarak belirlemek zordur. Bu özelliği nedeniyle bir yasa, menfaati zedelenene, uygun bir tazminat vereceğini açıklamıştır. Hakim, tazminat miktarını takdir ederken, kusurun ağırlığını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, evlenme şanslarını, ortalama yaşam sürelerini, yaşam seviyelerini ve geçim koşullarını göz önünde tutarak, makul ve herkeşçe kabul edilebilir bir miktar belirleyecektir. ... Mevcut menfaatin belirlenmesinde ölçü, genel olarak evlilik birliğinin, eşlere sağladığı yararlarıdır. Beklenen menfaatlere de, evliliğin devamı halinde eşlerden birinin diğerine gelecekte sağlaması muhtemel olan çıkarlarıdır. ...maddi tazminat talebi için kadın ve erkek yönünden bir ayırım yapılmamıştır. Olayda, koca; kendi kusuruyla yol açmadığı boşanma yüzünden, evlilik düzeni bozulmuş, en azından evin bakımı, temizliği gibi kadının ev işlerine emeğiyle sağladığı katkıdan yoksun kalmıştır. Koca, bozulan bu düzenini ileride yeniden kurmak ve elde etmek için maddi külfet yapmak zorunda kalacaktır. Çalışmayan ve hiç bir geliri olmayan kadının edinilmiş mallarda katkı payı isteyebileceğini kabul eden Türk Medeni Kanunu sisteminde, maddi tazminat ile sorumlu tutulamayacağını önceden kabul etmek imkansızdır. Kadının, ev kadını olması ve evlilik birliği içinde gelirinin bulunmaması, tazminat sorumluluğunun esasıyla ilgili de-

tazminat¹⁴ talepleri boşanmaya bağlı bir sonuç olmaktan çıkmakta¹⁵, borçlar hukukunun tazminata ilişkin genel hükümlerine tabi olmaktadır.

İsviçre hukukunda 1.1.2000 tarihli evlilik sonrası nafakaya dair revizyonun karakteristik özelliklerinden biri, boşanma sebeplerinde gidilen değişikliğe benzer şekilde, evlilik sonrası nafaka bakımından kusur prensibinden esaslı şekilde vazgeçilmiş olmasıdır¹⁶.

Muhtemel bir değişiklikte İsviçre hukukunda öngörüldüğü üzere boşanan eşlerin “*kendi geçimlerini sağlayabilmesi ilkesi*”ne “*evlilik sonrası dayanışma ilkesi*”nden önceleyerek yer verilmesi, bu çerçevede evlilik sonrası nafakaya hükmedilip edilmeyeceği, hükmedilecekse hangi süre ve miktar için hükmedileceği belirlenirken dikkate alınacak kriterler açıkça Türk hukuku bakımından da kanuni düzenlemede yerini almalıdır.

Yukarıda yer verildiği üzere İsviçre hukukunda hakkaniyetin gerektirdiği istisnai hallerde nafaka talebinin reddedilebileceği ya da azaltılabileceği açıkça hükme bağlanmış, üç bent halinde de hakkaniyete aykırı durumlar örneklenmiştir. Hukukumuz açısından bu gibi durumlar nafaka alacaklısının diğer eşten daha fazla kusurlu olmaması ve hatta boşanmadan başka nedenlerle yoksulluğa düşme (TMK 175 I “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla...*”), hakkaniyet gereği iradın azaltılması (ya da tamamen kaldırılması¹⁷) (TMK 176 IV) kanuni esasları çerçevesinde

ğil, tazminatın kapsamını belirlemekle ve infaz ile ilgilidir. Bu bakımdan, maddi tazminatın koşulları oluşmuştur.” [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

14 YHGK, 13.4.2011, E. 2010/2-751, K. 2011/96: “...davalının yabancı uyruklu bir kadın adına kayıtlı telefon ile yaptığı yoğun telefon görüşmeleri ve ...tanıklarının beyanları uyarınca davalının yabancı uyruklu kadın ile evlilik dışı ilişkisi bulunduğu, bu durumun 4721 sayılı Kanunun 185. maddesinde düzenlemesini bulan sadakat yükümüne aykırı davranış teşkil ettiği, bu nedenle davalı kocanın boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu, ... boşanma sonucu diğerinin maddi desteğini yitirecek olan davacı kadın yararına maddi tazminata hükmedilmesi ve ayrıca davalının ağır kusur teşkil eden sadakatsizliğinin davacı kadının kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi nedeniyle kişilik hakları saldırıya uğrayan ve eşit kusurlu olmayan kadın lehine manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği açıktır.” [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

15 Oktay Özdemir, s. 41.

16 Schwenzer, Büchler, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 5.

17 AYM, 25.6.2009, E. 2005/56, K. 2009/94: “...itiraza konu olan 176. maddenin dördüncü fıkrasında yoksulluk nafakasının kaldırılmasından açıkça bahsedilmemektedir. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesinde kanunun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre, hâkim önündeki sorunu yasa hükmünün sözüyle yani yazılı biçimiyle tam olarak çözemiyorsa, bu takdirde yasanın özüne yani o hükmün konuluş amacına bakarak karar verecektir. Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi, hâkime önündeki sorunu adil bir şekilde çözmek için çok önemli bir hareket serbestliği tanımaktadır. ... Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması, diğer bir ifadeyle

değerlendirilebilecek niteliktedir. Nitekim bir kararında Yargıtay, yargılama sırasında işinden ayrılan eşin, kendi iradesi ile yoksulluk durumuna düşmesi nedeniyle, nafaka talebinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸. Kusur esasından vazgeçildiği muhtemel bir boşanma ve nafaka sisteminde de nafaka yükümlüsünün kasten yoksulluğa düşmesi, diğer eşe ya da yakınlarına karşı ağır suç işlemesi gibi hallerde nafaka alacaklısının talebine olumsuz yanıt verilmesini ya da nafaka miktarında indirimle gidilmesini öngören bir düzenleme hukukumuz açısından da kaçınılmaz olacaktır.

III. Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakası Düzenlemesi

A. Genel Olarak

Hukukumuzda yoksulluk nafakası elde edilebilmesi için evliliğin boşanma (veya iptal) nedeniyle sona ermesi, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşülecek olması, geçim için nafaka talebinde bulunulması ve nafaka talep edenin karşı taraftan daha fazla kusurlu olmaması gerekir. Bu şartlar gerçekleştiğinde, kusurlu olması gerekmeyen karşı taraf mali gücü oranında¹⁹ süresiz olarak nafaka yükümlüsü kılınabilir (TMK 175).

Yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine²⁰ karar verilebileceği gibi daha

kendi kusurundan kaynaklanmamak koşuluyla yoksul olmaması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, yoksulluk nafakasının sosyal ve ahlâki düşüncelere dayanması özelliği, sadece nafaka talep eden tarafa nafaka verilmesinde değil, aynı zamanda nafaka talep edilen tarafın nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması koşulunda da kendisini göstermektedir. Bu nedenle, nafaka borçlusunun kendi kusuru bulunmaksızın yoksulluğa düşmesi halinde, hâkim Yasa metninde açıkça belirtilmese dahi Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesine göre yoksulluk nafakasının koşulları ve kabul ediliş amacını göz önünde bulundurarak, nafakanın 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 176. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince tamamen kaldırılmasına da karar verebilecektir." (RG 26.11.2009, Mükerrer Sayı: 27418). Aynı yönde, bkz. Abdulkerim Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, 2016/157, s. 74, Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018, s. 204-205. Karş. Zekeriya Kurşat, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 21 Mayıs 2012, Onikilevha, İstanbul, 2013, s. 223-226.

18 Yargıtay 2. HD, 16.6.2003, E. 2003/7790, K. 2003/8775 (Yayımlanmamış) (Madde metni için bkz. Gonca Gülfem Bozdağ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin, Ankara, 2015, s. 76, dn. 222).

19 YHGK, 10.11.2010, E. 2010, 2-614, K. 2010/597: "... davalı kocanın ekonomik durumunun zayıf olması nafaka miktarının değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir olgudur. Kaldı ki, davalı kocanın gelecekte ekonomik durumunda iyileşme olması halinde eldeki davada, davacı kadın yararına az bir miktar da olsa nafakaya hükmedilmediği takdirde, ileride yeniden nafaka davası açması hukuken mümkün olmayacaktır. Bu durumun davacı kadının mağduriyetine yol açacağı çok açıktır. ..." [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

20 YHGK, 29.3.2006, E. 2006/2-69, K. 2006/117: "...yoksulluk nafakasının toptan ya da irat biçimine ödenmesine karar verilebilmesi için, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile, ödeme gücü ve isteklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Dava dilekçesinde ve aşamalarda davacı kadın, boşanma sonucunda yoksulluğa düşeceği konusunda beyanda

çok uygulama alanı bulan şekliyle irat biçiminde ödenmesine de karar verilebilir (TMK 176 I). İrat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakası (veya maddi tazminat), kendiliğinden veya mahkeme kararıyla sona erebilir. Buna göre, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi veya taraflardan birinin ölmesi halleri kendiliğinden sona erme sebebi iken, alacaklı tarafın fiilen evliymiş gibi yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi veya yoksulluğunun ortadan kalkması halleri mahkeme kararıyla sona erme sebebidir (TMK 176 III). Ayrıca, tarafların ekonomik durumlarında meydana gelen değişikliklere veya hakkaniyete bağlı olarak irat miktarının artırılması veya azaltılması talep edilebilir (TMK 176 IV). Bunun dışında tarafların sosyo-ekonomik durumlarına göre gelecek yıllarda iradın ne miktarda ödeneceği talep halinde mahkemece kararlaştırılabilir (TMK 176 V).

Yoksulluk nafakası (ve tazminat talebi) boşanma davasıyla birlikte ya da ayrı olarak ileri sürülebilir. Bu talepler, boşanma kararının kesinleşmesini takiben işleyen bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TMK 178).

Aşağıda sırasıyla yoksulluk nafakasının hukuki niteliği, yoksulluk şartı ve yoksulluk nafakası terimi, son olarak da süresiz nafaka meselesi ele alınmıştır.

B. Hukuki Nitelik

Yoksulluk nafakası, tazminat veya ceza niteliğinde değildir²¹; bilakis evlilik birliğinin geçerli olduğu dönemde eşler arasında geçerli bulunan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün (TMK 185-186) evlilik birliğinin geçerli olmadığı dönemde de kısmen varlığını sürdürmesi niteliğindedir ("*evlilik sonrası dayanışma ilkesi*")²². Bu bakımdan yoksulluk nafakası, ahlaki ve sosyal düşüncelerle öngörülmüş bir kurumdur²³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu hususu şu cümleler ile ifade etmektedir: "*Yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan tarafı koruma amacına yönelik olduğu içindir ki, boşanmış olan yoksul tarafa verilecek olan yoksulluk nafakası, hiçbir*

bulunmuş; davacı vekili, yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının gelir durumu, yaşı, bedeni ve fikri kabiliyeti ile evlenme ihtimalinin az olması, öte yandan davalı kocanın ödeme gücü değerlendirildiğinde, somut olayın özelliği itibarıyla boşanan eşler arasında mali ilişkinin uzamasının sakıncalı olduğu sonucuna varılmıştır. Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece yoksulluk nafakasının toptan ödenmesine karar verilmesi usul ve yasaya uygundur." [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

21 Yıldırım, s. 62; Ceylan, s. 104; Bozdağ, s. 73.

22 Aydın Zevkililer, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2000, s. 938; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II*, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 302; Ceylan, s. 105; Yıldırım, s. 62, 68; Bozdağ, s. 73.

23 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, 3. Bası, Filiz, İstanbul, 1986, s. 397; Akıntürk, Ateş, s. 302; Ömer Arbek, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *AÜHFHD*, 2005/1, s. 139-140; Ceylan, s. 104; Bozdağ, s. 73.

surette diğer tarafa yükletilen bir ceza veya tazminat niteliğinde değildir. Şayet böyle olsaydı, sadece boşanmada kusuru olan eşten istenebilmesi gerekirdi. Oysa ki, ... kusursuz eş dahi yoksulluk nafakası ödemekle yükümlüdür. Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği sürece söz konusu olan karşılıklı bakım ve geçindirme ödevinin devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır.”²⁴.

Esasen yoksulluk nafakası kurumuyla evlilik sonrasında eşlerin kısmen birbirine mali olarak destek olması amaçlanmakta iken mevcut sistemde bunun ötesine geçilerek eşlerin birbirinin geçimini sağlar hale gelmiş olması haklı olarak eleştiri konusu olmaktadır²⁵. Şöyle ki, ahlaki ve sosyal düşüncelere dayanan evlilik sonrası dayanışma ilkesinin tek başına uygulama alanı bulması, bir taraftan nafaka alacaklısını boşandığı eşe bağlı kılmaya ve irtibat halinde olmaya devam ettirmekte, diğer taraftan nafaka borçlusu eski eşin omuzlarına süresiz nafaka sistemiyle birlikte ağır bir yük de yüklemektedir. Hal böyle olunca sistemin suiistimaline ve toplumsal huzursuzluğa kaynak olan bir nafaka sistemiyle karşı karşıya kalınmaktadır. İsviçre hukukunda olduğu üzere, evlilik sonrası dayanışma ilkesinden ziyade eşlerin kendi geçimlerini sağlaması ilkesine daha fazla ağırlık verilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen ilkenin hayata geçirilmesine yönelik olarak gerekli alt yapının oluşturulması için sosyal devlet anlayışına uygun adımların atılması gerekmektedir.

C. Yoksulluk Şartı ve Terim Sorunu

TMK 175 I uyarınca “geçimi için diğer taraftan” yoksulluk nafakası talep edecek tarafın “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek” olması gerekir. Yoksulluk kavramı kanunda tanımlanmış değildir. Yargıtay uygulamasında, “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim” gibi kişinin maddi varlığını geliştirmesi bakımından zorunlu ve gerekli görülen harcamalar karşısında bu düzeyde gelire sahip olmayanlar “yoksul” olarak kabul edilmekte; yoksulluk durumunun tespitinde günün ekonomik şartları, tarafların sosyal ve ekonomik koşulları ile hayat tarzları dikkate alınmakta, yine bu bağlamda asgari ücretle çalışıyor olmak nafaka talep edilmesine engel olarak görülmemekte ancak nafaka miktarının tespitinde dikkate alınmaktadır²⁶. Dolayısıyla

24 YHGK, 10.11.2010, E. 2010, 2-614, K. 2010/597 [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

25 Mustafa Şahin, “Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/3, s. 77; Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “süresizlik” Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018/1, s. 334-335.

26 YHGK, 4.4.2018, E. 2017/1579, K. 2018/673: “Maddede geçen “yoksulluğa düşecek” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yasal bir tanımlama olmaması karşısında bu husus yargısal uygulamada kurallara bağlanmıştır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 gün ve 1998/2-656 E., 688 K.; 16.05.2007 gün ve 2007/2-275 E., 275

yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için evliliğin boşanma ya da iptal kararı ile sona ermiş olması yeterli olmamakta, bu yüzden “yoksulluğa düşecek” olma şartının da diğer şartlarla birlikte yerine gelmiş olması gerekmektedir.

Öğretide şu durumdakilerin yoksulluğa düşecek oldukları kabul edilmektedir: Çalışma gücünden yoksun olmanın yanı sıra gelir ve servete sahip olmamak²⁷; hiç geliri olmamak ve çalışamayacak durumda olmak nedeniyle kendi geçimini sağlayamayacak durumda olmak, diğer deyişle kendi mali imkanları ve çalışması ile geçimini sağlama olanağı bulunmamak ya da bu duruma düşme tehlikesiyle karşı karşıya olmak²⁸; çalışma imkanından yoksun olmak ve halihazırdaki malvarlığı ile geçimini sağlayamamak ya da kısa süre içinde bu duruma düşecek olmak²⁹; geçimini sağlama yeteneğine sahip olmamak³⁰. Burada kimi ifadeler de yansıdığı üzere, Kanunda geçen “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek” ifadesinden hareketle sadece yoksulluğa düşmüş olanların değil, yoksulluğa düşmesi muhtemel olanların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Her düzeydeki yoksulluk madde kapsamındadır³¹. Diğer deyişle, normal ve vasat düzeyde yoksul olmak talepte bulunmak için yeterlidir³². Buna karşılık nafaka yükümlüsü mali açıdan güçlü olsa da nafaka alacaklısının geçimi için gerekli olan miktardan daha fazlası ile yükümlü kılınmaz³³.

Ne var ki Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamasına göre boşanma kararının kesinleşmesi, boşanan eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi bakı-

K.; 11.03.2009 gün ve 2009/2-73-118 sayılı kararlarında; “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim” gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların “yoksul” kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir. ... Yargıtay’ın yerleşik kararlarında “asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması” yoksulluk nafakasının bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 gün ve 1998/2-656 E., 688 K.; 26.12.2001 gün ve 2001/2-1158 E., 1185 K.; 01.08.2002 gün ve 2002/2-397 E., 339 K.; 28.02.2007 gün ve 2007/3-84 E., 95 K.; 16.05.2007 gün ve 2007/2-275E., 275 K.; 11.03.2009 gün ve 2009/2-73 E, 118 K.; 13.05.2009 gün ve 2009/3-165 E., 186 K.; 04.05.2011 gün ve 2011/2-155 E., 2011/278 K. sayılı kararları). Ne var ki, asgari ücret seviyesinde gelir elde edilmesi yoksulluk nafakası bağlanmasına engel değilse de bu durumun nafaka miktarının tespitinde esas alınacağı da unutulmamalıdır. Yoksulluk durumu günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmelidir.” [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

27 Dural, Ögüz, Gümüş, *Cilt III*, n. 801.

28 Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 938; Akıntürk, Ateş, s. 303; Ceylan, s. 108; Yıldırım, s. 68; Şahin, s. 81.

29 Kocabaş, s. 369-370.

30 Kocabaş, s. 369-370.

31 Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 938.

32 Akıntürk, Ateş, s. 304; Dural, Ögüz, Gümüş, *Cilt III*, n. 802; Arbek, s. 142.

33 Arkan Serim, s. 293.

mından bekletici mesele yapılmaktadır. Oysaki İsviçre hukukunda boşanma yargılamasında kural olarak mal rejiminin tasfiyesi de yapılmaktadır. Böylece boşanmanın tüm sonuçları bakımından yeknesak bir karar ortaya çıkmakta, yersiz yere ya da fazladan nafaka elde edilmesinin önüne geçilmektedir. İsviçre hukukunda uygulama alanı bulan “boşanmada birlik ilkesi” iştirak nafakası dışında hukukumuzda yer bulamamıştır³⁴. Bu ilkenin uygulanmaması hukukumuz açısından bir eksiklik taşımaktadır. Nitekim doktrinde de bu hususa dikkat çekilmekte, mal rejiminin tasfiyesi dolayısıyla elde edilenler neticesinde bazı hallerde yoksulluk şartının gerçekleşmeyebileceğine haklı olarak işaret edilmektedir³⁵.

Aynı zamanda madde başlığı olan “yoksulluk nafakası” ifadesi, doktrin ve yargı kararlarında oturmuş bir terim olmakla birlikte karşı tarafı rencide edebilecek olması nedeniyle eleştirilmekte, İsviçre Medeni Kanun’unda “katkı” ifadesine yer verildiğinden bahisle bu ifade yerine “evlilik sonrası katkı” ifadesinin kullanılması önerilmektedir³⁶. İfade edilen neden, “katkı” ifadesinin kullanılması fikrine yerindelik sağlasa da gerek hukuk çevrelerinde gerek halk arasında kavramsal açıdan da oturmuş olan “nafaka”³⁷ teriminden vazgeçmeyi gerektirmemektedir. Kaldı ki İsviçre Medeni Kanunu’nda söz konusu madde metninde (Art. 125 Abs. 1 ZGB) “uygun bir katkı” (“...einen angemessenen Beitrag...”) ifadesi kullanılmış olmakla birlikte aynı maddenin başlığında “nafaka” (“Unterhalt”) ifadesine (“Nachehelicher Unterhalt” / *Evlilik Sonrası Nafaka*) açıkça yer verilmiştir. Dolayısıyla, “evlilik sonrası nafaka” ya da “evlilik sonrası nafaka katkısı” ifadelerini yeğlemek daha yerinde olacaktır.

D. Süresiz Nafaka

Yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilebilir (TMK 175 I: “...süresiz olarak nafaka isteyebilir.”). 1988 tarihli değişiklik³⁸ ile mülga Medeni Kanun’da

34 Boşanmada birlik ilkesi hakkında bkz. Mustafa Alper Gümüş, “Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; Maddi Tazminat ve/veya Yoksulluk Nafakası” ve/veya Manevi Tazminat Talepleri ile Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki”, *AÜEHFD*, 2005/3-4, s. 388-389; Dural, Öğüz, Gümüş, Cilt III, n. 1123.

35 Arkan Serim, s. 290; Yalçın Tosun, “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/129-130, s. 65-66; Erdem, s. 200.

36 Şahin, s. 78. Karş. Yağcı, s. 324, dn. 1.

37 Arapça kökenli “nafaka” kelimesi sözlük anlamı itibarıyla “geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü”nü ifade etmektedir (www.tdk.gov.tr) (23.10.2018).

38 Bkz. 4.5.1998 tarih ve 3444 sayılı Kanun 6 (RG 12.5.1988, Sayı: 19812) ile değişik 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi (eMK) 144 I (RG 4.4.1926, Sayı: 339): “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından

yer alan süresiz olma unsuru yürürlükteki Kanunda da muhafaza edilmiştir. Esasen söz konusu değişiklik öncesinde yoksulluk nafakası talebi Kanunda bir yıllık süre ile kısıtlı olarak öngörülmüştü. Ne var ki bir yıllık süre kısıtlaması maksada (sosyal ve ahlaki düşüncelere) uygun pratik sonuçlar vermemesi nedeniyle doktrinde eleştirilmekte, süre kısıtlaması içermeyen (daimi olarak da nafakaya hükmetme imkanı tanıyan) mehaz İsviçre Medeni Kanununa dikkat çekilmekteydi³⁹.

Uygulamadaki ağırlığıyla irat biçimde süresiz nafaka öngören mevcut nafaka sistemimiz, nafaka alacaklısını çalışmamaya ya da sigortasız çalışmaya ittiği gibi nafaka alacağından mahrum kalmak istemeyen kimi boşanmış eşlerin yeni bir evlilik yapmaktan kaçınmalarına⁴⁰ (TMK 176 III: “...nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ... hâlinde kendiliğinden kalkar...”⁴¹) ve bu yüzden ilişkilerini evlilik ilişkisi dışında ve gizli tutmalarına neden olabilmektedir (TMK 176 III: “İrat biçiminde ödenmesine karar verilen ... nafaka, ... alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır.”).

Nitekim TMK 175 I hükmünde geçen “...süresiz olarak...” ibaresi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş, ancak Mahkeme, söz konusu ibare ile boşanma nedeniyle yoksulluğa düşen eşe şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden destek sağlanmasının ve asgari yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasının amaçlandığı yoksa her zaman ölüncüye dek yoksulluk nafakası alınacağı anlamının kastedilmediği gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir⁴¹.

yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.”. Ayrıca bkz. TMK 175 madde gerekçesi: “Yürürlükteki maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hâli refahta bulunması gerekir.” hükmü kadın - erkek eşitliği ilkesine ters düştüğü için çıkarılmıştır.”.

39 Feyzioğlu, s. 397; Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 1998, s. 147; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, Filiz, İstanbul, 1990, s. 264.

40 Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Oğuzman, Dural, s. 148; İzzet Doğan, “Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *MHB*, 2015/1, s. 83.

41 AYM, 17.5.2012, E. 2011/136, K. 2012/72: “İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğününün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlaki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içinde düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, na-

Esasında Anayasa Mahkemesi önemli bir noktaya işaret etmektedir. O da yoksulluk nafakasının Kanunda “süresiz” olarak öngörülmesi ile her halde değil, şartların mevcudiyeti ve davamı süresince yoksulluk nafakası elde edilebileceğidir. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin kararına katılmamak mümkün değildir. Ne var ki, Meclis Araştırması Komisyonu Raporuna da yansıdığı üzere, süresiz nafaka nedeniyle uygulamada nafaka yükümlüleri mağduriyet yaşayabilmektedir⁴². Öyle ki Yargıtay, TMK 175 I hükmünde geçen “...süresiz olarak...” ibaresi nedeniyle yoksulluk nafakasını belirli bir süre ile sınırlama hususunda mahkemelere takdir hakkı tanınmadığı görüşünden hareketle, süreli olarak irat biçimde yoksulluk nafakasına hükmeden yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır: “...Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hakime herhangi bir takdir hakkı tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri gözönünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın “süresiz” olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur. Öyleyse, aylık irat şeklinde takdir edilen yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁴³.

Buna karşılık doktrinde, hükmün lafzi yorumuyla yetinilmemesi gerektiği, amaca göre yorum yapılarak nafaka alacaklısının, ancak ekonomik açıdan özgülüğe kavuşabileceği süre ile sınırlı olarak yoksulluk nafakası elde edebileceği şeklinde hükmün yorumlanması gerektiği⁴⁴, hatta Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁵.

Doktrinde bu soruna bir çözüm olarak nafakanın süresi bakımından bir üst sınır öngörülmesi, hakimin bu üst süre tahdidıyla nafakayı takdir etmesi önerilmektedir⁴⁶. Bu yönde ilgili bakanlıkların Kanunda değişiklik üzerinde çalıştığı da bilinmektedir.

faka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir.” (RG 26.6.2012, Sayı: 28335).

42 Bkz. “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu” (kısaca, “Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”), Sıra Sayısı: 399, 14.5.2016, s. 83.

43 Yargıtay 2. HD, 12.12.2017, E. 2016/8859, K. 2017/14407 [lexpera.com.tr (3.9.2018)].

44 Kocabaş, s. 367. Benzer yaklaşım için, bkz. Yağcı, s. 334-335, 340-341. Karş. Macit Demir, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin, Ankara, 2018, s. 66-67.

45 Kocabaş, s. 367.

46 Yıldırım, s. 83, 85; Tosun, s. 68 (yazar, kısa sürmüş evlilikler bakımından zaman sınırı getirilmesi taraftarıdır); Demir, s. 66. Karş. Yağcı, s. 334-335; Erdem, s. 204; Mine Uzun, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Vedat, İstanbul, 2013, s. 100.

Süresiz nafaka yerine üst süre tahdidi ile hakime takdir yetkisi tanınması soruna nafaka borçlusu açısından bir nebze çözüm getirirse de her iki taraf açısından sorun tamamıyla çözüme kavuşturulmuş olmayacaktır. Bu bağlamda, sosyal devlet ilkesine uygun olarak devlet, gerekli yardım ve katkıyı sağlamalıdır. Söz gelişi bir fon oluşturulabilir ve nafaka alacağını tahsil edemeyen boşanmış eşe bu fondan ödeme yapılabilir. Devlet de ilgili kişiye rücu eder. Nitekim İsviçre Hukukunda bu yönde kanuni düzenleme bulunmaktadır (Art. 131 ZGB). Bundan başka, çalışmayan ya da yarı zamanlı olarak çalışan ve çocuk sahibi olan eşlerin çalışma hayatına kazandırılması, mesleki kariyer gelişimi sair konularda destek sağlanabilir. Böylece evlilik sonrası dayanışma ilkesine istinaden öngörülen diğer eşin katkısı mümkün olduğunca ikinci planda kalır. Sosyal desteklerle birlikte ekonomik açıdan kendi ayakları üzerinde durması sağlanan boşanmış eşler arasındaki ilişki de bir an önce sona ermiş olur.

Nitekim Meclis Araştırması Komisyonu Raporunda da benzer bir yaklaşım gösterilmiştir. Rapora göre, nafaka yükümlüsü eşin sorumluluğu süreli olmalı; bu süre zarfında nafaka alacaklısının meslek edinme ve istihdam imkanlarından faydalanması sağlanmalı; buna rağmen nafaka alacaklısının mağduriyeti devam etmekte ise yoksulluk nafakası oluşturulacak fondan ödenmelidir⁴⁷.

İrat biçiminde ödenecek nafaka bakımından üst süre sınırlaması getirilecek olması halinde dikkatli olunmalı, istisna öngörmeyen bir kesin süre tahdidinden kaçınılmalıdır. Aksi halde kimi nafaka alacaklıları bakımından mağduriyet yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Özellikle uzun süre evli kalmış müşterek çocuklu ve çalışmayan eşler ile yaşlı ve hasta eşlerin durumu önem taşımaktadır. Nasıl ki 1988 tarihli değişiklik öncesinde bir yıllık süre tahdidi maksada uygun olmayan sonuçlar doğurmuş ve kaldırılmak zorunda kalmış ise, daha uzun süreli olsa da istisna öngörmeyen kesin süreli tahditler kimi hallerde benzer sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla Kanunda süre tahdidine yer verilecek ise hakkaniyetin gerektirdiği durumlar bakımından istisnai bir düzenlemeye de yer verilmelidir. Aksi halde mevcut durumda yaşandığı üzere uygulamada hükmün lafzına bağlı kalınarak her halde Kanunda öngörülecek üst süre ile sınırlı olarak nafakaya hükmedilmekle yetinilecek, ortaya çıkacak mağduriyetlere cevap verilemeyecektir. Diğer deyişle, bugün süresiz nafaka sistemiyle mağduriyet yaşayan kimi nafaka borçlularına karşılık yarın süreli nafaka sistemiyle mağduriyet yaşayan kimi nafaka alacaklılarına rastlanacaktır. Böyle bir durumda söz gelişi otuz yıl evli kalmış dört çocuk annesi elli yaşındaki çalışmayan boşanmış bir kadın, yine söz gelişi Kanunda öngörülen beş/on yıllık süre ile kısıtlı olarak nafaka elde edebilecek, süre sonunda nafakadan mahrum

47 Bkz. "Meclis Araştırması Komisyonu Raporu", s. 83, 373.

kalacaktır. Pek tabii sosyal devlet anlayışı ile gerek oluşturulacak fondan sağlanacak katkılar gerek meslek edinme ve kariyer gelişimi gibi destekler ile kendi ayakları üzerinde durması sağlanan eş bakımından bu gibi sakıncalar çok daha az olacaktır.

Tüm bunlara ilaveten, eşlerin evli kaldıkları süre, evliyken sürdürdükleri hayat standartları, eşlerin mal ve gelir durumları gibi, İsviçre hukuk düzenlemesinde yer alan ve Türk hukuku bakımından ise nafaka miktarının belirlenmesi bakımından uygulamada kısmen yer bulabilen, bir dizi kriter dikkate alınarak nafakaya yer olup olmadığına, yer var ise hangi eşin hangi süre için hangi miktarda diğer eşe katkı sağlayacağına hakimin takdirine bağlı olarak belirlenmesi yönünde kanun değişikliğine gidilmelidir. Böyle bir değişiklik, hükmün lafzından hareketle her halükarda süresiz nafakaya hükmedilmesi yolundaki mevcut içtihatlarla son vereceği gibi, nafakaya yer olup olmadığına, nafakanın süresine ve miktarına karar verilirken hangi kriterler çerçevesinde takdir hakkının kullanılacağını da açık hükümle somutlaştırmış olacaktır.

Yine bu bağlamda bireysel emeklilik sigortasına benzer bir sistemle evlilik sonrası için sigorta sistemi de ihdas edilebilir. Böylece daha evliliğin başında evlilik sonrası teminat altına alınmış olur.

Sonuç

İsviçre hukukunda revizyonlarla birlikte kusura ve evlilik sonrası dayanışma esasına dayanan nafaka sisteminden vazgeçilmiş, bunun yerine geçimini sağlaması kendisinden beklenemeyecek tarafa diğer tarafın katkıda bulunması sistemine geçilmiştir. Söz konusu revizyonla birlikte, bahsi geçen katkının yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa süre ve miktar bakımından hangi kriterler çerçevesinde karar verileceği kanuni düzenleme ile belirlenmiştir.

Türk hukuku bakımından da boşanma ve yoksulluk nafakası sistemi gözden geçirilmelidir. Evlilik sonrası dayanışma esasına dayanan yoksulluk nafakası sisteminden tam olarak vazgeçilmesi pek mümkün görünmese de mümkün mertebe eşlerin kendi geçimlerini sağlayabilmesini öngörece bir sisteme geçilmelidir. Bunun yanında sosyal devlet anlayışına uygun olarak ödenemeyen nafaka için fon oluşturulması, hatta sigorta sistemi oluşturulması, eşlerin kendi ayakları üzerinde durmasını sağlayacak meslek edinme ve kariyer gelişimi gibi hususlarda destek sağlanması, sosyal güvenlik sisteminin iyileştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Arbek, Ömer, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, *AÜEHFD*, 2005/1, s. 115-163.
- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II*, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2016.
- Arkan Serim, Azra, “Yoksulluk Nafakası”, *İÜHF*, 2007/1, s. 285-302.
- BSK ZGB I-Bearbeiter, in Heinrich Honsell; Nedim Peter Vogt; Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB)*, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014.
- Bozdağ, Gonca Gülfem, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin, Ankara, 2015.
- Ceylan, Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Demir, Macit, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, Seçkin, Ankara, 2018.
- Doğan, İzzet, “Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *MHB*, 2015/1, s. 59-95.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 13. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018.
- Erdem, Mehmet, *Aile Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku (Baskıyı Hazırlayanlar: H. Cumhur Özakan, Enis Sarıal)*, 3. Bası, Filiz, İstanbul, 1986.
- Gümüş, Mustafa Alper, “Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; “Maddi Tazminat ve/veya Yoksulluk Nafakası” ve/veya Manevi Tazminat Talepleri ile Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki”, *AÜEHFD*, 2005/3-4, s. 383-402.
- Kocabaş, Gediz, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *MÜHF – HAD*, 2013/1, s. 357-391.
- Kurşat, Zekeriya, “Anayasa Mahkemesinin Anlaşılabilir Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 21 Mayıs 2012, Oniki-levha, İstanbul, 2013, s. 211-227.
- Oğuzman, Kemal; Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 1998.
- Oktay Özdemir, Saibe, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *MHB*, 2015/1, s. 29-46.
- Polater, Salih, “İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaşılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2, s. 453-478.
- Schwenzer, Ingeborg; Büchler, Andrea, in Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *Familienrechts-Kommentar Scheidung*, 2 Bde., 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017.
- Şahin, Mustafa, “Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/3, s. 75-107.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, Filiz, İstanbul, 1990.
- Tosun, Yalçın, “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,

2015/129-130, s. 53-77.

- Uzun, Mine, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Vedat, İstanbul, 2013.
- Yağcı, Kürşad, “Yoksulluk Nafakasında “süresizlik” Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018/1, s. 323-358.
- Yıldırım, Abdulkerim, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2016/157, s. 59-88.
- Zevkliler, Aydın; Acabey, M. Beşir; Gökyayla, K. Emre, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2000.

ÖZ

Yoksulluk nafakası, evlilik esnasında eşler arasında geçerli olan birbirine yardım ve dayanışma yükümlülüğünün evlilik sonrasında da kısmen devam etmesi niteliğindedir. Sosyal ve ahlaki düşünceler bu yükümlülüğe dayanak oluşturmaktadır. Yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmak, karşı taraftan daha fazla kusurlu olmamak gerekir. Karşı tarafın kusuru aranmaz. Bu şartların bulunması halinde karşı tarafın mali gücüyle orantılı olarak, süresiz şekilde yoksulluk nafakası talep edilebilir.

Hukukumuzda boşanma sebepleri arasında anlaşmalı boşanmaya ve fiili ayrılığa yer verilmiştir. Bununla birlikte boşanma sistemi esas itibarıyla kusur esasına ve Kanunda sayılan özel sebeplere dayandırılmıştır. Bu durumun bir uzantısı olarak, yoksulluk nafakası isteyen tarafın karşı taraftan daha fazla kusurlu olmaması gerekir. Bunun sonucu olarak boşanma sürecinde ve boşanma sonrasında eşler birbirini takip etmekte ve birbirinin kusurunu aramaktadır. Ayrıca, çok kısa süre evli kalmış eşler bile süresiz olarak nafaka talebinde bulunabilmektedir. Böylece kısa süre evli kalmış eşler birbirinin hayat boyu geçim kaynağı haline gelmektedir. Boşanmış eşler arasındaki ihtilaf da hayat boyu sürmektedir. Çalışmada bu hususlar başta olmak üzere yoksulluk nafakasına dair önemli görülen sorunlar mukayeseli hukuk ışığında ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: boşanma, yoksulluk nafakası, evlilik sonrası nafaka, süresiz yoksulluk nafakası

Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*

A Comparative Law Study Within The Context of Post Marital Maintenance and The Duration of Post Marital Maintenance

Emrah KULAKLI**

ABSTRACT

The post marital maintenance obliges the spouses financially continuation of the personal relationship in despite of that the marriage ends. This kind of maintenance, which arises as a conclusion of the mutual interdependency responsibility of the spouses during the post marriage process, is regulated under Article 175 and the following clauses of Turkish Code of Civil Law. Under the mentioned articles, *“the spouse, who shall become impoverished due to the divorce, is entitled to request the other spouse to pay maintenance in proportion to his/her own financial power for an indefinite period of time, on the purpose of earning her/his keep; however provided that the spouse, who shall request maintenance, must not have grosser fault than other spouse’s one.”*

The constant decision of the Supreme Court, the decision of the Constitutional Court and the opinions at the legal doctrine with respect to the duration of post marital maintenance have made this topic quite questionable. The focus point of such discussion is whether or not the judge has a discretion authority about limitation of maintenance with a certain period, in case of that the post marital maintenance is requested without any limitation in terms of period. A further aspect of the discussion is also the degree of convenience to the rightness of the situation that the post marital maintenance is ruled for an indefinite period of time.

In this regard, this article is focused on the examination of the legal provisions under the Turkish Law from past to present within the context of the explanations concerning the aim and elements of the post marital maintenance, which constitutes the basis of our topic, and its period. Subsequently the article is also mentioned about regulations under the comparative law and contains our determinations concerning the ideal law (*de lege ferenda*) at the part of conclusion subsequent to our evaluations regarding the matter.

Keywords: impoverishment, post marital maintenance, the terms of post marital maintenance, the duration of post marital maintenance, the discretion authority of judge.

* Makale gönderim tarihi: 16.10.2018. Makale kabul tarihi: 19.12.2018. Emrah Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 237-268.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: ekulakli@medipol.edu.tr.

Giriş - Konunun Sınırlandırılması

Evlilik birliği eşlere, birtakım hakların yanısıra yükümlülükleri de doğurur. Buna göre eşler, evlilik birliğinin sıhhatini sağlamak için karşılıklı maddi ve manevi yardım, bakım ve gözetim yükümlülüğü altındadırlar (TMK. m. 185 vd.).

Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk Aile Hukuku'nda da toplumsal ve ahlaki saiklerle kanun koyucu, evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen eşlerin birbirlerine karşı mali yardımda bulunmasını bir yükümlülük olarak düzenlemiştir¹. Bu yükümlülük TMK. m. 175 vd. hükümlerinde ele alınan “yoksulluk nafakası”dır.

Türk Medeni Kanunu m. 175 hükmünde kanun koyucu, yoksulluk nafakasına ilişkin genel ölçütlere yer vermekle yetinmiştir. Hükme göre hakim, talep eden tarafın kusurunun daha ağır olmaması koşuluyla ve boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olması halinde, diğer tarafın mali gücü oranında yoksulluk nafakası ödenmesine karar verebilir.

743 sayılı eski Medeni Kanun (eMK.)’un ilk metninde yoksulluk nafakasına en fazla “bir yıl süreyle” hükmedilebileceği düzenlenmişti. Bu hüküm, 3444 sayılı kanun ile 4.5.1988’de “süresiz olarak” nafaka istenebileceği şeklinde değiştirilmiştir. 4721 sayılı TMK. m. 175’te de kanun koyucu, yoksulluk nafakasının “süresiz olarak” istenebileceği hükmünü korumuştur.

Yoksulluk nafakasının süresine ilişkin Türk Hukukundaki uygulama, 1988 yılında yapılan süresiz olarak istenebileceği yönündeki düzenlemeden bu yana gerek hükmün yorumu yönüyle teorik olarak, gerek sosyal amacına hizmet edip etmediği ve gerekse hakkaniyetli olup olmadığı hususlarında tartışma konusudur.

1 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, C II*, İstanbul, 1965, s. 67; S. Sulhi Tekinay, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1990, s. 262; Schwenzer, Ingeborg, in: *Scheidung Band I: ZGB / Band II: Anhänge*, Bern, 2011, Art. 125 N.II; Dieter Freiburghaus, in: *Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB*, Peter Breitschmid / Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Zürich, 2012, Art.125 N.I.; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara, 2015, s. 832 vd.; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1986, s. 397; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, 2006, s. 104; Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara, 2015, s. 1139; Ahmet Cemal Ruhi, *Nafaka Hukuku*, Ankara, 2010, s. 41; Turgut Akıntürk, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, *AÜHF Ellinci Yıl Armağanı, C II*, Ankara, 1977, s. 191; Ömer Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, *AÜHF D.*, C 54, S I, 2005, s. 140; Abdülkerim Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi, C XIV, S 157*, Ocak 2016, s. 83; Gediz Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *MÜHFD.*, C XIX, S I, İstanbul, 2013, s. 360; Mine Uzun, *Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Bağlamında Yoksulluk Nafakası (Yaşınlanmamış YLT.)*, İstanbul, 2013, s. 13; Gonca Gülfem Bozdağ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Ankara, 2015, s. 73.

Bu bağlamda öncelikle kısaca nafaka kavramına değinilecek, ardından TMK.'da ele alınan nafaka çeşitlerine değinilecektir. Çalışmamızda incelenecek olan ise genel olarak nafaka ve nakafa çeşitleri değil, eşlerin evlilik sonrası mali dayanışma yükümlülüğünü ifade eden yoksulluk nafakasının miktarı ve bilhassa süresine ilişkin hususlardır. Bu kapsamda yoksulluk nafakasının Türk Aile Hukuku sisteminde ve mukayeseli hukukta ele alınış biçimlerine değinilecek, yargı kararları bağlamında bu hükümlerin uygulamasına ilişkin eleştirilere, sosyal yönden etkilerine ve çeşitli önerilere yer verilecektir.

I. Türk Hukuk Sisteminde Nafaka ve Nafaka Çeşitleri

A. Genel Olarak

Aile, toplumun en temel sosyal yapıtaşıdır ve toplumun genel huzurunun temini bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu sebeple kanun koyucu aileyi korumak, huzur ve refahını sağlamakla yükümlüdür. Anayasa m. 41'de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*”

Anayasa m. 41'in sağladığı hak ve yetkiler çerçevesinde kanun koyucu, aile bireyleri arasında maddi ve manevi anlamda dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bu yükümlülüğün mali sonuçlarından birisi olarak nafaka kurumu, zaruret içerisinde bulunan aile bireylerinin temel geçim ihtiyaçlarını sağlamak, diğer yandan toplum düzenini korumak amacıyla oluşturulmuştur. Bu anlamda hem bireysel hem de toplumsal bir işleve sahiptir.

B. Nafaka Çeşitleri: Bakım ve Yardım Nafakaları

Türk Medeni Kanunu'na göre nafaka, genel olarak yardım ve bakım nafakası olarak ikiye ayrılır. Yardım nafakası, hısımlık ilişkisinden kaynaklanan ahlaki bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Buna göre üstsoy ve altsoy hısımlar, yardımda bulunmadığı takdirde zaruret haline düşecek olması halinde birbirlerine yardım nafakası ödemekle yükümlüdürler (TMK. m. 364). Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise “refah içindeki”² kardeşlerin nafaka yükümlülüğü düzenlenmiştir.

2 Prof. Dr. EGGER refah içinde bulunma halini, mali durumu fevkalade masrafları karşılamaya elverişli, ihtiyarlık günleri için tasarrufa imkan sağlayan, asgarî geçim haddinin çok üzerinde gelire sahip olma şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Egger, August, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - Aile Hukuku, Zürich 1949, s. 345; Yarg. 2. HD., T. 28.09.1972 – E. 1972/5848 – K. 1972/5323 sayılı kararından: “Geliri, çevresine ve sosyal durumuna göre lüks sayılabilecek şeyleri sağlamaya elverişli bulunan ve ihtiyaçları dışında bir bolluk ve zenginlik içinde olan kimse refah halinde sayılır (Hukuk Türk– Hukuk Veri Tabanı / 11.08.2018).

Bakım nafakası ise evlilik ilişkisinin doğurduğu mali yükümlülüklerdendir. Eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı olan yükümlülüklerini içeren bu nafaka türü üç başlık altında değerlendirilmektedir. Bunlardan tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık sürecinde eşlerin birbirlerine karşı bakım yükümlülüğünün devam etmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nafakaya (a) evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin -mali- yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle geriye doğru bir yıl ve gelecek yıllara sari olmak üzere, veya (b) boşanma davası ile birlikte yargılama süresince hükmedilebilir (TMK m. 169 – 197/II). Tedbir nafakası boşanma veya ayrılık sürecinde alınan geçici önlemler niteliğinde olduğundan, boşanma yahut ayrılık kararının kesinleşmesi ile birlikte kendiliğinden sona erer³.

Bir diğer bakım nafakası olan iştirak nafakası (TMK. m. 182/II) ise eşlerin müşterek çocuklarının bakım ve gözetim yükümlülüğünden doğmaktadır. Boşanma gerçekleştiğinde velayet hakkı kendisine bırakılmayan eş, TMK. m. 327/I uyarınca çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan giderlere katılmakla yükümlüdür. Öyle ki çocuğun velayetine sahip olan eş, çocuk için iştirak nafakası talep etmediğini açıkça beyan etmedikçe hakim, çocuğun ihtiyaçlarını re'sen gözetmelidir⁴. Bu durum, iştirak nafakasının kamu düzenine ilişkin olmasından kaynaklanmaktadır⁵. İştirak nafakası, kural olarak çocuğun ergin olması ile birlikte sona erer (TMK. m. 328/I), fakat ergin çocuğun eğiti-

3 YHGK., T. 04.04.2018 – E. 2017/2-1579 – K. 2018/673 sayılı kararından: “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Geçici Önlemler” başlıklı 169. maddesi; “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına dair geçici önlemleri resen alır” hükmünü içermektedir. Bu hükme göre hâkimin, bu konuda bir talebin varlığını aramaksızın, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine dair geçici önlemleri resen alması gerekir. Bu geçici önlemlerden birisi de tedbir nafakasıdır. Tedbir nafakası talebe bağlı olmaksızın (esen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 09.08.2018); Bozdağ, s. 47.

4 Yarg. 8. HD., T. 22.03.2018 – E. 2017/7442 – K. 2018/9860 sayılı kararından: “Velayet kendisine tevdi edilmeyen taraf, ekonomik imkanları ölçüsünde müşterek çocuğun giderlerine katılmakla yükümlüdür. Diğer taraftan, iştirak nafakası belirlenirken ana ve babanın ekonomik durumları gözönünde tutulmakla birlikte velayet hakkı kendisine tevdi olunan tarafın bu görev sebebiyle emeğinin ve yüklediği sorumlulukların karşılığı olağan harcamalarının da dikkate alınması zorunludur. Mahkemece, nafaka takdir edilirken, çocuğun yaşı, eğitimi ve ihtiyaçlarının yanında, ana-babanın gelir durumu da gözetilmeli ve nafaka yükümlüsünün (babanın) gelir durumu ile orantılı olacak şekilde hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmelidir”; Aynı yönde bkz.: Yarg. 3. HD., T. 25.05.2017 – E. 2016/19648 – K. 2017/8094 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 11.08.2018).

5 Mustafa Dural; Tufan Ögüz; Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 372; Demir, Mecit, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, İstanbul, 2018, s. 26; Burçak Çitak, *Eşler Arasındaki Nafaka Yükümlülüğü (Yayımlanmamış YLT.)*, İstanbul, 2016, s. 8; Bozdağ, s. 60.

mine devam ediyor olması halinde ebeveyn, eğitim sona erinceye kadar iştirak nafakası ödemekle yükümlüdürler (TMK. m. 328/II). Buna karşın bakım ihtiyacı devam eden ergin çocuk da eğitim hayatına devam etmemesine rağmen, TMK. m. 364 uyarınca yardım nafakası talebinde bulunabilir.

II. Yoksulluk Nafakası:

A. Genel Olarak

Bir diğer bakım nafakası türü olarak yoksulluk nafakası, TMK. m. 175 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Çalışmanın esasını yoksulluk nafakası ve süresiz olarak yoksulluk nafakasına hükmedilmesi hususları teşkil edeceğinden, bu nafaka türünün ayrı bir başlık halinde incelenmesi tercih edilmiştir.

B. Yoksulluk Nafakasının Amacı, Hukukî Niteliği ve Boşanmaya Davasındaki Tazminat İle İlişkisi

1988 yılında 3444 sayılı kanun ile TMK. m. 144’te yapılan değişiklik sonrasında yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesine ilişkin uygulama ve bu uygulamanın yol açtığı birtakım sorunlar, doğal olarak bu hukukî kurumun amacı tartışmalarını da doğurmuştur. Gerçekten de yoksulluk nafakasının süresine ilişkin doğru bir sonuca varmak, ancak bu hukukî kurumun amacının doğru bir şekilde ortaya koyulması ile mümkün olabilir.

Esasen yoksulluk nafakası, boşanma sonrası yoksulluğa düşen eşin desteklenmesi, yaşam standardının bu süreçte en az düzeyde etkilenmesini sağlamak amacıyla mevzuatımızda yer almaktadır⁶. Kanun koyucu, tıpkı evlilik birliği içerisinde eşlerin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğünde olduğu gibi boşanma gerçekleştikten sonra da belirli şartların varlığı halinde bu katkının mali yönüyle devamını düzenlemiştir⁷. Dolayısıyla evlilik birliği içerisinde yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkün değildir; ancak tedbir nafakasına hükmedilebilir.

Yoksulluk nafakası, aile hukukuna ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve boşanma kararı ile birlikte hüküm doğuran kişiye bağlı bir yenilik doğuran hak niteliğindedir⁸. Yoksulluk nafakasına ilişkin eşler arasında yapılan sözleşmenin ancak hakimin onayına bağlı olarak hüküm doğurması da bu sebeptendir:

6 Bkz. dp. 1.

7 Ceylan, s. 105; Azra Arkan Serim, “Yoksulluk Nafakası”, *İÜHFİM*, C LXV, SI, İstanbul, 2007, s. 285; Ruhi, s. 42; Demir, s. 41.

8 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 116; ÇİTAK, s. 7; Ruhi, s. 19.

“Boşanma veya ayrılığın fer’î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz (TMK. m. 184/V)”. Buna göre hakim, taraflar arasındaki bu sözleşme ile bağlı değildir; TMK. m. 175 çerçevesinde yoksulluk nafakasına ilişkin koşulların varlığını ve nafaka miktarını değerlendirecek, bunun sonucunda sözleşmeyi tarafların düzenlediği şekliyle aynen onaylayacak veya içeriğini değiştirerek hükme bağlayacak veyahut reddedecektir. Bu, nafaka borcunun sözleşmeden değil, kanundan doğan bir borç olmasının bir sonucudur⁹.

Bir diğer yönüyle ele alındığında yoksulluk nafakası, hukuki niteliği itibarıyla tazminat niteliği taşımaz¹⁰. Nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmayacağına ilişkin TMK. m. 175/II hükmü de bu hususu ortaya koymaktadır: Yoksulluk nafakası talep eden tarafın ise diğer taraftan daha ağır kusurlu olmaması yeterlidir. Buna karşın boşanmaya bağlı maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi, ancak talep eden tarafın kusursuz veya daha az kusurlu olması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla yoksulluk nafakası ile maddi ve manevi tazminat talebi kusur şartı yönüyle birbirinden ayrılmaktadır.

Yoksulluk nafakası ile boşanmaya bağlı tazminat davaları, amaçları bakımından da birbirlerinden farklıdır. Gerçekten de yoksulluk nafakası boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek eşe katkı sağlanmasını, tazminat davaları ise kusuru ile boşanmaya sebep olan eşin verdiği maddi ve/veya manevi zararlarının tazminini esas almaktadır. Bu farklılık, yoksulluk nafakası ve tazminat taleplerinin aynı boşanma davasında ileri sürülebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu durumda taleplerin her biri, tarafların kusuru ve mali imkanları hususunda farklı değerlendirmelere tabi tutularak hükme bağlanacaktır.

Diğer yandan ifade etmek gerekir ki boşanma davasında hükmedilecek tazminat miktarı, yoksulluk nafakasının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur. Şöyle ki; yoksulluk nafakası ile birlikte tazminat talebinde

9 Yarg. 3. HD., T. 11.12.2017 – E. 2017/14312 – K. 2017/17373 sayılı kararından: “nafaka ve nafakanın artırılması davaları kanundan doğan bir alacağın tespiti ve tahsili davası niteliğinden olup...”; Aynı yönde bkz.: Yarg. 3. HD., T. 25.01.2017 – E. 2016/10133 – K. 2017/599 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 09.08.2018).

10 Akıntürk, s. 191; Demir, s. 45; Çitak, s. 25; YHGK., T. 04.04.2018 – E. 2017/2-1579 – K. 2018/673 sayılı kararından; “yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan tarafı koruma amacına yönelik olduğu içindir ki, boşanmış olan yoksul tarafa verilecek olan yoksulluk nafakası, hiçbir surette diğer tarafa yükletilen bir ceza veya tazminat niteliğinde değildir. Şayet böyle olsaydı, sadece boşanmada kusuru olan eşten istenebilmesi gerekirdi. Oysa ki, maddede açıkça belirtildiği gibi, kusursuz eş dahi yoksulluk nafakası ödemekle yükümlüdür. Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği sürece söz konusu olan karşılıklı bakım ve geçindirme ödevinin devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır.”; Aynı yönde bkz. YHGK. T. 21.03.2018 – E. 2017/2-1584 – K. 2018/503 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 15.08.2018).

de bulunulan boşanma davalarında hükmedilen tazminat miktarının TMK. m. 175'te yer alan “boşanma yüzünden yoksulluğa düşme” koşulunu ortadan kaldırdığı hallerde, yoksulluk nafakasına hükmedilmemesi isabetli olacaktır¹¹.

C. Yoksulluk Nafakasının Koşulları

Türk Medeni Kanunu m. 175 hükmü ile kanun koyucu, yoksulluk nafakasına ilişkin genel ölçütlere yer vermekle yetinmiştir. Bu itibarla hakimin, yoksulluk nafakasına hükmedilmesi hususunda TMK. m. 4'ten doğan geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Buna göre hakim, TMK. m. 175'te yer alan genel ölçütler çerçevesinde tarafların boşanmaya sebebiyet verme hususundaki kusurlarını, yoksulluk nafakası talep eden tarafın boşanma ile yoksulluğa düşüp düşmeyeceğini ve yoksulluğa düşerse nafakanın miktarını diğer tarafın da mali gücünü dikkate alarak her somut olayda ayrı ayrı değerlendirecektir. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için gerekli olan koşullara kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

1. Boşanma Gerçekleşmiş Olmalı

Yoksulluk nafakası, boşanmanın fer'i sonuçları arasındadır. Bir başka ifadeyle yoksulluk nafakası boşanmanın gerçekleşmesine bağlıdır ve bu nafaka boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte hüküm doğurur¹². Boşanma davası sürecinde eşler için gerekli olan ihtiyaçlara ilişkin geçici önlemler ise hakim tarafından “tedbir nafakası” ile çözümlenecektir¹³. Bu iki nafaka türü nitelik ve şartları bakımından birbirinden farklıdır.

Diğer yandan, imam nikahlı olarak ya da fili birliktelik yaşayan kişilerin TMK. m. 175 kapsamında yoksulluk nafakası talep edemeyecekleri, zira bu durumda TMK. anlamında bir “evlilik” olmadığından “boşanmadan” da söz edilemeyeceği aşikardır¹⁴.

11 Dural, Ögüz, Gümüş, s. 153; Tekinay, s. 265.

12 Yarg. 2. HD., T. 03.04.2012 – E. 2011/12586 – K. 2012/8165 sayılı kararından: “Boşanma davasında bir taraf lehine Türk Medeni Kanununun 169. maddesi gereğince hükmedilen tedbir nafakasının dava hakkında verilen hükmün kesinleşmesine kadar geçerli olacağı ve yoksulluk nafakası da boşanma hükmünün kesinleşme tarihinden itibaren karar verilebileceği gözetilmeden; tedbir nafakasının hüküm tarihine kadar karşılaştırılması, yoksulluk nafakasının da hüküm tarihinden başlatılması doğru olmamıştır”; Yarg. 3. HD., T. 10.10.2011 – E. 2011/8423 – K. 2011/14999 sayılı kararından: “Davaya konu edilen yoksulluk nafakası, boşanmaya dair kararın kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade edecektir (Hukuk Türk– Hukuk Veri Tabanı / 11.08.2018).

13 Yarg. 3 HD., T. 03.05.2017 – E. 2017/10036 – K. 2017/6463 sayılı kararından: “Somut olayda, dava tarihi itibarıyla kaldırılması istenen nafaka tedbir nafakasıdır. Zira, boşanma ilamı henüz kesinleşmemiş durumdadır” (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası / 12.08.2018).

14 Aynı yönde bkz.: Uzun, s.30.

2. Talep

Hakim, boşanma davasında yoksulluk nafakasını re'sen ele alamaz¹⁵. Türk Medeni Kanunu m. 175 hükmünde bu husus “*nafaka isteyebilir*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu yönüyle yoksulluk nafakası, tedbir ve iştirak nafakasında ayrılır¹⁶.

Yoksulluk nafakası, boşanma davası ile birlikte veya TMK. m. 178 hükmü gereği “*boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl*” içinde ayrı bir dava ile ileri sürülebilir. Bu süre geçtikten sonra talep edilmesi halinde davalı, ilk itiraz yolu ile zamanaşımı definde bulunabilecektir.

Yoksulluk nafakası olarak talep edilen miktarın açıkça ifade edilmesi gerekir¹⁷. Miktar belirtilmemişse hakim, nafaka miktarını talep sahibine açıklamalıdır¹⁸. Ayrıca yoksulluk nafakası miktarına ilişkin tarafların aralarında yapacakları sözlü ya da yazılı anlaşma da hakim onayı ile hüküm doğurur. Bu durumda hakim, koşulları mevcut olsa dahi talep edilen veya kararlaştırılan nafaka miktarından daha fazlasına hükmetmesi mümkün değildir¹⁹.

Aynı şekilde, yoksulluk nafakasının belirli bir süre için talep edilmesi halinde de hakim, HMK. m. 26'daki “talebe bağlılık ilkesi” gereği daha fazla süre için nafakaya hükmedemez²⁰. Diğer taraftan, 1988 yılında yoksulluk nafakasının süresine ilişkin 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikten bu yana Yargıtay'ın, belirli süreli veya süresiz olarak nafaka talep edilmesi halinde hakim daha az bir süre için nafakaya hükmedemeyeceği, bu hususta takdir hakkına sahip olmadığı yönünde yerleşik içtihatları mevcuttur²¹. Bir başka deyişle uygulama,

15 YHGK., T. 31.01.2008 – E. 2008/2-51 – K. 2008/87 sayılı kararından: “Somut olayda; davacı-karşı davalı kadın, yargılamanın hiçbir aşamasında yoksulluk nafakası talebinde bulunmamış olup, talep olmadığından yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkün değildir” (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası / 12.08.2018); Demir, s. 44.

16 Öztan, s. 452; Bozdağ, s. 40, Ceylan, s. 107.

17 Yarg. 3 HD., T. 03.05.2017 – E. 2017/10036 – K. 2017/6463 sayılı kararından: “Davalı-karşı davalı kadının usulünce, miktarı da belirtilmek suretiyle açıkça yoksulluk nafakası talebi bulunmadığı halde, talep aşılabilir (HMK m. 26) davalı-karşı davalı kadın lehine yoksulluk nafakasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir” (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası / 13.08.2018); Ruhi, s. 45.

18 Serap Helvacı; Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, İstanbul 2018, s. 181; Ruhi, 47; Gençcan, s. 1191; Ceylan, s. 107.

19 Arkan Serim, s. 288; Ruhi, s. 51; Uzun, s. 64; Çitak, s. 26.

20 Dural, Ögüz, Gümüş, s. 148; Turgut Akıntürk; Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku C II*, İstanbul 2013; s. 303; Ceylan, s. 116; Demir, s. 64; Yarg. 3 HD., T. 02.03.2005 – E. 2005/915 – K. 2005/3137 sayılı kararından: “Davacı dava dilekçesinde 200.000.000-TL yoksulluk nafakası isteğinde bulunmuştur. Mahkemece HUMK. M. 74 gözardı edilerek talep aşılacak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir” (Gençcan, s. 1189).

21 Yarg. 2 HD., T. 11.07.2012 – E. 2012/14283 – K. 2012/19487 sayılı kararından: “... Yasa yoksulluk nafakasını belirli bir süre sınırlandırmamış, bu nafakanın “süresiz” olarak istenebileceğini

yoksulluk nafakası hususunda hakimın miktar yönünden sahip olduğu takdir hakkına süre yönünden sahip olmadığı yönündedir. Bu husus ilerleyen bölümlerde ayrı bir başlık halinde tartışılacağından, burada bu genel açıklama ile yetiniyoruz²².

Diğer yandan evlenirken iyiniyetli olan eş, evliliğin butlan sebebi ile sona ermesi halinde bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu koruyacağından (TMK. m. 158/I), diğer koşulların da varlığı halinde yoksulluk nafakası talep edebilir²³. Bu sonuç, mutlak veya nisbi butlan nedeniyle evliliğin sona ermesi hallerinde, butlan kararı verilmeye kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağına ilişkin TMK. m. 156 hükmü ile de uyum içerisindedir.

Ayrıca, anlaşmalı boşanma davasında yoksulluk nafakası talep etmediğini beyan eden eşin daha sonra bu nafakayı talep etmesi mümkün değildir²⁴.

3. Kusur Şartı: Talepte Bulunanın Diğer Taraftan Daha Ağır Kusurlu Olmaması

Boşanma davasında hakim, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan tarafın *kusursuz, daha az kusurlu veya diğer tarafta eşit ölçüde kusurlu olması*²⁵ ve diğer şartların da varlığı halinde yoksulluk nafakasına hükmedilebi-

öngörmüştür. Amaç, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin, diğer eş tarafından koşulları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Bu bakımdan nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe, yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlandırılması yasa da bulunmayan bir unsur yasaya dahil etmek anlamına gelir. Kanunun, hakime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hakkaniyete göre karar verir (TMK. m. 4). Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hakime herhangi bir takdir yetkisi tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmiştir. Kanun, bu nafakanın “süresiz” olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süre ile sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur” (Gençcan, s. 1206).

22 Bkz. Bölüm IV: Yoksulluk Nafkasında Süre Unsuru.

23 Çitak, s. 31; Uzun, s. 26; Arkan Serim, s. 286.

24 YHGK., T. 06.03.2013 – E. 2012/3-836 – K. 2013/306 sayılı kararından: “Hukuk Genel Kurulu’nun çoğunluğunca, tarafların boşanma sırasında nihai olarak anlaşmalarını bildirdikleri ve nafaka isteğinden feragat edildiği, davacının bu beyanında açıkça yoksulluk nafakasından söz edilmemiş ise de kendisini bağlayacağı, anlaşmalı boşanmanın kesinleşmesi ile istenebilecek tek nafakanın çocuklar için iştirak nafakası olduğu, somut olayda, davacının boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünden bahisle nafaka isteyemeyeceği, yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu benimsenmiş ve bu nedenle direnen kararın onanması gerekmiştir”; Yargıtay 2. HD., T. 5.11.1998 – E. 1998/10054 – K. 1998/11848 sayılı kararından: “Davalının ilk oturumdaki *“maddi manevi ödençe ve yoksulluk nafakası isteğim yoktur”* biçimindeki sözleri, üzerinde tasarruf hakkı doğan ödençe isteğinden feragat niteliğindedir. ... Haktan feragat niteliğindeki beyandan sonra düşen Medeni Kanun m. 143 ve 144’e dayanan hakkın yeniden dava konusu yapılması veya aynı dava içinde yeniden istenmesi mümkün değildir” (Kazancı Bilişim – İcühat Bilgi Bankası / 15.08.2018).

25 Yargıtay 2. HD., T. 5.11.1998 – E. 1998/10054 – K. 1998/11848 sayılı kararından: “Boşanmaya sebebiyet veren olaylarda tarafların eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. Hal böyle iken davalı-karşı davacı kadının tamamen kusurlu kabul edilmesi ve bu hatalı kusur belirlemesine bağlı

lecektir. Bir başka ifadeyle yoksulluk nafakası talep eden tarafın, boşanmaya ilişkin kusurunun daha ağır olmaması gerekir (TMK. m. 175). Bu yönüyle de boşanma davasına bağlı olarak talep edilen maddi ve manevi tazminattan ayrılır. Gerçekten de TMK. m. 174, boşanmaya bağlı tazminatın ancak “kusursuz veya daha az kusurlu olan tarafın” talep edebileceğini düzenlemektedir. Bunun sebebi, boşanmanın bir diğer mali sonucu olan yoksulluk nafakasının aksine, boşanma sebebiyle talep edilen tazminatın cezalandırıcı bir işleve sahip olmasıdır. Yoksulluk nafakası ise eşlerin evlilik sonrası karşılıklı dayanışma ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığından, tarafların boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmesini önlemeyi amaçlamaktadır.

Diğer taraftan kanun koyucu, yoksulluk nafakasını tarafların kusurundan tamamen bağımsız şekilde değerlendirmemiş, boşanmada daha ağır kusurlu tarafın nafaka talep edemeyeceğini düzenlemiştir. Bu itibarla kanun koyucu, daha ağır kusuru ile boşanmaya sebebiyet veren tarafın adeta ödüllendirilmesinin önüne geçmek istemiştir. Bu anlamda hüküm ile hakkaniyet ilkesinin gözetildiği iddia edilebilirse de, yoksulluk nafakasının tarafların kusuru ile ilişkilendirilmesinin bu nafakanın amacı ile uyum içerisinde olduğunu söylemek de kanaatimizce pek mümkün gözükmemektedir²⁶.

4. Talepte Bulunanın Boşanma Sebebiyle Yoksulluğa Düşecek Olması

Evlilik birliğinin sona ermesine rağmen eşlerin karşılıklı dayanışma yükümlülüğünün devamı ile, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek tarafın korunması amaçlanmaktadır. Yoksulluk nafakasının ceza veya tazminat niteliğinde olmamasının altında yatan da budur²⁷.

Mevzuatta yoksulluğun tanımına yer verilmemiştir. Genel bir tanım yapmak gerekirse, geliri ve malvarlığı ile temel ve zorunlu ihtiyaçlarını ve geçimini sağlayamayan kişinin yoksulluk içerisinde olduğu kabul edilir²⁸. Yargıtay ise boşanma sebebiyle “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim” gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde gelirin olmaması halinde yoksulluk nafakası

olarak boşanmakla yoksulluğa düşeceği anlaşılan davalı-karşı davacı kadının yoksulluk nafakası isteğinin reddine karar verilmesi ve erkek lehine manevi tazminata hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 15.08.2018).

26 Nitekim ZGB düzenlemesinde de evlilik sonrası eşlerin karşılıklı destek yükümlülüğü değerlendirilirken, nafaka talep eden tarafın kusurlu olup olmaması önem teşkil etmez. Bu durumun istisnası, nafaka talep eden tarafın ailesinin geçimini ağır biçimde ihlal etmesi veya bilek yoksulluğa düşmesi gibi hallerde; nafaka talep etmesinin hakkaniyete aykırı kabul edildiği hallerdir. Bkz. ZGB Art. 125.

27 Bkz. dp. 10.

28 Dural, Ögüt, Gümüş, s. 149; Ruhi, s. 44; Uzun, s. 33.

talebinde bulunabileceği görüşündedir²⁹. Bu görüş, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen Anayasa m. 17/I hükmü ile de paraleldir.

Yoksulluğu toplumun sosyal ve ekonomik dinamiklerinden bağımsız değerlendirmek elbette mümkün değildir. Buna karşılık bu olgunun, devletin belirlediği asgari ücret, emekli maaşı, dul ve yetim aylığı gibi birtakım gelir düzeyleri ile de eşdeğer tutmamak gerekir³⁰. Hatta nafaka talep eden tarafın sahip olduğu gelirin yoksulluğu ortadan kaldırmadığı haller de söz konusu olabilir; gelirin yetersiz olduğunun tespiti halinde hakim, diğer şartların da varlığı halinde yoksulluk nafakasına hükmedecektir³¹. Bu sebeple boşanma sebebiyle yoksulluğa düşme hususunu değerlendirirken her somut olayda hakim, tarafların yaşları, sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam standartları gibi sübjektif unsurların yanısıra, toplumun genel ekonomik durumunu ve piyasa koşulları gibi objektif unsurları da dikkate alması gerekir³². Nitekim Anayasa Mahkemesi de “*yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür*”³³ şeklindeki ifadesi ile yoksulluk nafakasının taraflara ilişkin olduğu kadar toplumun ekonomik durumu ile de ilişkili olduğunu vurgulamıştır³⁴. Yoksulluk nafakası ile nafaka alacaklısına evlilik sırasındaki gelir düzeyi değil, zorunlu ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde bir yaşam standardı sağlanması amaçlan-

29 YHGK. T. 16.05.2007 – E. 2007/2-275 – K. 2017/275 sayılı kararı (Kazancı Bilişim İçtihat Bankası / 26.09.2018)

30 Yarg. 3 HD., T. 08.02.2017 – E. 2016/10920 – K. 2017/996 sayılı kararından; “Davalının yoksulluğunun ortadan kalktığı kabul edilebilmesi için; asgari ücret düzeyinin üzerinde gelirin bulunması ve gelirin devam etmesi gerekmektedir. Nafaka alacaklısı kadının eline geçen yetim aylığı miktarı, onu yoksulluktan kurtaracak mahiyette değildir. Davalının ölen babasından dolayı aldığı maaş nafakanın kaldırılmasına değil, azaltılmasına etki edecek olgulardandır.”; YHGK., T. 26.12.2001 – E. 2001/2-1158 – K. 2001/1185 sayılı kararından; “... ‘asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması’ yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu kabul edilmediği gibi asgari ücretin üzerinde gelire sahip olunması da yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu değildir” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 01.09.2018); Arkan Serim, s. 289; Uzun, s. 38 vd.; Bozdağ, s. 76.

31 Mustafa Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK. m. 175 – ZGB m. 125)”, *Gazi ÜHFD.*, C XXI, 2017, S III, s. 81; Dural, Ögüz, Gümüş, s. 149; Gençcan, s. 1155; Kocabaş, s. 370.

32 Arbek, s. 143; Yıldırım, s. 69; Kocabaş, s. 375 vd.; Ruhi, s. 43.

33 AYMK., T. 17.5.2012 - E. 2011/136 – K. 2012/72 sayılı kararından (Resmi Gazete: T. 26.06.2012 – S. 28335).

34 Aynı yönde bkz.: YHGK., T. 16.05.2007 – E. 2007/2-275 – K. 2007/275 sayılı kararından: “Yoksulluk durumu günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmelidir” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 05.09.2018).

maktadır³⁵. Bu yaşam standardının herkes için farklı olacağı kuşkusuzdur.

Diğer taraftan hakim, yoksulluğa düşme ile boşanma arasında uygun nedensellik bağının mevcut olup olmadığını da gözetmelidir³⁶. Örneğin, evlilik sırasında da yoksulluk içerisinde olduğu tespit edilen veyahut savurganlık ve ticari işleri sebebiyle yoksulluğa düşen eşlerin nafaka talep etmesi mümkün değildir. Aynı zamanda nafaka talep eden tarafın “gerçek bir yoksulluk” içerisinde olması, bir diğer ifadeyle kendi isteği ile yoksulluğa düşmemiş olması gerekir³⁷. Örneğin, işten çıkartılan veya ayrılmak zorunda kalan³⁸ taraf yoksulluk nafakası talebinde bulunabileceken, çalışarak iyi bir gelir elde ettiği halde işinden kendi iradesi ile ayrılan³⁹ taraf yoksulluğa düştüğü iddiası ile nafaka talebinde bulunamayacaktır⁴⁰. Bu, hakkaniyetin bir gereğidir. Bu durum ZGB. Art. 125/III’te, yoksulluğa bilerek sebebiyet vermiş olan tarafın nafaka talep edemeyeceği veya bu sebeple miktarın indirilebileceği şeklinde ayrıca düzenlenmiştir.

Yoksulluk nafakasına, boşanmanın kesinleşmesi anındaki şartlara göre karar verilmesi gerekir. Tarafların mevcut tüm gelirlerinin yanısıra, boşanma davasıyla birlikte mal rejiminin tasfiyesi sonrasında oluşacak katılma alacakları ve mirasçılık durumları da bu değerlendirmede esas alınmalıdır⁴¹. Hatta yoksulluk nafakası talep eden taraf lehine boşanma davasında takdir edilen maddi ve/veya manevi tazminat miktarının yoksulluğu sona erdirmesi halinde de yoksulluk nafakasına hükmedilememelidir⁴². Zira bu durumda edinilecek malvarlığı zaten nafaka ile amaçlanamı sağlayacaktır. Aksi yöndeki Yargıtay ka-

35 Tekinay, s. 264; Feyzioğlu, s. 398; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 150; Akıntürk, Ateş Karaman, s. 304; Çitak, s. 38.

36 Velidedeoğlu, s. 261; Feyzioğlu, s. 397; Ruhi, s. 43; Demir, s. 36; Ceylan, s. 108; Arkan Serim, s. 290.

37 Ceylan, s. 108; Uzun, s. 36.

38 Yarg. 2 HD., T. 18.10. 2005 – E. 2005/11920 – K. 2005/14360 sayılı kararından: “Davacının, ... işveren tarafında iş akdi feshedilerek işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. İşini kaybetmesi işverenin akdi feshi sebebiyle olduğuna ve başka bir geliri ve malvarlığı da bulunmadığına göre davacı yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekirken isteğinin reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir” (Gençcan, s. 1152).

39 Yarg. 2 HD., T. 16.06. 2003 – E. 2003/7790 – K. 2003/8775 sayılı kararından: “Davalı (kadın) bir tekstil firmasında çalışırken yargılama sırasında 13.9.2002 tarihinde istifa suretiyle işten ayrılmıştır. Yoksulluk durumunu kendi iradesi ile yaratmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında yoksulluk nafakası ile ilgili isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (Karar Ara Hukuk Portalı / 13.09.2018).

40 Öztan, s. 502; Ruhi, s. 43; Çitak, s. 33; Demir, s. 37.

41 Öztan, s. 503; Arkan Serim, s. 290; Çitak, s. 34.

42 Tekinay, s. 265; Akıntürk, Ateş Karaman, s. 304; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 150; Akıntürk, s. 193; Yıldırım, s. 63; Şahin, s. 87, Ruhi, s. 44; Uzun, s. 10.

rarlarına ise katılmak mümkün değildir⁴³.

5. Nafaka Miktarının, Nafaka Yükümlüsünün Mali Gücünün Dikkate Alınarak Belirlenmesi Gereği

Yoksulluk nafakası miktarının belirlenmesi bakımından önem teşkil eden ölçütlerden bir diğeri de nafaka yükümlüsünün mali gücüdür. Hakim, yoksulluk nafakasının miktarını belirlerken nafaka alacaklısının yoksulluktan kurtulması ile nafaka yükümlüsünün mali gücü arasında adil bir denge kurmalıdır⁴⁴. Anayasa Mahkemesi kararında da bu husus açıkça ifade edilmiştir: “Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir⁴⁵.” Söz gelimi, nafaka talep eden taraf yoksulluğa düşecek olsa dahi diğer tarafın mali gücü nafaka ödemeye elvermediği takdirde yoksulluk nafakasına karar verilemez⁴⁶. Diğer taraftan, nafaka yükümlüsünün mali gücü elverişli olsa dahi hakimin nafaka talep eden taraf için yoksulluğu giderecek miktardan daha fazlasına hükmedemez⁴⁷. Zira yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısının asgari yaşam standartlarını sağlamak olup, evlilik sırasındaki yaşantısının devamını sağlamak değildir⁴⁸.

43 YHGK., T. 16.05. 2007 – E. 2007/2-275 – K. 2007/275 sayılı kararından: “4721 sayılı TMK. m. 174’e göre, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceği, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebileceği öngörülmüştür. Yine aynı kanun m. 175’te ise, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın kusuru daha ağır olmamak koşuluyla, geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceği, nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmayacağı açıklanmıştır. Görüleceği üzere davacı kadın yararına hükmedilen maddi ve manevi tazminatların hukuksal dayanağı ile yoksulluk nafakasının hukuksal dayanağı birbirinden farklıdır. Biri diğerinin yerine ikame edilemeyeceği gibi, birini alanın diğerini alamayacağı ileri sürülmesi yasal mevzuat karşısında mümkün görülmemektedir.” Aynı yönde bkz.: YHGK., T. 25.11.2009 – E. 2009/2-500 – K. 2009/557; YHGK., T. 11.03. 2009 – E. 2009/2-73 – K. 2009/118; Uzun, s. 53.

44 Feyzioğlu, s. 398; Demir, s. 60; Ruhi, s. 45; Şahin, s. 87.

45 AYM., T. 17.5.2012 - E. 2011/136 – K. 2012/72 sayılı kararından (Resmi Gazete: T. 26.06.2012 – S. 28335).

46 Kocabaş, s. 371; Karar (Gençcan, s. 1217).

47 Dural, Ögüz, Gümüş, s. 149; Serim, s. 293.

48 Gençcan, s. 1217; AYM., T. 17.05.2012 – E. 2011/136 – K. 2012/72 sayılı kararından: “Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür” (26.6.2012 T. – 28335 S. RG.); Yarg. 2 HD., T. 11.07.2012 – E. 2012/222 K. 2012/19507 sayılı kararından; “Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonucunda yoksulluğa düşecek olan ve boşanmada daha fazla kusuru bulunmayan eşin, asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Davacı emekli olup, düzenli ve sürekli emekli maaşının bulunduğu ve kendisine ait iki konutunun olduğu toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davacının mevcut geliri ve malvarlığı dikkate alındığında boşanma yüzünden

D. Yoksulluk Nafakasının Ödenme Biçimi ve Uyarlanması

Yoksulluk nafakası toptan ya da irat şeklinde ödenebilir (TMK. m. 176/I). Tarafların aralarında ödenme biçimini kararlaştırmaları da mümkündür, ancak bu anlaşma hakimın onayı ile hüküm doğurur⁴⁹. Uygulamada, tarafların anlaşması olmaksızın hakimın de yoksulluk nafakasının toptan ödenmesi yönünde re'sen hüküm kurduğu istisnaen görülmektedir. Bununla birlikte hakimın, nafakanın ödenme şekline karar vermeden önce, somut olayda tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile ödeme gücü ve isteklerini de göz önünde bulundurması gerekir⁵⁰. Özellikle ifade etmek gerekir ki; süresiz olarak talep edilen yoksulluk nafakalarında mahkemelerin belirli süreli olarak bu nafakaya hükmetmesini bozma gerekçesi kabul eden yerleşik Yargıtay uygulaması karşısında, süresiz olarak yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin doğuracağı adaletsiz sonuçların önüne geçmek amacıyla bu tür kararlar verildiğini görmekteyiz. Zira bu ihtimalde, hüküm altına alınan toptan yoksulluk nafakası tutarı ödenmek suretiyle nafaka borcu ile birlikte taraflar arasındaki zorunlu ilişkinin de sona ermesi sağlanmış olacaktır.

İrat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasında, tarafların gelirlerinde ve ihtiyaçlarında önemli değişikliklerin oluşması halinde açılacak davada hakim, hakkaniyet ölçüsünde nafaka miktarının artırılmasına, azaltılmasına veyahut tamamen kaldırılmasına karar verebilir (TMK. m. 331). Bu durum, tarafların anlaşmaları ile miktarı belirlenen ve hakimın onayı ile hükme bağlanan yoksulluk nafakası için de geçerlidir⁵¹. Aksi yönde yapılan sözleşmeler ise emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle hükümsüzdür. Diğer yandan talep halinde hakim, irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların toplumsal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini de karara bağlayabilir (TMK. m. 330/II).

III. Yoksulluk Nafakasında Süre: Türk Hukukundaki Düzenlemeler ve Uygulama

Öncelikle belirtmek gerekir ki yoksulluk nafakasının süresine ilişkin tartış-

yoksulluğa düşeceği kabul edilemez. Bu husus gözetilmeden yetersiz gerekçe ile davacı yarı yarıya yoksulluk nafakası takdir edilmesi doğru bulunmamıştır" (Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası / 07.09.2018).

49 Yıldırım, s. 70; Dural, Öġüz, Gümüş, s. 150; Arbek, s. 141.

50 Yarg. 2 HD., T. 31.10.2017 – E. 2016/6543 – K. 2017/11911 sayılı kararından; "... 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unun 176. Maddesinin birinci fıkrasında, yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebileceği öngörölmüştür. Yoksulluk nafakasının irat biçiminde ödenmesine karar verilebilmesi için, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile ödeme gücü ve isteklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır" (Karar Ara Hukuk Portalı / 17.09.2018).

51 Ruhi, s. 56.

ma, ancak irat şeklinde ödenmesine hükmedildiği haller için mevcuttur. Bir başka deyişle yoksulluk toptan ödenmesine karar verilmesi halinde bu tartışmadan söz konusu olmayacaktır.

Yoksulluk nafakası, hukukumuzda ilk olarak 743 sayılı eMK. m. 144'te düzenlenmiştir. Buna göre *“kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahküm edilebilir.”* Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere yoksulluk nafakası, boşanmadan itibaren bir yıl süre için hükmedilebilmekteydi.

Mülga eMK. m. 144 düzenlemesi, yoksulluk nafakasının bir yıl süreyle sınırlandırılmasının maddenin amacı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵². Bunun üzerine hüküm, 3444 sayılı değişiklik kanunu ile şu şekilde değiştirilmiştir: *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğere eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”*

Yoksulluk nafakasına ilişkin yapılan değişiklikte, süreye ilişkin düzenlemenin yanısıra başka hususlarda da farklılıklar göze çarpmaktadır. Bunlardan birisi; önceki düzenlemede yoksulluk nafakası talep eden eşin kusursuz olması gerektiği halde, yapılan değişiklik sonrası kanun koyucunun kusuru daha ağır olmayan eşin de yoksulluk nafakası talep edebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla yeni düzenleme sonrasında boşanmada kusurlu olsa dahi diğere taraftan daha ağır kusurlu olmaması, eşin yoksulluk nafakası talep edebilmesi için yeterlidir. Bu sebeple, boşanmada kusuru olmayan eşlerden yoksulluğa düşecek olan eş de yoksulluk nafakası talep edebilir. Nitekim bu husustaki tartışmalara son vermek için kanun koyucu, nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmayacağı hususunu düzenlemiştir.

Bir diğere farklılık ise, yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için önceki düzenlemede yer alan boşanma sebebiyle eşin *“büyük bir yoksulluğa düşecek olması”* ölçütünün yumuşatılarak *“yoksulluğa düşmesinin”* yeterli görülmüş olmasıdır.

Ayrıca, her iki hükümde de eşlerin diğere taraftan yoksulluk nafakası talep edebileceği düzenlenmişse de, yapılan değişiklik sonrası kocanın ancak kadının refahı halinde yoksulluk nafakası talep edebilmesi, bir önceki düzenleme-

52 Bülent Köprülü; Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1986, s. 196; Tekinay, s. 264; Feyzioğlu, s. 399; Akıntürk, s. 193.

nin aksine kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı olmuştur.

4721 sayılı TMK.'da ise yoksulluk nafakası m. 175'te düzenlenmiş, 3444 sayılı değişiklik kanunu sonrası eMK. m. 144'ün son hali büyük oranda yeni hükümde de korunmuştur: *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”* Görüldüğü üzere mevcut hükümde de yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilebilecek şekilde düzenlenmiştir. Buna karşın eMK.'da yer alan erkeğin nafaka talep edilmesi için kadının refah içerisinde olması şartına yer verilmemiş, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere *“kadın - erkek eşitliği ilkesine ters düştüğü için”* düzenlemeden çıkarılmıştır.

Yoksulluk nafakasının süresini boşanmadan itibaren bir yıl ile sınırlandıran 743 sayılı eMK. m. 144'ün düzenlemenin amacı ile bağdaşmadığı ve hakkaniyetli olmadığı yönündeki eleştirilerin⁵³ ardından, 1988 yılında yapılan değişiklikle kabul edilen ve sonrasında TMK. m. 175'te aynen yer alan yoksulluk nafakasının *“süresiz olarak”* talep edilebileceğine ilişkin düzenleme de bu defa nafaka yükümlüsünün hayatı boyunca bu sorumluluğu taşımasının hakkaniyetli olmadığı yönünde eleştirilere konu olmuştur. Nitekim bu sebeple Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, TMK. m. 175 ile nafaka yükümlülüğüne ilişkin şartların ayrıntılı biçimde düzenlenmemiş olmasının katı yargı içtihatlarının da etkisiyle hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmakta olması sebebiyle öncelikle maddenin *tümden*, bunun kabul edilmemesi halinde ise hükümde yer alan *“süresiz olarak”* ibaresinin iptali talep edilmiştir. Başvuruda özetle⁵⁴, *“süresiz olarak”* ibaresinin nafaka yükümlüsünü ömür boyu sürecek bir mali sorumluluk altına soktuğu, nafakaya hükmedilmesi ve nafakanın iptali ile tarafların ekonomik koşullarının değerlendirilmesine ilişkin ölçütlerin belirsiz olduğu, süresiz olarak hükmedilen yoksulluk nafakasının boşanan eşlerin yeniden evlenmelerini engelleyici bir niteliği haiz olduğu ve hatta ömür boyu nafaka yükümlüsü olma korkusu ile sorunlu evliliklere katlanmaya zorlandığı, sürekli mahiyetteki yoksulluk nafakasının boşanan eşleri çalışmamaya sevk ettiği, ömür boyu nafaka uygulamasının insan haklarına aykırı olduğu, ayrıca sosyal ve ekonomik sonuçlarının yanısıra nafaka borcunun İcra İflas Kanunu m. 344/I çerçevesinde hürriyeti bağlayıcı bir sonucunun da olduğu gerekçeyle Anayasa'nın sosyal hukuk devleti (m. 2), kadın-erkek eşitliği (m. 10) ve ailenin korunması (m. 41) ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

53 Feyzioğlu, s. 399; Akıntürk, s. 193; Köprülü, Kaneti, s. 196.

54 Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruya ilişkin itirazın gerekçesi ve karar metninin tümü için bkz.: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120626-25.htm>.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin T. 17/5/2012 – E. 2011/136 - K. 2012/72 sayılı kararında⁵⁵; TMK. m. 175’te yer alan “*süresiz olarak*” ibaresinden nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağına ilişkin anlaşılacağı, bu ifade ile boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin şartları bulunduğu sürece diğer eş tarafından karşılanmasının amaçlandığı, ayrıca yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden tarafın boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra nafaka talep edilen tarafın da ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunmasının gerektiği, yoksulluk nafakasının özünde evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamını sağlayan ahlâki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesinin yer aldığı, bu sebeplerle koşulları bulunduğu sürece herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu gerekçeleri ile oyçokluğuyla⁵⁶ iptal talebinin reddine karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki 1988 sonrası 3444 sayılı kanun ile değişik eMK. m. 144 ve TMK. m. 175 hükümlerinde, mehzaz eski İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)’nda yer alan yoksulluk nafakasının süresine ilişkin düzenleme esas alınmıştır⁵⁷. Gerçekten de eski ZGB Art. 152’de nafakanın süresine ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir. Buna karşın İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması, birtakım ölçütler çerçevesinde bu nafakayı her zaman belirli süreli olarak uygulamak

55 26.06.2012 T. – 28335 S. RG.

56 Anayasa Mahkemesi üyelerinden Hicabi DURSUN, “süresiz olarak” ibaresinin iptalinin reddine ilişkin karşı oy yazısında özetle, süresiz olarak yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin Anayasa m. 2’de yer alan “sosyal hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmadığını; insanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmiş olmalarına rağmen evlilik birliğinde var olan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu; boşanmadan kaynaklanan bir nafaka alacağına varlığının belli koşullar altında, nafaka borçlusunun veya nafaka alacaklısının yaşamı boyunca, sanki mülkiyet hakkıymış gibi sürekli olması, hak düşürücü süre ve zaman aşımı kavramlarının kabul edildiği bir hukuk sisteminde adalet duygusunu zedelediğini; yoksulluk nafakasının süresiz olması bu nafakayı alan tarafın, karşı tarafı ömür boyu cezalandırmak amacıyla gelir getirici bir işte çalışmama ve evlilik ekti yapmadan birlikte yaşama gibi davranışlara itebileceğini; yoksulluk nafakasının süresiz uygulanmasının ahlaki ve sosyal gerekçelerle açıklanamayacağını; mevcut yapısal durumun değişmesi için sosyal politika alanında işlev gören bir dizi kurumun varlığını gerektirdiğini; Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti” ilkesini buna hizmet etmesi gerektiğini; devletin aktif olarak mücadele etmesi gereken yoksulluğun sorumluluğunun, boşanan taraflardan birisinin üzerine ömür boyu yüklenmesinin sosyal devlet ilkesine, hakkaniyete ve mantığa da uygun bir çözüm olmadığından bahisle iptali gerektiğini ifade etmiştir.

57 04.05.1988 T. – 3444 s. Değişiklik Kanunu m. 6 gerekçesinden: “*Mevcut metindeki kusursuz eşin boşanma davası neticesinde yoksulluğa düşmesi halinde diğerinin ona bir sene süre ile nafaka ödemeye mahkum edileceği hükmü değiştirilerek bir yıllık kaydın adalete uygun düşmediği nazara alınıp, kaynak İsviçre Medeni Kanununun 152’nci maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esas kabul edilmiştir*”

eğiliminde olmuştur. Nitekim 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren ZGB’de evlilik sonrası nafakanın süresine ilişkin bu husus, Art. 125 ile aynı yönde yeniden düzenlenmiştir⁵⁸.

Buna karşın Yargıtay’ın görüşü ise, 1988 yılında yapılan değişiklikten bu yana boşanan eşin “*süresiz olarak*” yoksulluk nafakası talep etmesi halinde “*nafakanın belirli bir süre ile sınırlandırılmayacağı*”; bu talep karşısında hakimin süre yönünden takdir hakkına sahip olmadığı yönündedir⁵⁹. Bir başka ifadeyle, Yargıtay’a göre tarafların süresiz olarak talep etmesi halinde hakimin yoksulluk nafakasını re’sen belirli bir süre ile sınırlandırması mümkün değildir. Buna göre yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlandırılması ancak hakimin onayına tabi olmak kaydıyla taraflar arasında yapılan anlaşma ile veya nafakanın belirli bir süre için talep edilmesi halinde söz konusu olabilecektir⁶⁰.

Yoksulluk nafakasına ilişkin Yargıtay’ın bu yaklaşımı, kanaatimizce değişiklik sonrası eMK. m. 144 ve TMK. m. 175 hükümlerinin salt lafzî yorumundan hareketle varılmış bir sonuçtur. Halbuki bu hükümlerde yer alan “*süresiz olarak talep edilebilmesi*” ifadesinden; *kanun koyucu tarafından yoksulluk nafakasının süresi yönüyle bir üst sınır belirlenmediği*, buna karşın belirli süreli yoksulluk nafakasına hükmedilmesine de engel teşkil etmediği; tıpkı yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesinde olduğu gibi süresi hususunda da somut olayın özellikleri doğrultusunda hakime takdir yetkisi tanındığı sonucuna varılmaması için hiçbir gerekçe mevcut değildir. Yoksulluk nafakasının amacı ile birlikte değerlendirildiğinde, bu ifadeden *nafaka alacaklısının evlilik sonrası hayatına uyum sağlaması için gerekli olan süre* anlaşılmalıdır⁶¹. Nitekim değişiklik sonrası eMK. m. 144 hükmü doktrinde, yapılan düzenleme ile kanun koyucu taraflara her ne kadar süresiz olarak yoksulluk nafakası talep edebilme imkanı tanımış olsa da hakimin yoksulluğa düşecek olan eşin yeteneklerini, çalışma gücünü dikkate alarak nafakayı belirli bir süre ile sınırlayabileceği, bu süre içinde nafaka alacaklısı eşin mali ve sosyal durumundaki değişiklik olması

58 Konuya ilişkin düzenlemeler hk. bilgi için bkz. Bölüm V. Yoksulluk Nafakası ve Süresine İlişkin Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerine Genel Bakış

59 Yarg. 2 HD., T. 11.07.2012 – E. 2012/14283 – K. 2012/19487 sayılı kararı (Gençcan, s. 1206). Kararın içeriği için bkz. dp. 21.

60 YHGK., T. 02.05.1990 – E. 1990/2-111 – K. 1990/261 sayılı kararından; “... 3444 sayılı Kanunla değişik Medeni Kanununun 144. maddesi uyarınca, istek halinde ve özellikle talep hakkının doğumuna ilişkin şartlar varsa, süresiz olarak yoksulluk nafakası takdir olunur. Davalı yoksulluk nafakası istemeye hak kazanmış ve süresiz nafaka istemiştir. Öyle ise süresiz nafaka takdiri gerekirken, altı ay süre ile yoksulluk nafakası verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...” “... Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel dairenin yoksulluk nafakasına ilişkin bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulmalıdır” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası / 03.09.2018).

61 Kocabaş, s. 364; Şahin, s. 88.

halinde ise yoksulluk nafakasını ortadan kaldıracabileceği şeklinde değerlendirilmiştir⁶². Bu durumda nafakanın ortadan kaldırılması, nafaka yükümlüsünün açacağı davada ileri süreceği talep üzerine mümkün olacaktır. Aynı şekilde; yukarıda da ifade edildiği üzere mehz eski ZGB Art. 152 hükmü uygulaması da süresiz olarak talep edilmesine rağmen hakimın belirli bir süre için nafakaya hükmedebileceği, sürenin sona ermesi ile bu yükümlülüğün kendiliğinden ortadan kalkacağı yönünde olmuştur.

IV. Yoksulluk Nafakası ve Süresine İlişkin Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerine Genel Bakış:

Eski ZGB Art. 152’de düzenlenen bu nafaka türünün süresi ile ilgili herhangi bir süre sınırlaması mevcut değildi; fakat özellikler boşanan eşlerin ihtiyaçları ve evliliğin süresi çerçevesinde hakim, bu nafakaya belirli bir süre için de hükmedebilmekte idi⁶³. Dolayısıyla, eski ZGB hükmünde nafakanın süresine ilişkin bir sınırlandırma olmamasına rağmen İsviçre uygulamasının birtakım ölçütlerle süreli nafakaya hükmetme eğiliminde olduğu ifade edilebilir. Nitekim 01.01.2000 tarihli değişiklik sonrası, evlilik sonrası nafaka yükümlülüğüne ilişkin ölçütler ZGB Art. 125’te yeniden belirlenmiş ve daha önceki uygulamadan ileri gelen süreli nafakaya hükmedilebilmesi hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Düzenlemeye göre, *emeklilik güvencesi de dikkate alınarak değerlendirildiğinde* geçimini sağlaması kendisinden beklenemeyecek olan boşanan eş, diğer eşten hakkaniyete uygun katkının yapılmasını talep edebilir.

İsviçre Hukuku düzenlemesinde, hakimın evlilik sonrası bu katkının yapıp yapılmayacağını ve yapılacaksa miktarı ve süresini belirlerken dikkate alacağı ölçütlere ZGB Art. 125/II’te sekiz bent halinde yer verilmiştir. Buna göre, *“(1) evlilik süresince eşlerin yükümlülükleri paylaşımı, (2) evlilik süresi, (3) evlilik süresindeki yaşam standardı, (4) eşlerin yaşı ve sağlık durumu, (5) eşlerin gelirleri ve malvarlıkları, (6) müşterek çocukların bakımının kapsamı ve süresi, (7) eşlerin mesleki eğitim ve kariyer beklentileri ile çalışma hayatına yeniden uyum sağlamalarının muhtemel maliyeti, (8) Federal yaşlılık beklentisi, hayatta kalanın sigorta hakları ve emeklilik primi gelirleri dahil olmak üzere, mesleki veya diğer özel ya da devlet emeklilik gelirleri”* nafaka, miktarı ve süresinin belirlenmesinde ele alınması gereken ölçütlerdir.

İfade etmek gerekir ki ZGB Art. 125/II’de yer alan ölçütlerden birçoğu Türk Hukukunda da yoksulluk nafakasının tespitinde esas alınan; hakimın göz önüne alması gereken ölçütlerdir. Buna karşın Yargıtay, esas alınan bu ölçütlerin

62 Tekinay, s. 264.

63 BGE 109 II 184 – 286 = JdT 1986 I 162 – 170 (Tekinay, s. 264).

yalnızca nafakanın miktarı ile ilgili olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay'a göre bu ölçütler yoksulluk nafakasının süresin ilişkin hakime bir takdir hakkı sağlamaz⁶⁴.

Türk Hukukunda olduğu gibi İsviçre Hukukunda da nafakanın irat şeklinde ödenmesi kural olmakla birlikte hakim, koşulların varlığı halinde peşin ödenmesine de hükmedebilir (ZGB Art. 126). Ayrıca hakimin, irat şeklinde ödenmesi kararlaştırılan nafaka miktarını değişen şartlara göre uyarlanması (ZGB. Art. 127) veya enflasyon, yaşam maliyetindeki artış gibi nedenlerle kendiliğinden artırılmasına veya düşürülmesine re'sen (ZGB. Art. 128), nafaka ödemelerinin belirli bir süre durdurulmasına, artırılmasına veya düşürülmesine de boşanan eşlerin talebi üzerine karar verebilir (ZGB Art. 129). Diğer yandan, boşanan eşlerin arasında nafaka ile ilgili yapmış oldukları anlaşmanın geçerliliği, İsviçre Hukukunda da hakimin onayına tabidir. Buna göre, ZGB Art. 125 çerçevesinde yapılacak değerlendirmede, yapılan anlaşma taraflardan biri için hukuka aykırı sonuçlar yaratacak nitelikte ise hâkim anlaşmayı reddedecektir⁶⁵. Bu yönüyle de İsviçre ve Türk Hukuku uygulamaları birbirine paraleldir.

Eşler arasındaki bu nafakanın sona ermesi, ZGB Art. 130'da düzenlenmiştir. Hükme göre nafaka alacaklısı ve borçlusunun ölümü halinde nafaka yükümlülüğü sona erer. Aksine bir sözleşme yoksa, nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde de nafaka borcu ortadan kalkar.

Yukarıda yer verdiğimiz hususlardan yola çıkarak denilebilir ki ZGB, evlilik sonrası boşanan eşler için kişisel sorumluluk ilkesini benimsemiş ve ancak Art. 125/II'te yer alan ölçütlerin varlığı halinde nafakaya hükmedebileceğini düzenlemiştir. Bir başka deyişle, ZGB sistemetiğinde evlilik sonrası tarafların kişisel sorumlulukları kural, nafaka ise istisna olarak yer almaktadır. Hakim, bu çerçevede nafakanın miktarını ve *süresini* takdir edecektir. Dolayısıyla, hükmedilecek nafakanın kural olarak süreli olduğu söylenebilir.

Görüldüğü üzere İsviçre ve Türk Hukuku evlilik sonrası eşler arasındaki nafaka yükümlülüğü bakımından büyük benzerlik taşımakla birlikte, nafaka süresinin belirlenmesi bakımından uygulamada önemli farklılıklar barındırmaktadır. Halbuki, özellikle süresiz nafakaya olanak tanıyan eski ZGB Art. 152 hükmüne rağmen İsviçre Federal Mahkemesi'nin belirli bir süre için nafakaya hükmetmesi yönündeki uygulamasına karşın, eMK m. 144'ün değişik hali ile

64 Yarg. 2 HD., T. 11.07.2012 – E. 2012/14283 – K. 2012/19487 sayılı kararı (Gençcan, s. 1206). Kararın içeriği için bkz. dp. 21.

65 Hâkimin denetim yetkisi hakkında daha geniş bilgi için bkz. Thomas Sutter, Dieter Freiburgerhaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich 1999, ZGB Art. 140 kn. 62 vd.. Ayrıca kişilik hakkına aykırı düşen hükümler içeren sözleşmenin geçersizliği hakkında bkz. BGE 108 II 405 ff., 409 E. 3.

TMK. m. 175 hükümlerinden yola çıkarak Yargıtay'ın 30 yıldan beri yoksulluk nafakasına “süresiz olarak” hükmedilmesi gerektiği yönündeki mevcut uygulamasının yanlış olduğu kanaatindeyiz.

Alman Medeni Kanununda (BGB) ise evlilik sonrası eşler arasındaki nafaka yükümlülüğü, ayrıntılı şekilde BGB §1569 – §1586b. arasında düzenlenmiştir. Bu kanunun sistematığında de kural olarak boşanan eşlerin nafaka talebinde bulunamayacakları esası benimsenmiştir (BGB §1569, §1577). Bu talep, ancak boşanan eşin evlilik sonrasında geçimini sağlayamayacak düzeyde olması halinde ve belirli koşullar altında ileri sürülebilir⁶⁶. Bunlardan birisi, müşterek çocuğun bakımını üstlenmiş olmasıdır. Bu durumda boşanan eş, çocuğun doğumundan itibaren en az 3 yıllık süre için diğer taraftan nafaka talep edebilir⁶⁷. Ayrıca çocuğun menfaatleri ve bakım olanakları dikkate alınarak bu süre hakkaniyet ölçüsünde uzatılabilir⁶⁸.

Eşlerin yaşı, çalışma durumu, hastalığı, malullüğü, ruhsal ve fiziksel hali de nafaka yükümlülüğünün belirlenmesinde ele alınan diğer ölçütlerdendir. Örneğin, bu sebeplerle çalışması beklenemeyecek olan boşanan eş için belirli süre nafakaya hükmedilmesi mümkündür. Diğer yandan, çalışmasına rağmen ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek düzeyde gelir elde edemediği takdirde boşanan eş, aradaki farkın ikmali için de nafaka talep edebilecektir (BGB §1573).

Nafakanın belirlenmesinde BGB’de dikkat çeken bir başka ölçüt, boşanan eşlerin hakkaniyetten kaynaklanan karşılıklı yükümlülükleridir. Buna göre, önemli birtakım sebeplerle çalışması beklenemeyen boşanan eşin menfaatleri dikkate alındığında kendisine nafaka ödenmemesi açıkça bir hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği takdirde nafaka talep edebilir (BGB §1576). Bu önemli sebepler, evliliğin sona ermesine neden olan olaylardan bağımsız olarak değerlendirilmelidir⁶⁹.

Alman Hukukuna göre nafaka miktarının belirlenmesinde, evlilik içerisindeki yaşam standartları esas alınır. Bu çerçevede ele alınabilecek tüm lüzumlu ihtiyaçlar nafaka kapsamındadır (BGB §1578). Uygun ölçüdeki hastalık ve yaşlılık bakım sigortası masrafları, okul, mesleki eğitim ve gelişim ile yeni bir

66 Hans Ulrich Maurer, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, B. VIII, München 2017, § 1570 kn. 28 vd.

67 Kural olarak çocuğa bakan eşin çalışma zorunluluğu söz konusu değildir. Bkz. BGH NJW 2011, s. 2884 vd.

68 Hakkaniyet kavramı hakkında daha geniş bilgi için bkz. Maurer, kn. 78 vd.; Bengt Beutler, *BeckOK BGB*, BAMBERGER / ROTH / HAU / POSECK, 47. Edition Stand: 01.08.2018, § 1570 kn. 12-13.

69 BGH NJW 1984, 1538, daha geniş bilgi için bkz. Maurer, kn. 25.

meslek edinme masrafları bu kapsamda değerlendirilir⁷⁰. Ayrıca nafaka alacaklısının müşterek çocuğun bakımını üstlenmiş olması, evliliğin süresi, evlilikten ötürü ne şekilde menfaat kaybına uğradığı hususları da hakkaniyet ilkesi çerçevesinde dikkate alınır⁷¹.

Alman Medeni Kanunu, hakkaniyete aykırı hallerde nafaka yükümlülüğünün miktar yönünden sınırlandırılması, sona erdirilmesi veya süre yönünden kısıtlanması hususunu ayrıca düzenlemiştir. Buna göre evliliğin süresinin yanısıra *nafaka talep eden tarafın* üçüncü kişi ile birlikteliği, nafaka yükümlüsü veya yakınlarına karşı karşı suç işlemesi, kendisini bilerek nafakaya muhtaç hale düşürmesi, nafaka yükümlüsünün sağladığı maddi menfaatlere kayıtsızlığı, birlikte yaşadıkları dönemde ailesine katkıda bulunmayı uzun süre ağır surette ihmal etmesi, toplum nazarında mazur görülemeyecek derecede nafaka yükümlüsünü huzursuz edici davranışlarda bulunması hallerinde hakkaniyet gereği nafakanın miktar veya süre bakımından sınırlandırılması veya sona erdirilmesi söz konusu olabilecektir (BGB §1579)⁷².

Nafaka alacaklısının ölümü ve yeniden evlenmesi, nafaka yükümlülüğünü kendiliğinden sona erdiren haller olarak BGB §1586'da düzenlenmiştir. Nafaka yükümlüsünün ölümü halinde ise bu yükümlülük sona ermeyip, mirasçılara tereke borcu olarak intikal etmektedir (BGB §1586b).

Görüldüğü üzere, her ne kadar Alman Hukukunda da evlilik sonrası eşlerin kişisel sorumluluğu kural, nafaka yükümlülüğü ise istisna olarak düzenlenmiş olsa da, BGB'de sayılan birçok sebep boşanan eşlerin nafaka talebini mümkün kılmaktadır. Diğer yandan, takdir edilecek nafakanın süresine ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Buna göre hakim, kanunda sayılan haller ve somut olayın özellikleri çerçevesinde nafakanın miktarı ile birlikte *süresini* de takdir edecektir .

Fransız Medeni Kanunu'nda (Code Civil Français / CCF) ise evlilik sonrası eşler arasındaki nafaka, CCF Art. 270-281 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda bu nafakanın amacı, evliliğin sona ermesi sonucu eşlerin yaşam standartlarında oluşan sorunların giderilmesi olarak ifade edilmiştir (CCF Art. 270/II).

Fransız Hukukunda da nafaka miktarının belirlenmesinde belirli ölçütler

70 Hans-Ulrich Graba, *Nachehelicher Unterhalt und angemessene Krankenversicherung*, NZFam 2014, 969; Klaus Weil, *Die konkrete Berechnung des Krankenvorsorgeunterhaltes*, FamRZ 2016, 684; Maurer, kn. 198, 199.

71 Maurer, kn. 88.

72 Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Friedwald Luebbert, "Der Ausschluß des nachehelichen Unterhalts wegen "grober Unbilligkeit" – § 1579 BGB, Bielefeld 1982.

rol oynamaktadır. Hakim nafaka miktarını özellikle evliliğin süresi, eşlerin yaşı ve sağlık durumu, mesleki nitelikleri, evlilik sırasında çocukların eğitime veya diğer eşinin kariyerine yapılan katkı, boşanma ile birlikte gerçekleştirilen mal rejiminin tasfiyesi sonrası eşlerin malvarlığı, eşlerin halihazır ve umulan malvarlığı değerleri, emekli aylığı gibi ölçütleri dikkate alarak belirler (CCF Art. 271)⁷³.

Fransız Hukukunda bu nafaka kural olarak götürü niteliğe sahip bir sermaye (toptan) şeklinde ödenmekte olup, bu bedel hakim tarafından takdir edilir. Nafaka yükümlüsü eşin belirlenen bedeli sermaye şeklinde ödenmesi mümkün değilse hakim, kural olarak 8 yılı aşmayacak şekilde dönemsel edimler halinde nafaka ödenmesine de karar verebilir (CCF Art. 275). İstisnaî olarak ise, nafaka alacaklısı eşin yaş ve sağlık durumunu dikkate alarak ömür boyu nafaka ödenmesine de hükmedebilir (CCF Art. 276).

İngiliz Hukukunda yer alan düzenlemeye göre (Matrimonial Causes Act / MCA) de evlilik sonrası eşlerin kişisel sorumluluğu esas olmakla birlikte hakim, boşanma sebebiyle ekonomik olarak zayıflayan eşin yaşamsal ihtiyaçlarına katkıda bulunması için diğer eşin nafaka ödemesine hükmedebilir (MCA 28/I (a)). Bu nafaka irat şeklinde olabileceği gibi, toptan ödeme şeklinde de olabilir (MCA 23/I (a-c)). Nafakaya hükmedecek olan hakim, *clean break* ilkesi çerçevesinde taraflar arasındaki ilişkiyi mümkün olan en kısa zamanda sona erdirmeye eğiliminde olmalıdır (MCA 25A/II). Bu amaç doğrultusunda, tarafların süreli nafaka yükümlülüğünü sona erdirecek mahiyetteki anlaşmalarına İngiliz Hukukunda imkan tanınmaktadır; Türk Hukukunun aksine bu anlaşmanın geçerliliği hakim onayına tabi değildir. Taraflar arasında anlaşma olmadığı takdirde ise hakim, birtakım ölçütlerle nafakanın miktarı ve süresini belirleyecektir. Bu ölçütler genel olarak, (1) *tarafların mevcut ve evlilik sonrası oluşacağı öngörülebilir gelirleri*, (2) *tarafların mevcut ve evlilik sonrası oluşacağı öngörülebilir ekonomik ihtiyaçları*, (3) *evlilik sırasındaki yaşam standardı*, (4) *evliliğin süresi*, (5) *tarafların yaşları*, (6) *tarafların çalışma durumları*, (7) *müşterek çocuğun bakımını hangi tarafın yükümlendiği* hususlarıdır (MCA 25/II).

İngiliz Hukukunda nafaka yükümlülüğü, hakim belirlediği sürenin sona ermesinin yanı sıra taraflardan birinin ölümü veya nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ile sona erer (MCA 28/I (a)). Ayrıca taraflar, haklı sebeplerin varlığı halinde (işsizlik, gelirin azalması, diğer tarafın gelirinin artması vs.) de nafakanın ortadan kaldırılması veya nafaka miktarı ve süresinin azaltılması

73 Cour de Cassation, Ch. C. 1, 15 Juin 2017, 16-19333; Cour de Cassation, Ch. C. 1, 1 Juin 2017, 16-16.903.

veya artırılmasını talep edebilirler (MCA 35/IV).

Avusturya Hukukunda evlilik sonrası eşler arasındaki nafaka yükümlülüğünün belirlenmesinde kusur, önemli bir unsur olarak düzenlenmiştir. Buna göre eşin nafaka yükümlülüğü, kural olarak ancak boşanmada daha ağır kusurlu olması halinde ve diğer eşin kendi geçimini sağlayamayacak düzeyde olması koşuluyla mevcuttur (EheG §66). Bununla birlikte, eşit kusurlu eşlerin de ihtiyaçları ve ekonomik düzeyleri dikkate alınarak hakkaniyet ölçüsünde karşılıklı nafaka yükümlülüğü söz konusu olabilir (EheG §67 §68). Nafakaya ilişkin taraflar arasındaki anlaşma ise hakim onayına tabi olmaksızın uygulama alanı bulur. Bu yönüyle Avusturya Hukuku da tıpkı İngiliz Hukukunda olduğu gibi Türk Hukuk sisteminden ayrılmaktadır.

Avusturya Hukukunda yoksulluk nafakasının belirlenmesinde esas alınacak önemli ölçütlerden bir diğeri de BGB §1570 paralelindeki ortak çocuğun bakımının üstlenilmesi hususudur: EheG §68a/I'e göre boşanan eşlerden müşterek çocuğun bakımını üstlenen taraf bu sebeple çocuk beş yaşını tamamlayana dek, koşulların varlığı halinde ise beş yaşından sonra da üç yılı geçmemek üzere nafaka talep edebilir (EheG §68a/II). Bu talep, tarafların kusurundan bağımsızdır.

Sonuç itibarıyla, Avusturya Hukukunda da evlilik sonrası eşler arasındaki nafaka yükümlülüğünün kural olarak belirli süreli, istisnai hallerde ise belirlenen sürenin artırılabileceğinin benimsenmiş olduğu ifade edilebilir.

Belçika hukukunda ise evlilik sonrası eşler arasındaki nafaka yükümlülüğü birtakım somut ölçütlere bağlanmıştır. Belçika Medeni Kanunu'na göre, nafaka için belirlenecek miktar yükümlünün gelirlerinin üçte birinden, süre ise evlilik süresinden kural olarak fazla olamaz (m. 301, §3/III - m. 301, §4/I). Nafaka alacaklısının talebi halinde mahkeme, nafakanın kesilmesi ile yaşamsal ihtiyaçlarını sağlayamayacağı kanaati ile istisnaen evlilik süresinden daha fazla süre için nafakaya hükmedebilecektir (m. 301, §4/II). Buna karşın, nafaka alacaklısının evlenmesi veya bir başkası ile birlikte yaşamaya başlaması halinde sürenin dolması beklenmeksizin nafaka sona erecektir (m.301, §10/II).

Hollanda Hukukunda da ilke, evlilik sonrası eşlerin kişisel sorumluluklarıdır. Bununla birlikte boşanan eşler arasında yapılan ve nafakanın miktarı, süresi ve ödeme şekli hususlarını içeren anlaşmalar geçerlidir (BW Art. 1/158). Taraflar bu anlaşmayı yapamadıkları takdirde ise nafakaya ilişkin talepler hakim tarafından karara bağlanacaktır.

Hollanda Hukuku, hakim takdir hakkını evliliğin süresine bağlı olarak sınırlandırmıştır. Buna göre, müşterek çocuğun bulunmadığı beş yıldan az süren evliliklerde, evlilik süresinden daha fazla süreli nafakaya hükmedilemez. Daha

uzun süreli evliliklerde ise nafaka yükümlülüğü en fazla on iki yıldır; ancak eşin ekonomik durumu nafakanın devamını gerektirecek ölçüde kötü ise talebe bağlı olarak hakim yapacağı değerlendirme sonrasında bu süre uzatılabilir (BW, Art. 1/157).

V. Yoksulluk Nafkasına Süresiz Olarak Hükmedilmesine İlişkin Değerlendirme

Çağdaş hukuk sistemleri arasında yer alan yukarıdaki ülke mevzuatlarının tamamında, yoksulluk nafkasına ilişkin sürenin tayininde hakime takdir hakkı tanındığı görülmektedir. Türk Hukuku uygulamasında ise kural, talep edilmesi halinde hakim yoksulluk nafkasına süresiz olarak hükmetmesi gerektiği, süresiz olarak hükmedilen nafakanın ise ancak TMK. m. 176/III-IV'teki koşulların varlığı halinde kendiliğinden veya mahkeme kararı ile sona erdirilebileceği yönündedir. Bu itibarla Türk Hukuku uygulaması, bu ülke uygulamalarından ayrılmaktadır.

Yoksulluk nafkasının eşler arasındaki karşılıklı dayanışma yükümlülüğünün evlilik sonrası devamı niteliğinde olduğu, bu sayede boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşin, kendi geçimini sağlayacak kudrete erişinceye ve sosyal yaşama uyum sağlayıncaya kadar mali bakımdan desteklenmesinin amaçlandığı yukarıda açıklanmıştı. Bu anlamda, yoksulluk nafkasını miktar ve süre yönünden belirlenmesi için esas alınan iki temel ölçütten birisi evlilik sonrası dayanışma ilkesi, diğeri ise eşler arasındaki bağın mümkün olan en kısa zamanda sona erdirilmesi ilkesidir⁷⁴. Hakimin, birbirleri ile tezat görünen bu iki ilke ışığında yoksulluk nafkasına hükmetmesi gerekir.

Boşanan eşler arasındaki kişisel ilişkinin -ekonomik ve sosyal- tüm yönleriyle mümkün olan en kısa zamanda sona erdirilmesi, öğretide “clean break ilkesi” olarak adlandırılmaktadır⁷⁵. Clean break ilkesi, hakim yoksulluk nafkasına hükmederken aynı zamanda nafakanın süresini de belirlemesini gerektirir. Nitekim boşanma ile eşlerin, aralarındaki kişisel ilişki ile birlikte evlilikten doğan karşılıklı hak ve yükümlülüklerini sona erdirmeye iradesinde oldukları esastır. Boşanmaya bağlı sonuçlardan birisi olarak yoksulluk nafkası ise, evliliği sona ermesine rağmen eşler arasındaki ilişkinin mali yönden devamını sağlamaktadır. Fakat nafaka yükümlüsünün TMK. m. 176/III-IV'te sayılan haller oluşmadığı takdirde ömür boyu bu yükümlülüğe katlanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple hakim, süresiz olarak talep edilse dahi sona eren evliliğe ve taraflara ilişkin tüm koşulları değerlendirmek suretiyle nafa-

74 Schwander, Ivo, in: *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf (Hrsg.), Zürich 2011, Art. 125 N.I.

75 Kocabaş, s. 366.

ka alacaklısının geçimini sağlaması için gerekli makul süreyi tespit etmeli, bu sürenin sonunda nafaka ilişkisi -dolayısıyla tüm kişisel ilişki- kendiliğinden sona ermelidir. Clean break ilkesi ile de temel olarak nafaka yükümlülüğünün uzun süre devam etmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁷⁶.

Yukarıda da izah edildiği üzere, her ne kadar kanaatimizce süresiz olarak talep edilen hallerde dahi merî TMK. hükümleri hakime yoksulluk nafakasını belirli bir süre ile sınırlama imkanı vermekte ise de Yargıtay'ın yerleşik içtihadı aksi yöndedir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay uygulaması ile süresiz nafaka kural haline gelmiş⁷⁷, ancak TMK. m. 176/III-IV'te yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden veya nafaka yükümlüsünün talebi ile yoksulluk nafakasının ortadan kaldırılabileceği veya azaltılabileceği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Buna göre, Türk hukukunda clean break ilkesinin ikinci plana itildiği, buna karşın evlilik sonrası dayanışma ilkesinin ön planda tutulduğu ifade edilebilir⁷⁸. Buna karşın mehaz kanun ZGB ile BGB başta olmak üzere neredeyse tüm hukuk sistemlerinde evliliğin sona ermesi ile birlikte boşanan eşlerin geride bıraktıkları hayatlarından bağımsız yeni bir düzen kurma düşüncesi temel amaç olarak benimsenmektedir. Bir başka ifadeyle evliliğin sona ermesi ile birlikte boşanan eşler geçimlerini sağlamak hususunda kişisel olarak sorumludurlar; ancak birtakım koşulların varlığı halinde boşanan eşin mali yönden desteği söz konusu olabilir.

Evliliğin sona ermesine rağmen boşanan eşlerin birbirleri ile zorunlu ilişkilerinin devamında bireysel ve toplumsal sakıncalar da mevcuttur. Zira boşanan eşlerin yoksulluk nafakası dolayısıyla ilişkilerinin süresiz veya -TMK. m. 176/III-IV'te yer alan sebepler oluşuncaya dek- belirsiz süreli olarak devamı, özellikle nafaka yükümlüsü eşin kendisine yeni bir aile hayatı kurmasını zorlaştırmakta; yeniden evlenmesi halinde bu ilişkisinde maddi-manevi birtakım sorunlara yol açabilecektir⁷⁹. Nafaka alacaklısı yönünden ise, yoksulluk nafakası ile elde ettiği gelirin sona ermemesi için evlilik dışı fiili birlikteliklere sebebiyet verebilecektir. Her ne kadar nafaka alacaklısının bu tür fiilî birlikteliği TMK. m. 176/III hükmü gereği nafakanın mahkeme kararı ile kaldırılmasını gerektirse de nafaka yükümlüsü tarafından bu durumun tespiti, nafakanın kaldırılması için açılacak dava için delil toplanması süreçleri boşanan eşler ara-

76 Schwander, N. II.

77 Yoksulluk nafakasının belirli süreli olarak talep edildiği hallerde hakimin talebe bağlılık ilkesi gereği talep doğrultusunda hüküm vermesi gerektiği, buna karşın Yargıtay'ın süreye ilişkin yerleşik içtihatları karşısında belirli süreli olarak yoksulluk nafakası talebinin çok istisnai bir durum teşkil ettiğini hatırlatmak gerekir.

78 Kocabaş, s. 366.

79 Arbek, s. 145 vd.; Ruhi, s. 46.

sındaki kişisel bağın sona ermesi bir yana, tam aksine özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal edecek düzeyde tarafların birbirlerinin kişisel hayatlarını izlemesini zorunlu kılacaktır. Dolayısıyla hakim yoksulluk nafakasına hükmederken tüm bu hususları dikkate almalı; nafakayı gerek miktarı yönüyle yükümlünün mali durumunu kötüleştirmeyecek düzeyde, gerekse boşanan eşlerin birbirleri ile olan ilişkilerini tamamen sona erdirebilmeleri için süresi yönüyle hakkaniyete uygun olarak takdir etmelidir⁸⁰.

Evlilikten doğan yükümlülüklerin eşler arasındaki paylaşımı, yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde esas alınması gereken temel husustur. Bu kapsamda hakim, eşlerin düzenli gelire ve malvarlığına sahip olup olmadıkları, yaşları, sağlık durumları, çalışma imkanları, müşterek çocuklarının bakım ve ihtiyaçlarını ne şekilde karşıladıkları, evliliğin süresi gibi hususları ele alarak somut olay adaletine göre karar vermesi gerekir. Fakat her ne koşulda olursa olsun yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi, hakkaniyetli değildir.

Diğer yandan ülkemiz aile yapısında, -özellikle kadınlar bakımından- eşinin talebi üzerine veya şartlar gereği kendisini ailesine ve müşterek çocuklarının bakımına adanmış, hatta bu sebeple sosyal hayattan kopmuş önemli bir kitlenin varlığı da inkar edilemez bir gerçektir. Bu sebeple özellikle uzun süren evliliklerde boşanma sonrasında kadının çalışma hayatına atılması, geçimini sağlamaya muktedir hale gelmesi oldukça güçtür⁸¹. Dolayısıyla hakkaniyetin sağlanması adına yoksulluk nafakasına hükmederken evliliğin süresi, müşterek çocukların bakım ihtiyaçları, tarafların çalışma olanakları ve sair hususların araştırılması önemlidir. Buna karşın nafaka yükümlüsünün boşandığı eşini mali yönden süresiz olarak desteklemek zorunda bırakılması her ne sebeple olursa olsun mümkün olmamalıdır; hakim tarafından takdir edilecek makul sürenin sonunda nafaka yükümlülüğü sona ermelidir⁸². Boşandığı eşinden hakim tarafından tayin ettiği süre boyunca nafaka desteği almış olmasına rağmen yoksulluğu devam eden kişiyi ise bu aşamadan sonra gerek mali destek anlamında gerekse topluma kazandırılması ve hatta iş edindirilmesi yönleriyle sosyal devletin himaye etmesi gerekmektedir⁸³. Kanaatimizce Anayasa m. 41 hükmünde yer alan “*devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma yükümlülüğü*” mevcut ailenin korunmasının yanısıra, evliliğin sona ermesi halinde de aile bireyleri-

80 Şahin, s. 86, Yıldırım, s. 83.

81 Kocabaş, s. 385.

82 Yıldırım, s. 82.

83 Akıntürk, Ateş Karaman, s. 306; Şahin, s. 86; Gençcan, s. 1207; Arkan, s. 298; Yıldırım, s. 82; Ruhi, s. 46.

nin toplumsal ve ekonomik yönlerden korunmasına hizmet eden bir düzenlemedir. Bunun için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde bir yapı oluşturularak bu sorunun ortadan kaldırılması için devlet eliyle bütüncül çalışmalar yürütülmesi yoksulluk nafakası düzenlemesinin amacını, taraflara ilişkin hakkaniyet ilkesini, boşanan eşlerin çalışma hayatına ve sosyal hayata entegre olmasını, ayrıca yoksulluk nafakası sebebi ile birbirleri ile zorunlu ilişkilerini ilanihaye sürdürmek zorunda kalmamalarını sağlamak adına yerinde olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de T. 17/5/2012 – E. 2011/136 - K. 2012/72 sayılı kararında da yoksulluk nafakası yükümlülüğünün *sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği* olarak getirildiği ifade edilmiştir. Yine aynı kararda, sosyal hukuk devletinin vatandaşlarına asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade ettiğine, vatandaşlarının sosyal durumları ile ilgilendiğine, insan onurunun korunmasını amaçladığına, bunun için sosyal adaleti sağlamayı amaçladığına yer verilmiştir. Ayrıca sosyal hukuk devletinin kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan ve toplumsal dengeleri gözetken devlet olduğu da ifade edilmiştir. Hal böyle iken boşanan eşin süresiz olarak nafaka yükümlülüğüne *mahkum edilmesi, sosyal devlet ilkesinin yükünün boşanan eşe yüklenmesi sonucunu doğurmaktadır.*

Sonuç

Evlilik birliğinin kurulması ile birlikte eşler arasında doğan karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, evliliğin sona ermesi ile birlikte sona ermesi esastır. Bunun bir istisnası olarak kanun koyucu, boşanan eşlerin evlilik sonrasında da mali bakımdan birbirlerine katkı sağlama yükümlülüğünü düzenlemiştir: Koşulların varlığı halinde hakim, nafaka talep edilen tarafın mali gücü oranında boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan tarafa nafaka ödemesine hükmedebilir. Yoksulluk nafakası adı altında TMK. m. 175 ve devamı hükümlerinde düzenlenen bu yükümlülük, evlilik sonrası dayanışma ilkesi çerçevesinde, sosyal ve ahlaki saiklerle mevzuatımızda yer almaktadır. Bu sayede boşanan eşlerin evliliğin sona ermesi sebebiyle yoksulluğa düşmesinin önüne geçilmesi, toplumsal yaşama uyum sağlayana dek mali yönden katkıda bulunulması amaçlanmaktadır.

Diğer yandan boşanma ile eşler, temel olarak evlilik birliğinin sağladığı kişisel ilişkilerini sona erdirmeyi amaçlamaktadırlar. Yoksulluk nafakası da dahil olmak üzere boşanmaya bağlı hiçbir sonuç, eşlerin bu iradesine zarar vermemelidir. Bu anlamda denilebilir ki hakimin, evlilik sonrası dayanışma ilkesinin

bir sonucu olarak yoksulluk nafakasına hükmederken, boşanan eşler arasındaki kişisel ilişkinin en kısa sürede sona erdirilmesi ilkesini gözardı etmemesi gerekir.

Yoksulluk nafakasının miktarına ilişkin hakim, talebe bağlılık ilkesi çerçevesinde takdir hakkına sahiptir. Somut olayda yapacağı değerlendirme sonucunda talebi reddedebileceği gibi, uygun gördüğü miktara da indirebilir. Buna karşın Yargıtay'ın yerleşik içtihatları, yoksulluk nafakasının süresi bakımından hakimin takdir hakkına sahip olmadığı yönündedir. Buna göre, süresiz olarak talep edilen yoksulluk nafakasında hakimin nafakayı belirli bir süre ile sınırlandırması mümkün değildir. Halbuki boşanan eşler arasındaki kişisel ilişkinin sona erdirilmesi bakımından yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlandırılması son derece önemlidir.

Yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilmesi halinde hakimin nafakayı belirli bir süre ile sınırlamasının mümkün olmadığı; kanun koyucunun bu hususta hakime takdir hakkı tanımadığı yönündeki Yargıtay'ın yerleşik içtihadına katılmak mümkün değildir. Bir başka deyişle, TMK. m. 175 hükmünde yer alan “*süresiz olarak talep edebilir*” şeklindeki ifade, süresiz olarak talep edilmesine rağmen yoksulluk nafakasının belirli süreli olarak sınırlandırılmasına engel değildir. Hükmün amacı ve mehz kanun uygulamaları ile birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç budur.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın 1988 yılından bu yana sahip olduğu görüşü terk ederek, TMK. m. 175 hükmünü yeniden yorumlamasını ve süresiz olarak talep edilmesine rağmen yoksulluk nafakasının belirli bir süre ile sınırlandırılabilirliği yönünde yeni bir içtihat ortaya koyabileceğini düşünmek de gerçekçi değildir. Bu sebeple kanun koyucunun yapacağı yasal düzenleme ile konuya açıklık getirmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Yapılacak düzenleme ile, yoksulluk nafakasına azami beş ilâ sekiz yıl süreden daha fazla hükmedilememesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sınırlar çerçevesinde hakim, eşlerin malvarlıkları, gelirleri, yaşları, çalışmaya elverişlilikleri, çocuklarının velayeti ve bakım ihtiyaçları, evliliğin süresi gibi hususları da ele alarak yoksulluk nafakasının süresini takdir etmelidir. Bu sayede hem eşler arasında “evlilik sonrası dayanışmanın” gereği sağlanabilecek, hem de boşanma ile temel olarak arzu edilen “kişisel ilişkilerinin sona erdirilmesi” makul bir süre içerisinde tamamen gerçekleştirilebilecektir.

Diğer yandan, TMK. düzenlemesinde evlilik sonrası nafaka ilişkisinin belirlenmesinde ele alınacak ölçütlere -mehaz kanun ZGB ve diğer birçok ülke düzenlemesinden farklı olarak- kapsamlı olarak yer verilmemiş; yalnızca genel ilkelere yer vermekle yetinilmiş, buna karşın hakime geniş bir takdir yetkisi-

ni tanınmıştır. Kanun koyucunun bu yaklaşımı kanaatimizce yerinde bir tercihtir. Zira bu hususta yapılacak ayrıntılı bir düzenleme, toplumsal gelişmeler karşısında düzenlemenin zamanla güncelliğini yitirmesine, yetersiz kalmasına ve değişen koşullara yanıt üretememesine sebep olabilir. Bu itibarla, kanun koyucunun bu yönüyle mevcut düzenlemeyi koruması, yalnızca yoksulluk nafakasının süresi yönünden sınırlayıcı bir değişikliğe gitmesi yerinde olacaktır. Hakimin, güncel gelişmeler ve değişen koşullar karşısında takdir hakkını kullanarak hakkaniyetli çözümler üretebilmesi, somut olay adaletini tesis edebilmesi bu şekilde mümkün olabilecektir.

Son olarak unutulmamalıdır ki yoksulluk nafakasının sağladığı güvence, esasen “*sosyal devlet ilkesi*” bağlamında devletin Anayasal bir ödevidir. Evliliğin sona ermesinin ardından birtakım koşulların varlığı halinde ve somut olaya göre hakim tarafından takdir edilecek belirli sınırlarda bu ödevin boşanan eşler tarafından üstlenilmesi kabul edilebilir. Ancak, boşanan eşlerden birisinin ölümüne dek diğer tarafın yoksulluk nafakası ile yükümlü olması kuşkusuz hakkaniyete aykırıdır. Bu sebeple, TMK. m. 175 ve devamı hükümlerinden bağımsız bir şekilde, sosya devlet ilkesinin bir gereği olarak devletin yoksulluk nafakası alacağı sona ermesine rağmen geçimini sağlayacak düzeye erişememiş bireylere ekonomik ve topluma kazandırılması yönleriyle katkı sağlanması için gerekli koşullar bütüncül bir şekilde ele alınmalı ve yapılandırılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut; Ateş Karaman, Derya, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku C II*, İstanbul, 2013.
- Akıntürk, Turgut, “Boşanmanın Hukukî Sonuçları”, *AÜHF. Ellinci Yıl Armağanı, C II*, Ankara, 1977, s. 175 – 204.
- Arbek, Ömer, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, *AÜHFD.*, C 54, S I, 2005, S 115 – 161.
- Arkan Serim, Azra, “Yoksulluk Nafakası”, *İÜHF.M.*, C LXV, S I, İstanbul, 2007, s. 285 – 302.
- Beutler, Bengt, *BeckOK BGB*, BAMBERGER / ROTH / HAU / POSECK, 47. Edition Stand: 01.08.2018.
- Bozdağ, Gonca Gülfem, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Ankara, 2015.
- Ceylan, Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, 2006.
- Çitak, Burçak, *Eşler Arasındaki Nafaka Yükümlülüğü (Yayınlanmamış YLT.)*, İstanbul, 2016.
- Demir, Mecit, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, İstanbul, 2018.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper, *Aile Hukuku*, İstanbul, 2016.
- Egger, August, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - Aile Hukuku*, Zürich, 1949.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1986.
- Freiburghaus, Dieter, in: *Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB*, Peter Breitschmid / Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Zürich, 2012.
- Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara, 2015.
- Graba, Hans-Ulrich, *Nachehelicher Unterhalt und angemessene Krankenversicherung*, NZFam, 2014.
- Helvacı, Serap; Erlüle, Fulya, *Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, İstanbul, 2018.
- Kocabaş, Gediz, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakamı Belirleyici Ölçütler”, *MÜHFD.*, C XIX, S I, İstanbul, 2013, s. 357 – 391.
- Köprülü, Bülent; Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1986.
- Luebbert, Friedwald, “*Der Ausschluß des nachehelichen Unterhalts wegen “grober Unbilligkeit”* – § 1579 BGB, Bielefeld, 1982.
- Maurer, Hans Ulrich, *Münchener Kommentar zum BGB*, B. VIII, 7. Auflage, München, 2017.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara, 2015
- Ruhi, Ahmet Cemal, *Nafaka Hukuku*, Ankara, 2010.
- Schwander, Ivo, in: *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf (Hrsg.), Zürich, 2011.
- Schwenzer, Ingeborg, in: *Scheidung Band I: ZGB / Band II: Anhänge*, Bern, 2011.
- Sutter, Thomas / Freiburghaus, Dieter, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich, 1999.

- Şahin, Mustafa, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK. m. 175 – ZGB m. 125)”, *Gazi ÜHFD.*, C XXI, 2017, S III, s. 75 – 107.
- Tekinay, S. Sulhi, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1990.
- Uzun, Mine, Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Bağlamında Yoksulluk Nafakası (*Yayınlanmamış YLT.*), İstanbul, 2013.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, C II*, İstanbul, 1965.
- Weil, Klaus, *Die konkrete Berechnung des Krankenvorsorgeunterhaltes*, FamRZ 2016.
- Yıldırım, Abdülkerim; “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, C XIV, S 157, Ocak 2016, s. 59-88.

ÖZ

Yoksulluk nafakası, evliliğin sona ermesine rağmen eşler arasındaki kişisel ilişkinin mali yönden devamını zorunlu kılmaktadır. Evlilik sonrası eşlerin karşılıklı dayanışma yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkan bu nafaka türü, Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 175 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir”.

Yoksulluk nafakasının süresine ilişkin Yargıtay’ın yerleşik içtihadı, Anayasa Mahkemesi’nin kararı ve öğretideki görüşler, konuyu oldukça tartışmalı hale getirmiştir. Tartışmanın odak noktasını, yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edildiği hallerde hakim’in, nafakayı belirli bir süre ile sınırlandırabilmesi hususunda takdir hakkına sahip olup olmadığı teşkil etmektedir. Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesinin hakkaniyete ne kadar uygun düştüğü ise tartışmanın bir başka boyutudur.

Bu bağlamda öncelikle konumuzun temelini oluşturan yoksulluk nafakasının amacı ve unsurlarına ilişkin açıklamalar ile süresi bağlamında geçmişten günümüze Türk Hukukunda yer alan mevzuat hükümleri incelenmiştir. Akabinde ise mukayeseli hukuk düzenlemelerine değinilmiş, konuya ilişkin değerlendirmelerimizin ardından sonuç kısmında olması gereken hukuka yönelik tespitlerimize yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: yoksulluk, yoksulluk nafakası, yoksulluk nafakasının koşulları, yoksulluk nafakasının süresi, hakim’in takdir yetkisi.

İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi*

Termination of The Employment Contract By The Employer Depending on Alternative Legal Reasons

Seçkin NAZLI**

ABSTRACT

The employer shall be obliged to give a written termination of notice and to describe the reason of termination very clearly and in exact words (Art. 19 para. 1 LA). During termination of an employment contract of an employee, employers sometimes depend on different alternative legal reasons. This kind of termination process complies with the labour law provisions. As we know labor law system is based on the principle with the aim of providing and protecting the basic rights and interests of the employees. This main principle is also supported by another principle called the interpretation in favor of the employee. In cases of disputes where there are no clearly defined provisions in acts, by-laws or regulations the courts should rule in favor of the employee. Especially when the employer depends on alternative legal reasons during termination of an employment contract, there is no clear cut provisions in labour code about which reason of termination judges must firstly take consideration into to solve the legal dispute. According to us in same situations judicial mechanism must prefer to protect the employer's rights rather than the employer's and judges must solve the legal dispute by considering only the reason which will occur the most advantageous result for the employee. Principle called interpretation in favor of the employee is also the main reason to accept this kind of a solution.

Keywords: employment contract, termination, termination of notice, just cause.

Giriş

İş hukukuna özgü hukuki problemlerin büyük çoğunluğu iş sözleşmesinin feshinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle iş hukukunda fesih ayrı ve özel bir öneme sahiptir. İş güvencesinin kabulü ile işçilerin feshe karşı koruma bakımından özel hükümlere tabi kılınması, fesih sürecinde işverenin uyması gereken bir takım usul kurallarının da İş Kanunu'nda ayrıca kabulüne neden ol-

* Makale gönderim tarihi: 06.11.2018. Makale kabul tarihi: 10.12.2018. Seçkin Nazlı, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Fesih Sebebinin Terditli Olarak İleri Sürülmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 269-311.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: snazli@medipol.edu.tr.

muştur. İşverenin iş güvencesi kapsamında çalışan bir işçisinin iş sözleşmesini hukuken geçerli biçimde feshedebilmesi için feshin mutlaka bir geçerli nedene dayanması gerekmektedir. İşverenin fesih sürecinde iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı bir nedene sahip olması yanında yasa ile belirlenmiş bir takım usul kurallarını da gözetmesi gerekir. İşverenin fesih sürecinde yasa ile belirlenmiş usul kurallarına uymaması, gerçekleştirmiş olduğu fesih işleminin haksız ya da geçersiz olarak kabul edilmesine neden olabilecektir. Bu nedenle işverenlerce hukuka uygun bir fesih işlemi ancak feshe ilişkin kanunkoyucu tarafından yasalarla düzenlenmiş usul ve esasa yönelik yasal düzenlemeleri gözeterek işlem gerçekleştirmeleri halinde mümkün olacaktır.

İş Kanunu'nda feshe ilişkin düzenlenmiş usul kurallarının, feshin hukuka uygunluğuna doğrudan etkisi bu konuya ilişkin özellikli bazı durumların tek başına değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu noktada çalışmamızla değerlendirmek istediğimiz temel hukuki mesele işverenler tarafından fesih bildiriminde dayanılan fesih gerekçelerinin terditli olarak ileri sürülüp sürüleme-yeceği, işverenlerin tek bir fesih bildiriminde farklı mahiyette birden fazla fesih gerekçesine dayanıp dayanamayacağı hukuki meselesidir. Konu hakkında görüş oluşturmada önce genel olarak feshe ilişkin temel bilgiler, fesih kavramı, türleri ile feshe ilişkin mevcut yasal düzenlemeler konusunda hem usul hem esasa ilişkin olmak üzere genel birtakım açıklamalara çalışmamızda yer verilmiştir. Ayrıca konuya ilişkin mahkeme kararları ile ortaya çıkan içtihadi birikime, emsal mahkeme kararlarına da değinilmiştir. Çalışmamızın temel konusu özellikle işveren feshinde fesih gerekçelerinin fesih bildiriminde terditli olarak yer almasının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi olduğundan fesihle ilgili konulara çalışmamızın ana konusu ile ilgili olduğu ölçüde değinilmiştir. İş güvencesi hukuku işverenin iş sözleşmesini keyfi nedenle sona erdirmesini engelleyici bir anlam ve mahiyete sahiptir. Çalışmamız içeriğinde fesih gerekçelerinin hangi durumlarda haklı ya da geçerli kabul edileceklerine ilişkin değerlendirme yapılmamıştır. İş güvencesi hükümleri kapsamında olsun ya da olmasın işçi derhal feshe muhatap kalmadığı sürece kural olarak iş sözleşmesinin bildirimli fesih yolu ile sona erdirilmesi gerekir. Bu nedenle fesih gerekçesinin terditli olarak fesih bildiriminde yer alması konusu, fesih bildiriminde işverence dayanılan fesih sebeplerinin yerindeliliği açısından değil daha çok bu durumun feshte işverenin gözetmesi gereken usul kuralları bakımından işveren feshinin hukuka uygunluğuna etkisi özelinde değerlendirilmeye çalışılmıştır. İşverenin özellikle iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından iş sözleşmesinin feshinde neden gösterme zorunluluğu bulunmadığına göre bu kapsamdaki işçiler bakımından fesih gerekçelerinin terditli olarak ileri sürülmesinin de feshin hukuka uygunluğuna etkisi bakımından özel bir önemi yoktur.

Bu nedenle genel olarak çalışmamız içeriğinde değerlendirdiğimiz hususlar iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçiler bakımından özel önem taşımaktadır.

I. İş Sözleşmesinin Süreli Fesih Bildirimi İle Sona Ermesi

A. Genel Olarak

İş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmesi sürekli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri için uygulanabilecek bir fesih yoludur. Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, otuz iş gününü aşan işlere ise sürekli iş denir (İş K. m.10/f.1). Süreksiz işlerde İş Kanunu'nun süreli feshi düzenleyen 17. maddesinin uygulanmayacağı kanununun 10. madde 2. fıkrasında belirtilmiştir. Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinde kural sürenin geçmesi ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, fesih bildirimine ihtiyaç duyulmamasıdır. Ancak Türk Borçlar Kanunu 430. maddesinde düzenlenen bir durumda istisnai olarak iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesine karşın süreli fesih ile sona erdirilmesi yolu düzenlenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin on seneden uzun bir süre için akdedilmesi ihtimalinde, taraflardan her biri, işveren ya da işçi olsun, on sene geçtikten sonra altı aylık bildirim süresine uymak koşulu ile iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir (TBK m. 430/f. 3). Belirttiğimiz istisnai hal dışında iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyularak feshinde kural sona erdirilecek iş sözleşmesinin belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmesi olma niteliğine sahip olmasıdır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde eğer iş sözleşmesi sona erdirilecek işçi, iş güvencesi kapsamında değilse fesih için herhangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Böyle bir durumda 4857 sayılı İş Kanunu, sözleşmenin taraflarına fesih konusunda iradelerini ortaya koyarak ve yasadaki düzenlemelere uymak koşulu ile iş sözleşmesini diledikleri zaman sona erdirmeye hakkı tanımış bulunmaktadır. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin kuruluş esnasında ilelebet sürmek üzere akdedildiğinin ya da sona erdirilemeyecek olduklarının kabulü tarafların özgürlüklerine müdahale, kişilik haklarına aykırı bir halin kabulü anlamına gelecektir¹. Belirsiz süreli iş sözleşmelerine fesih hakkının tanınmasının zaruri ihtiyaçlardan doğduğu kabul edilmektedir. İşçinin iş sözleşmesi ile iş görme borcunu tek bir işverene hayat boyu hasret-

1 Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 117; Turhan Esener, *İş Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 220; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 895; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2017, s. 418; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2018, s. 519; Ünal Narmanlioğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi İstanbul, Aralık 2014, s. 351.

mesinin kabul edilemeyeceği, bu durumun taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi köleliğe doğru götüreceği ileri sürülmüştür². Başka bir yönü ile ekonomik ya da teknik vb. bir takım nedenlerden dolayı işverenin işçi ile çalışmak istememe yönünde oluşması muhtemel iradesine cevap verme gereği de fesih hakkı tanıma bakımından önemli bir ihtiyaç olarak düşünülmüştür³. Bu nedenle genel olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinin herhangi bir neden gösterilmeksizin tek tarafı irade beyanı ile ortadan kaldırılabilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin feshi gereğinin iş sözleşmesinin tarafları için bir ihtiyaç olarak kabulü ve fesih hakkının tanınması kadar taraflara tanınan fesih hakkının sözleşmenin her iki yanının zararına hizmet etmesinin engellenmesi⁴ de önemli bir konudur⁵. Bu noktada iş sözleşmesinin taraflarının ortak menfaatlerini gözeten bir çözümün benimsenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu konuda benimsenen çözüm kanun koyucunun iş sözleşmesinin tek yanlı feshine olanak tanınması ve fakat oluşabilecek muhtemel zararı önlemek adına da feshin bildirildiği anda değil belirli bir sürenin geçmesi ile hüküm doğuracak olduğunun kabulü olmuştur. Benimsenen bu yol sayesinde taraflar arasındaki menfaat dengesi korunmaya çalışılmıştır⁶.

B. Fesih Bildirimi

1. Kavram ve Tanımı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğüne uyulması neticesinde kanunda belirlenen sürelerin sona ermesi ile birlikte iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Fesih bildiriminde bulunan taraf, diğer tarafa yönelttiği tek yanlı irade bildiriyle, belli bir sürenin geçmesi ile aralarındaki iş sözleşmesini sona erdirmektedir. Bu noktada sözleşmeyi sona erdiren, fesih bildirimini yapılmasıyla başlayan bildirim sürelerinin geçmesi değil, fesih bildirimini kendisidir. Fesih bildirimine bağlanan sonuç ise bildirim yapılmasıyla değil bildirim sürelerinin geçmesiyle meydana gelmektedir. Sürelere uyma bakımından iş sözleşmesinin her iki yanının

2 Esener, s. 220; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 895; Narmanhoğlu, s. 351.

3 Esener, s. 221; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 895; Narmanhoğlu, s. 351.

4 Süzek, İş Hukuku, s. 519; Narmanhoğlu, s. 351; Tankut Centel, *İş Hukuku Cilt I Bireysel İş Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 171-172.

5 İş sözleşmesinin feshinin işçi zararına hizmet etmesinin engellenmesi bakımında Fransız doktrininde fesih bildiri konusunda mevcut olan taraflar arasındaki eşitlik ilkesinin yerini, daha zayıf konumdaki işçinin korunması fikrine bırakan anlayış ile fesih bildiri teorisini, işten çıkarmalar ile istifaya farklı hukuki sonuçlar getirerek işten çıkarmalar konusunda eşitlik ilkesini bozarak işçi lehine tanınan teminatlara ilişkin bilgi için bkz. Esener, s. 221.

6 Çenberci, s. 117; Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku*, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1976, s. 145; Narmanhoğlu, s. 351.

da uyma borcu altında olduğu ilgili madde hükmü gereğidir. Bildirim şartına uyulmaması, uymayan taraf bakımından bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü doğurmaktadır (4857 sayılı İş K. m.17/ f. 5.).

Fesih bildirimini ile somutlaşan fesih yönündeki irade beyanı mevcut bir hukuki ilişkinin (tarafklar arasındaki mevcut iş sözleşmesinin) sona ermesine neden olacağından kullanılan bu hak yenilik doğuran bir hak olup, iş sözleşmesinin sona ermesine neden olan yönüyle bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir⁷. Yenilik doğuran hak, tek taraflı hukuki işlem ile bir hak veya hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirme yetkisi veren hak olarak tanımlanmalıdır⁸. Yenilik doğuran hakların kullanılması ile mevcut bir hukuki ilişki ya sona erdirilir ya bu hukuki ilişkide değişiklik meydana getirilir ya da daha önce mevcut olmayan bir hukuki ilişki kurulur. Bu sebeple yenilik doğuran hakların kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olarak sınıflandırıldığı görülmektedir. Yenilik doğuran hak, hak sahibinin tek taraflı iradesi ile kullanılır. Hakkın kullanımı ile muhatabın hukuki durumunda değişiklik meydana gelir ve bu hakkın kullanımı kural olarak muhatabın ya da bir makamın onayına bağlı değildir.

Fesih bildiriminde bulunan taraf, bozucu yenilik doğuran bir hakkı kullanarak diğer tarafa yönelttiği tek yanlı irade beyanıyla, belirli bir sürenin geçmesi ile aralarındaki iş sözleşmesini sona erdirmektedir. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki sözleşmeyi sona erdiren fesih bildirimidir. Yoksa sözleşmeyi sona erdiren, fesih bildiriminin yapılmasıyla başlayan yasaca tanınan kanuni sürenin geçmesi değildir. Ne var ki fesih bildirimini, bu sonucu, bildirim yapılmasıyla değil, kanuni sürenin geçmesiyle meydana getirmektedir. Fesih bildiriminin yasaca tanınan sonucu gerçekleştirmesi, diğer tarafın kabulüne, ya da yargıcın kararına bağlı değildir. Bu nedenle, bir yenilik doğuran kullanımı söz konusudur. Fesih bildirimini hakkının kullanılmasıyla var olan mevcut bir hukuki durum bozulduğu için, bu hak bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir. Tüm bu açıklamalarımızın ortaya çıkardığı bir sonuç olarak fesih bildirimini, belirsiz süreli iş sözleşmesini, yasal bildirim sürelerinin sonunda, geçmişe etkili olmayacak şekilde sona erdiren, tek yanlı, karşı tarafa varma ile sonuç doğuran, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde bir hukuki işlem olarak tanımlanabilir.

7 Çenberci, s. 118; Esener, s. 222; Centel, İş Hukuku, s. 170; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 898, s. 657; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 419; Süzek, İş Hukuku, s. 520; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2017, s. 182; Narmanhoğlu, s. 352.

8 Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 45.

2. Unsurları

Fesih bildirimine ilişkin hak, iş güvencesi hükümleri gibi kanunla ya da taraf iradeleri sonucunda sözleşmeye konulan kayıtlarla sınırlandırılmadıkça iş sözleşmesinin kurulması ile kullanılabilir hale gelir. Fesih bildirimine ilişkin hakkın kullanılması, hakkı sona erdirir. Fesih bildiriminin hukuken geçerli kabul edilerek sonuç doğurması bazı şartların gerçekleşmesi olmasına bağlıdır. Gerçekleşmesi gerekli olan şartlardan birincisi fesih bildiriminin hüküm ve sonuçlarını doğurması için yürürlükte olan, hukuken geçerli bir sözleşmenin varlığı şarttır. İş sözleşmesinin hükümsüz olması halinde ya da ölüm, ikale gibi fesih dışı sona erme hallerinden biri gereğince sona ermişse, fesih bildiri de söz konusu olmayacaktır. Ayrıca iş sözleşmesi deneme süresi içerisinde sona erdirilmişse ya da sözleşmenin taraflarından bir tanesi derhal fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmişse bildirimli feshe başvurulması gerekmez. Bildirimli feshe başvurulacak iş sözleşmesinin sürekli bir işe ilişkin olması ve belirsiz süreli olarak akdedilmesi esastır. Belirttiğimiz tüm bu hususlara aykırılık olmadığı takdirde iş sözleşmesinin taraflarından bir tanesinin fesih bildirimini karşı tarafa ulaştırarak gerçekleştirdiği fesih işlemi hukuken geçerli bir fesih işlemi olarak kabul edilebilir.

3. Bildirimli Feshe Başvurmada Hak Sahibi ve Bildirim Hukuki Sonuçları

Hukuk sistemimizde feshin işçi veya işveren tarafından yapılmasına bağlanan hukuki sonuçlar farklı olduğundan, fesih bildiriminin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Yine iş sözleşmesinin, her iki tarafça feshedilmiş olması hâlinde de ilk önce kimin tarafından feshedildiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Öncelikle iş sözleşmesinin kimin tarafından feshedildiği belirlendikten sonra sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran hak bu kişi tarafından kullanılmış sayılacağından, feshe bağlanan hukuki sonuçlar kullanan kişiye göre belirlenecektir.

Fesih bildiri hakkını kullanacak olan kural olarak sözleşmenin taraflarıdır. Taraf olmayan kimsenin fesih bildiri, hüküm ifade etmez. Ancak kimi hallerde istisnai olarak kanuni ya da akdi temsilcilerin de iş sözleşmelerini feshetmeleri mümkündür⁹.

Gerçekleştirilen fesih bildiriminin ispat edilebilmesi koşuluyla ne şekilde yapılmış olursa olsun hukuken geçerliliği mevcut olacaktır. Bu kapsamda İş Kanunu'nun 109. maddesinde öngörülen bildirim yazılı olmasına yönelik koşulun da geçerlilik şartı olarak değil ancak ispata ilişkin bir düzenleme olarak

9 Çenberci, s. 123; Esener, s. 223-224; Narmanhoğlu, s. 354.

kabul edilmesi gerekmektedir¹⁰. Doktrinde hakim olan görüş de bu yöndedir¹¹. Daha önce de belirttiğimiz üzere kanunla ya da sözleşme ile fesih hakkının sınırlandırıldığı haller hariç olmak üzere kural, fesih beyanında sebep bildirme zorunluluğunun mevcut olmadığıdır. Fesih bildiriminde bulunan tarafın sebep göstermemiş olması yöneltilen irade beyanının fesih konusunda hukuki sonuç doğurmasına engel teşkil etmez¹². Kanun ya da sözleşmenin bu konuda fesih hakkını kısıtlayıcı hükümlerinin mevcudiyeti halinde bu hükümlerin gerçekleştirilen fesih işleminin hukuka uygunluğunun denetiminde dikkate alınması gerekmektedir. Fesih hakkına getirilecek sınırlandırmaların hakkın özünü ortadan kaldıran bir başka ifade ile hakkı kullanılamaz hale getirmeyen nitelikte olması gerekmektedir.

Fesih bildiri fesih yönündeki irade beyanının karşı yana ulaşması ile hükmü ve sonuçlarını doğuracaktır¹³. Fesih bildiri hakkının kullanılması ile iş sözleşmesi derhal sona ermemektedir. Fesih bildirimini yapılmasından sonra işçinin çalışmakta olduğu işyerinde geçirdiği sürenin uzunluğuna göre değişen ve kanunla belirlenmiş bildirim sürelerinin geçirilmesi ile sona erer. Bu noktadan hareketle fesih bildirimini gerçekleştirilmesiyle bildirim süreleri işlemeye başlar. Fesih bildirimini karşı yana ulaşması ile kullanılan bu tek taraflı hak hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Bu kapsamda fesih bildirimini vardığı, muhatap olduğu kimsenin kabulüne ihtiyaç duyulmayacağı gibi ayrıca bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımından tek taraflı vazgeçme de söz konusu olmayacaktır¹⁴.

10 Bkz. Yargıtay 9. HD. 03.10.2000 T.li 2000/9309 E. 2000/12891 K. Sayılı ilamı (Karar metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr).

11 Çenberci, s. 125; Esener, s. 224; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 902; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 424; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 183; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ekim 2012, s. 163; Süzek, *İş Hukuku*, s. 520; Narmanlioğlu, s. 354-355.

12 Çenberci, s. 122; Ekonomi, s. 145; Centel, *İş Hukuku*, s. 172; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, s. 164; Süzek, *İş Hukuku*, s. 520; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 184; Narmanlioğlu, s. 357.

13 Esener, s. 226; Centel, *İş Hukuku*, s. 172; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 903; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 421; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, s. 162; Süzek, *İş Hukuku*, s. 521; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 184; Narmanlioğlu, s. 358; Ayrıca bkz. Çenberci fesih bildirimini amaçlarından biri diğer tarafın sözleşmenin son bulmasına karşı gerekli önlemleri alması olanağı sağlamak olduğuna göre, fesih bildirimini yapılan ulaştığı anda değil, yapılanı bunu öğrendiği anda başlamasının kabulünü zorunlu kıldığı görüşündedir. Ancak bu durumda anılan bu amaç ve bu amaca ilişkin kanun hükümlerinin gerçekleşme ve uygulanma imkanı bulacağını belirtmektedir. Çenberci, usulüne uygun olarak ulaştırılmış bir bildiri alan kimsenin bilerek ya da ağır ihmal sonucu bildirim içeriğini öğrenmekten kaçınması halinde, bildirim içeriğini öğrenmediği savunmasını ileri süremeyeceğini, böyle bir iddianın MK m. 2'de öngörülen dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacağı görüşündedir (Çenberci, s. 124).

14 Narmanlioğlu, s. 359; *İş sözleşmesinin feshini ihbar eden tarafın; bildirim süresi boyunca, fesih bildiriyle bağlı olacağı ancak bildirim süresinin sonuna kadar sözleşmenin diğer tarafının muvafakatı ile feshi geri almasının mümkün olacağı yönünde görüş için bkz. Centel,*

4. Bildirim süresi içinde tarafların hak ve borçları

İş sözleşmesi bildirim yapılmamasıyla birlikte başlayan dönemde bildirim süreleri içerisinde mevcudiyetini devam ettirir. Bu nedenle sözleşmenin her iki tarafı sözleşmeden doğan haklarına sahip ve aynı zamanda yükümlülükleri de devam etmektedir. Bildirim süreleri içerisinde sözleşmenin taraflardan herhangi birisi yükümlülüklerini yerine getirmekten nedensiz biçimde salt kendisine bildirim yapılmasından dolayı kaçınırsa, sözleşmenin diğer tarafı işçi ise İş Kanunu'nun 24. maddesi gereğince işçinin iş sözleşmesini derhal feshederek kıdem tazminatı için yasanın aradığı en az bir yıllık kıdem koşulunun karşılanması şartıyla kıdem tazminatı talep edebileceği bir hukuki durum yaratır. Aynı durum işçinin bildirim süresi içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmemesi hali olarak gerçekleşirse bu takdirde işveren işçisinin bildirim süreleri içerisinde gerçekleştirmiş olduğu davranışı nedeniyle iş sözleşmesini 25. madde gereğince bildirimsiz ve tazminatsız olarak derhal feshedebilir.

İş sözleşmesinin bildirim süreleri içerisinde mevcudiyetini devam ettirmesinin işçi bakımından bir diğer önemli sonucu bildirim süresi içerisinde gerçekleşen kanundan ve sözleşmeden doğan tüm işçilik haklarına işçinin hak kazanacağıdır.

5. Fesih bildirimının geçerlilik şartları:

Fesih bildiriminin hukuken geçerli bir bildirim olarak kabul edilerek hüküm ve sonuçlarını doğurması, iş sözleşmesini sona erdirmeye, bozma iradesini net biçimde ortaya koyacak açıklıkta olmasına bağlıdır. Fesih bildirimini içerdiğinden iş sözleşmesine son verme iradesinin iyi niyet kurallarına göre açık biçimde anlaşılması mümkün olmayan durumlarda bildirimle bağlanan hukuki sonuç ortaya çıkmaz. Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukukî alanını etkilediğinden, açık ve belirgin biçimde yapıl-

İş Hukuku, s. 187; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 184; Ayrıca Eyrenci, Taşkent, Ulucan, bildirim süresi geçtikten sonra feshin tek taraflı geri alınmasının söz konusu olamayacağını, bu durumda işverenin işçiye fesihle vazgeçtiğini bildirmesi sonucunda işçinin kabulünün aralarında yeni bir iş sözleşmesi akdedilmesi sonucunu kabulünü gerektirdiği görüşündedir. Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 184; Ekonomi, feshin geri alınmasının bildirim süresi sonuna kadar kendisine fesih bildirim yapılan tarafın da rızası alınarak bir anlaşma sonucu mümkün olacağı görüşündedir Ekonomi, s. 147; aynı yönde görüş için bkz. Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, s. 162; Esener'e göre, karşı tarafın fesih bildirimini öğrendikten sonra fesih öneli içerisinde, akit devam ederken, taraflar anlaşarak hizmet akdinin devamına karar verebileceklerdir. Fesih öneli geçtikten sonra fesih bildiriminden vazgeçerek tarafların işe devam hususunda anlaşmaları aynı koşullarla akdedilmiş yeni bir hizmet akdi olarak kabul edilecek ve önceki aktin feshi nedeniyle tarafların hak ve borçları ortaya çıkacaktır. Esener, s. 226; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ise bildirim henüz ulaşmadan veya ulaşmakla birlikte karşı taraf öğrenmeden tebliğ edilen geri alma beyanı ile bildirimden dönülebileceği görüşündedir. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 422; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 903.

malıdır. İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır¹⁵. Şüphe halinde hakim irade beyanını tarafların durumunu da gözeterek, iyiniyet kuralları çerçevesinde değerlendirir. Bu gibi durumlarda uyumsuzluğun işçi yararına çözülmesi, iş hukukuna ilişkin özel yorumun bir gereği olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay özellikle işçinin iş sözleşmesini feshettiği durumlarda fesih bildirim içeriğinde özel sebeplere yer vermiş olmasa da işçinin sonradan ileri sürdüğü ve yasanın haklı sebep olarak kabul ettiği hukuki sebeplerin varlığı durumunda feshe bağlı işçilik alacaklarından kıdem tazminatının kıdem koşulunun işçi tarafından karşılanması koşuluyla işçi lehine hükmedilmesi yönünde kararlar vermektedir¹⁶. Aynı zamanda fesih bildiriminde fesih sözcüğünün bulunmasının gerek olmadığını kararlarında sıklıkla zikretmektedir¹⁷. Bu noktada Yargıtay'ın özellikle eylemli feshe atıfta bulunarak, fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş oluşturduğu belirtilmelidir.

a. Feshin şarta bağlanması

Yenilik doğuran haklar kural olarak, süreye ve şarta bağlı olarak kullanılmazlar. Zira hakkın süreye veya şarta bağlı kullanımı, muhatap aleyhine hukuki belirsizlik ortamı yaratır. Şöyle ki, şarta bağlı kullanılan yenilik doğuran hakkın hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı dahi şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesinleşinceye kadar belli değildir. Bu dönemde muhatap, tam bir belirsizlik içinde kalır¹⁸. Aynı sebeple kural olarak **şarta bağlı fesih** bildirimi geçerli değildir¹⁹. Zira, yenilik doğurucu bir beyan olan fesih bildirimi,

15 Bkz. YHGK, 14.01.2015 T.li E. 2013/22-2014 K. 2015/12.; YHGK 15.02.2017 T.li E. 2015/7-1347 K. 2017/273 sayılı ilamları için ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

16 Bkz. Yarg. 22. HD. 11.12.2017 T.li E. 2015/22568 K. 2017/28425.; Yarg. 9. HD 12.04.2018 T.li E. 2017/6093 K. 2018/8525; Yarg. 9. HD 30.11.2017 T.li E. 2015/19146 K. 2017/19449; Yarg. 9. HD 16.03.2017 T.li E. 2017/3867 K. 2017/4175 sayılı ilamları için ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr.

17 Bkz. Yarg. 22. HD 18.12.2017 T.li E. 2015/24709 K. 2017/28831; Yarg. 22. HD 13.12.2017 T.li E. 2015/23302 K. 2017/28548; Yarg. 22. HD 11.12.2017 T.li E. 2015/22568 K. 2017/28425; Yarg. 9. HD 12.04.2018 T.li E. 2017/6093 K. 2018/8525; Yarg. 22. HD 04.12.2017 T.li E. 2015/22637 K. 2017/27735; Yarg. 9. HD 30.11.2017 T.li E. 2015/19146 K. 2017/19449; Yarg. 9. HD 16.03.2017 T.li E. 2017/3867 K. 2017/4175 sayılı ilamları için ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr .

18 Baycık, s. 259.

19 Bkz. YHGK 04.04.2018 T.li E. 2015/9-2883 K. 2018/675; Yarg. 9. HD 15.01.2018 T.li E.

tek tarafı olarak karşı tarafın hukuk alanına müdahale anlamına gelmekte ve sürekli borç ilişkisinin gelecekteki kaderini belirlemektedir. Bu sebeple, fesih bildiriminden, iş ilişkisinin ne zaman sona ereceği yeteri kadar açıklıkla anlaşılması gerekir. Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhtabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneğini, fesih bildirim sonuc doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür²⁰.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar. Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı gününden az süre tanınmaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli sebep işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz olacağı açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma şartlarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirim işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim süresinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer.

b. Fesih Nedeninin Terditli Olarak İleri Sürülmesi

İşverenin iş sözleşmesinin fesih gerekçelerine fesih bildiriminde terditli olarak yerverebileceğine ilişkin Yargıtay kararlarında emsal durumların tartışıldığı örnek içtihatlar bulunmaktadır²¹. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi benzer

2016/33446 K. 2018/113; Yarg. 9. HD 26.04.2018 T.li E. 2017/5906 K. 2018/9483; Yarg. 9. HD 22.05.2018 T.li E. 2015/32556 K. 2018/11448; Yarg. 22. HD 04.12.2017 T.li E. 2015/22637 K. 2017/27735; Yarg. 9. HD 16.03.2017 T.li E. 2017/3867 K. 2017/4175 sayılı ilamları için ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

20 Bkz. YHGK 21.03.2018 T.li E. 2015/22-1770 K. 2018/505 sayılı ilamı için ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr

21 "...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının 12.06.2012 tarihinden itibaren yüzotuz günlük sağlık raporu sunduğu, üç yıl, bir ay, yirmiyedi gün kıdem süresi ile sekiz hafta ihbar süresi bu-

bir durumda işverenin dayandığı fesih sebeplerini ayrı ayrı değerlendirmiş; işveren tarafından fesih bildiriminde gösterilen sebeplerden 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 25/II'ye dayalı işveren feshinin geçersiz olduğunu ancak m. 25/I'e dayalı feshin ise hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. İşverenin iş sözleşmesini hukuki sonuçları farklı, birden fazla nedene dayalı biçimde iş sözleşmesini feshedebileceğinin kabulünün feshin açık ve kesin olması gerektiği yönündeki İş Kanunu 19. madde düzenlemesine aykırılık teşkil edip etmediği meselesi açısından tartışma yaratması muhtemeldir. Kanaatimizce işverenin fesih bildiriminde birden fazla nedene dayanması fesih bildiriminin açık ve kesin gerçekleştirilmediği şeklinde yorumlanamaz. Bu durumda işverenin fesih bildiriminde yerverdiği birden fazla fesih gerekçesi yönünden bağlı olduğu ve bu fesih sebeplerinin dışında başkaca bir fesih sebebine dayanamayacağı kabul edilmelidir. Fesih sebebinin açık ve kesin olması işveren tarafından tek bir fesih sebebine dayanılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Özellikle işçinin feshine neden olan eylemi İş Kanunu'nun birden fazla maddesi kapsamında ihlal niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumda özellikle işverenin tek bir eyleme karşılık birden fazla fesih gerekçesine dayanması mümkündür. İşverenin salt haklı nedene dayalı olarak feshi gerçekleştirmesi feshin haksız olarak kabulü ile işe iade sonucunu ortaya çıkartabilir. İşverenin fesih bildiriminde haklı nedenle birlikte geçerli nedene de dayandığını bildirmesi feshin hukuka uygunluğunun denetimi esnasında haklı ve geçerli feshine ilişkin koşulların birlikte değerlendirilmesinin amaçladığını ortaya koymaktadır. Zira feshin yargılama makamınca haksız kabul edilmesi halinde yargılama makamının feshin geçerli nedene dayalı olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmadan doğrudan işe iade kararı vermesine yönelik ihtimale karşılık işverenin fesih bildiriminde feshin aynı zamanda geçerli nedene de dayalı olarak gerçekleştirdiğine yönelik beyanda bulunarak, feshin haklı kabul edilmemesi durumunda geçerli olarak kabul edilmesine yönelik iradesini ortaya koyduğu, bu hususun da değerlendirilmesi yoluyla işe iade riskini bertaraf etmeyi amaçladığı makul kabul edilmelidir. Emsal bir durumda işverenin, iş sözleşmesini öncelikli olarak İş Kanunu m. 25/II'ye dayalı olarak tazminatsız feshettiği an-

lunan davacı bakımından, 4857 sayılı Kanun'un 25/1-son cümlesinde belirtilen ihbar süresini altı hafta aşan sürede raporlu olarak işe gelmemesi sebebi ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi şartlarının oluştuğu anlaşılmaktadır. Davalı işveren, 08.11.2012 tarihli yazılı fesih bildiriminde fesih sebeplerini a ve b maddeleri ile iki başlık altında belirtip, a maddesi bakımından yukarıda açıklanan 25/1. maddesi gerekçe gösterdiği, b maddesi bakımından ise rapor bitiminden itibaren 30.10.2012-06.11.2012 tarihleri arasında 6 (altı) işgünü izinsiz ve haklı bir sebep olmadan işe gelmemesi gerekçesiyle 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesine dayanmış, bir nevi terditli fesih işlemi yapmıştır." Bkz. Yarg. 22. HD 23.05.2016 T.li E. 2015/10393 K. 2016/14787 sayılı ilamı ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr .

çak koşulların oluşmadığının yargılama makamınca tespiti halinde ise bu durumun ayrıca işverence geçerli fesih gerekçesi olarak değerlendirildiği şeklinde irade gösterdiği kabul edilmelidir.

Yargıtay'ın işverenin fesih bildiriminde fesih gerekçesi olarak işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı m. 25/II ile işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gereken m. 25/I'e birlikte dayanabileceğini kabul eden yargılamaya konu ihtilafta²² Yargıtay önce işverenin devamsızlık iddiasını değerlendirmiş, işverence devamsızlık yapıldığı iddia edilen tarihlerde işçinin raporlu olduğunu gözeterek, devamsızlığın haklı ve meşru nedene dayalı olduğunun kabulü ile iş sözleşmesinin m.25/II'ye dayanılarak feshi için hukuki temel teşkil etmeyeceğini tespit etmiştir. Yargıtay, işverenin fesih gerekçelerine terditli olarak yer verdiği fesih bildiriminde diğer fesih sebebi bakımından (İş K. m. 25/I) koşulların oluştuğu ve işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir. Karar içeriğinde Yargıtay ilgili Hukuk Dairesinin işverenin fesih bildiriminde hem tazminatsız hem tazminatlı fesih sebeplerine birlikte yerverebileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu gibi durumlarda mahkemenin işverenin dayandığı fesih sebeplerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi sürecinde öncelikle tazminatsız fesih koşullarının oluşup oluşmadığını akabinde diğer fesih sebepleri konusunda değerlendirme yapma yolunu tercih ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın işverenin fesih gerekçelerine fesih bildiriminde terditli olarak yerverebileceğini kabul eden ve bu durumu bir nevi terditli fesih olarak değerlendiren yorumuna kanaatimizce tereddütlü yaklaşmak gerekir. Zira bu noktada önemli olarak belirtilmesi gereken husus işverenin feshi terditli olarak gerçekleştirmediğidir. İşveren sadece fesih gerekçesi bakımından birden fazla sebebe aynı zamanda terditli olarak dayanmaktadır. Kaldı ki Yargıtay ilamında, ilgili Hukuk Dairesi feshin terditli fesih olduğunu açıkça belirtmekten kaçınarak işverence gerçekleştirilen fesih işlemin bir nevi terditli fesih işlemi olduğu ifadesi ile somut durumun terditli fesih olarak nitelendirilmediğini ortaya koymaktadır. Bu durumda konu ile ilgili değerlendirmelerin feshin terditli olarak yapılıp yapılmayacağından çok fesih gerekçelerinin işverence terditli olarak ileri sürülüp sürülemeyeceğine yönelik yapılması daha isabetli olacaktır. Zira yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilen feshin terditli olarak yapılabileceğini belirtmek hukuken isabetli bir değerlendirme kabul edilemeyecektir.

Fesih gerekçelerinin işveren tarafından terditli olarak fesih bildiriminde belirtildiği durumlarda fesih bildiriminde işverence yerverilen fesih gerekçe-

22 Bkz. dipnot 21'de yerverdiğimiz Yarg. 22. HD 23.05.2016 T.li E. 2015/10393 K. 2016/14787 sayılı ilamı.

lerinden öncelikli olarak hangisine yönelik hukuki denetim yapılacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin işverence birden fazla gerekçeye dayalı biçimde feshedilmesi durumunda, işverenin bu sebeplerden tamamına yönelik olarak irade açıklamasının mevcut olduğu kabul edilerek, bildirim içeriğinde sıralı olarak hangi fesih gerekçesine öncelikli olarak dayandıysa ilk önce işverenin dayandığı ilk fesih sebebinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi isabetli olacaktır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararından anlaşıldığı üzere işveren terditli olarak birden fazla fesih gerekçesine dayanmış fesih gerekçelerinden a) maddesi olarak sağlık sebeplerine dayalı işverenin haklı feshine b) maddesi olarak ise devamsızlık iddiasına dayalı olarak 25/II maddesi gereğince haklı feshine dayandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda işverenin öncelikli iradesinin işçinin iş sözleşmesini sağlık nedenlerine dayalı olarak m. 25/I kapsamında feshetmek olduğunun kabulü daha doğru olacaktır. Yargıtay'ın bu kapsamda yapacağı değerlendirme ile koşulları olduğu takdirde işçinin iş sözleşmesinin sağlık nedenlerine dayalı olarak feshedildiğinin kabulünü hukuka uygun bulması, ayrıca devamsızlık iddiasına yönelik olarak feshin hukuka uygunluğunu denetlemeye gerek görmemesi gerekirdi. Zira işverenin öncelikli fesih iradesi de fesih bildiriminden yer verildiği hali ile feshin sağlık nedenlerine dayalı olarak işverence gerçekleştirildiği kanaatini uyandırmaktadır. Aksi durum işverenin fesih sebepleri arasında öncelik bakımından herhangi bir sıralama yapmadığının kabulü ile mümkündür. Dosya içeriğinde mevcut verilerin bu kanaati destekleyici nitelikte varolması halinde belirttiğimiz sonucun ortaya çıkmayacağı da kabul edilebilir. İşverenin fesih bildiriminde yer verdiği sebeplerden hangisini öncelikli olarak fesih gerekçesi kabul ettiğine ilişkin bir belirlemenin fesih bildiriminden tespit edilemediği durumdaysa feshin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde hangi fesih gerekçesinin öncelikli olarak değerlendirilmeye alınması gerektiği tartışma konusu yapılabilir. İşverenin terditli olarak dayandığı fesih sebeplerinden hangisinin öncelikli olarak denetlenmesi gerektiği meselesinde iş hukukunun temel felsefesinden hareketle işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması ve yargılama makamlarınca emsal bir durumda feshin hukuka uygunluğunu değerlendirmede izlemeleri gereken yöntem öncelikli olarak işçi menfaatlerinin gözetileceği bir çözüme hizmet edecek biçimde belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir. İşveren fesih bildiriminde fesih gerekçesi olarak işçiye kıdem tazminatı ödemesi gereken bir hukuki sebeple birlikte iş sözleşmesinin tazminatsız feshine neden olacak başka bir hukuki sebebi de göstermişse öncelikli olarak işverenin kıdem tazminatı ödemesini gerektirir hukuki sebebin varlığı konusunun değerlendirilmesi tercih edilmelidir. Bu çözüm tarzı somut yargılamaya konu olayda öncelikli olarak hukuki ihtilafın halinde 4857 sayılı İş Kanununun 25/II mad-

desi koşullarının oluşup oluşmadığının değil m. 25/1 koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik incelemeye başlamakla uygulanabilirdi. Yargıtay belirttiğimiz çözüm tarzını benimsememiş ve öncelikli olarak tazminatsız feshe ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının denetlenmesi ile hukuki ihtilafın çözümüne çalışmıştır. İşverenin terditli olarak birden fazla fesih gerekçesine dayandığı durumlarda fesih bildiriminde yer alan fesih sebeplerinden işçi bakımından en elverişli hukuki sonucun doğmasına neden olacak fesih gerekçesi yönünden hukuka uygunluk denetimi ile hukuki ihtilafın çözümüne başlanması halinde işverenin örneğin aynı fesih bildiriminde bir de geçerli nedene dayalı fesih iddiasının var olması durumunda salt işverenin geçerli nedenle feshe ilişkin iddiasının değerlendirilmesi ile yetinilmesi, diğer fesih sebeplerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesine gerek görülmemesi gibi bir sonuca ulaşılmasını da gerektirir. Bu çözüm tarzı iş hukukunun temel felsefesi olan işçi lehine yorum ilkesinin bir sonucu olarak tercih ve kabul edilmelidir.

6. Bildirim Süreleri ve Uyulmamasının Hukuki Sonuçları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde bildirim süreleri iş sözleşmesinin her iki yanı içinde aynı tutulmuştur. Bildirim süresinin belirlenmesinde işçinin çalıştığı işyerinde geçirdiği hizmet süresi esas alınmıştır. İşçinin işyerinde geçirdiği hizmet süresinin artmasına bağlı olarak bildirim süreleri de artmaktadır. Kanunda bildirim karşı tarafa yapılmasından başlayarak geçecek süreler iki, dört, altı, sekiz hafta olarak belirlenmiştir. Belirlenen bildirim sürelerinin geçmesi ile birlikte iş sözleşmesi de sona ermiş olacaktır. Tarafların kanunda belirlenen bildirim sürelerini aşan süreleri iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile yeni bildirim süreleri olarak belirlemelerine kanun imkan tanımıştır²³. Ancak taraflar kanunda belirlenen sürelerin altında bildirim süreleri belirleyemezler. Belirledikleri takdirde sözleşmedeki bildirim sürelerinin yerini kanundaki süreler almalıdır²⁴. Anlaşma, hatta önceden feragat suretiyle bildirim sürelerinin bertaraf edilmesi mümkün değildir. Bu konuda getirilen düzenleme hem kanundaki sürelerin altında bildirim sürelerinin belirlenmesini hem de sürelerin tümünden kaldırılmasını yasaklayıcı biçimde anlaşılmalıdır²⁵.

23 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 904; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat s. 428; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, s. 165; Süzek, İş Hukuku, s. 523; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 185; Narmanlıoğlu, s. 361; Sadece işveren tarafından yapılacak fesihlerde işçi yararına bildirim sürelerinin uzatılabileceği, işçi tarafından yapılan fesih bildiriminde kanuni sürelerin, işverenin fesih bildiriminde ise kanundaki sürelerle nazaran karşılaştırılan daha uzun süreli akdi bildirim sürelerinin uygulanması gerektiği görüşü bkz. Esener, s. 225; Narmanlıoğlu, s. 362; Uzatılmış sürelerin sözleşmenin her iki yanı için de geçerli olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Centel, İş Hukuku, s. 172-173; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, s. 166.

24 Çenberci, s. 127; Centel, İş Hukuku, s. 173; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 429.

25 Çenberci, s. 127; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, s. 165; Narmanlıoğlu, s. 361.

Kanunda belirlenen bildirim sürelerinin bölünerek kullanılması yönünde bir uygulamada hukuken mümkün değildir²⁶.

a. Usulsüz fesih kavramı

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca bildirim sürelerine uyulmaksızın feshinde ya da peşin ödeme suretiyle yapılan fesihte bildirim sürelerine ilişkin ücretin ödenmemesi ihtimallerinde usulsüz fesih ortaya çıkar. Usulsüz feshin gerçekleştiği hallerde iş sözleşmesinin tarafları ihbar tazminatı ve koşulları varsa maddi ve manevi tazminat talep edebilir.

Türk Hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesinin usulsüz feshinde, usulsüz feshine muhatap olan sözleşmenin her iki yanının da ihbar tazminatı talep hakkı mevcuttur. 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi hükmü bildirim şartına uymayan taraf bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır düzenlemesi ile uygulamada ihbar tazminatı olarak adlandırılan tazminat için hukuki temeli düzenlemektedir. Madde düzenlemesi tazminat sorumluluğunu bildirim şartına uyulmaması koşuluyla sözleşmenin her iki yanına da yüklemektedir. Bu nedenle işçinin de taraf olduğu belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek istemesi halinde bildirim sürelerine uymaması hali tazminat yükümlülüğünü doğuracaktır.

İhbar tazminatı talep hakkı usulsüz feshine muhatap kalan tarafa tanınmıştır. Bu nedenle iş sözleşmesini derhal fesih yoluna başvuran işçi ya da işverenin, derhal feshin hukuki sonucu olarak, usulsüz feshine muhatap kalanın talep hakkına sahip olduğu kabul edilen ihbar tazminatını talep etmesi mümkün değildir²⁷.

İhbar tazminatından hukuken sorumluluk, bildirim süresine ilişkin hukuki sonuçları, bildirim süresinin hizmet süresine dahil edilmesi gereğini ve bildirim süresi içerisinde doğan işçilik haklarının talebini etkilememelidir. Bildirime ilişkin kanunla belirlenmiş usule uymayan ve bu nedenle iş sözleşmesini

26 Yarg. 9. HD. 13.01.2005 T.li 2004/33704 E. 2005/995 K. sayılı ilamı (Bkz. Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 528); Yarg. 9. HD 01.03.2012 T.li 2009/45151 E. 2012/6667 K. Sayılı ilamı (Bkz. Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2011-2012 Yılları, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 292-295).

27 İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği halde ihbar tazminatı talep edemeyeceği yönünde Yarg. 9. HD 12.5.2005 T.li, 2004/26398 E. 2005/16337 K.; Yarg. 9. HD 29.11.2005 T.li 2005/30346 E. 2005/37517 K.; Yarg. 9. HD 25.1.2006 T.li, 2005/16541 E. 2006/1374 K.; Yarg. 9. HD 27.6.2006 T.li, 2006/11382 E. 2006/18958 K.; Yarg. 9. HD 13.12.2006 T.li 2006/13948 E. 2006/32792 K.; Yarg. 9. HD 21.12.2006 T.li 2006/14722 E. 2006/33612 K., Yarg. 9. HD 22.01.2007 T.li 2006/16561 E. 2007/20 K.; Yarg.9. HD 01.04.2008 T.li 2007/15216 E. 2008/7274 K.; Yarg. 7. HD 13.10.2014 T.li 2014/10429 E. 2014/18740 K. Sayılı ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr; işverence iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinde ihbar tazminatı talep edemeyeceği yönünde Yarg. 9. HD 18.04.2005 T.li 2004/24898 E. 2005/13563 K.; Yarg. 9. HD 10.05.2005 2004/21978 E. 2005/16127 K. Sayılı ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr .

kanuna aykırı biçimde fesheden tarafı, kanunun bildirim sürelerine bağladığı hukuki sonuçlardan kurtarmak ve bunun sonucunda kendi yararına istifade olanağı yaratmak hukukun genel prensipleri ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle usulsüz feshin sonucu olarak sadece ihbar tazminatının kabulü değil yukarıda değindiğimiz diğer hususların, bildirim süresinin hizmet süresine dahil kabul edilmesi ile birlikte bildirim süresi içerisinde doğan haklardan işçiye istifade olanağının tanınması da sayılmalıdır²⁸.

Öte yandan fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucu olsa da, yazılı şekil şartı, 4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesinde düzenlenen geçerli fesih hâlleri hariç olmak üzere geçerlilik koşulu olmayıp bir ispat şartıdır. Fesih bildiriminde sözcük olarak feshin yeralması gerekmediği, fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hâlinin birleşmesi durumunun da fesih olarak kabul edilmesi gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir²⁹.

b. İhbar tazminatı

İhbar tazminatının hesabında 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde düzenlenen bildirim süreleri dikkate alınır. Yasa maddesi ile işçinin işyerinde geçirdiği hizmet süresine göre değişen miktarlarda belirlenen bildirim süreleri ihbar tazminatı için esas alınan temel veridir. Taraflardan birinin karşı tarafa bildirim süresini hiç tanımadan fesihte bulunması kadar bu sürelerin eksik olarak tanındığı hallerde de tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Tazminata hükmedilebilmesi için, bildirim sürelerine uyulmaksızın derhal iş ilişkisine son verildiğinin yahut bu sürelerin kanunda öngörüldüğü biçimde kullanılmadığının ispatı yeterli kabul edilmektedir. Bu noktada bildirim sürelerine uyulmamasının bildirim muhatap taraf açısından ayrıca zarara sebebiyet verip vermediğine bakılmaz. Bir başka ifade ile ihbar tazminatının talebi için herhangi bir zarar oluştuğunun ispatı yükümlülüğü de yoktur. Kanun, zararlarla bağlı olmaksızın kesin ve maktu bir şekilde verilecek götürü bir tazminat olarak ihbar tazminatını belirlemiştir.

Yasa ile belirlenen bildirim süresinin tespitinin ardından tazminat hesabına esas alınacak işçi ücretinin tespiti meselesi önem arzeder. Yasa düzenlemesinde tazminatının hesabına esas alınacak ücret konusunda açıklık yoktur. Ancak ihbar tazminatının hesabına esas ücretin fesih tarihindeki işçi ücreti olacağı Yargıtay uygulaması ile netlik kazanmıştır. İhbar tazminatının hesabına işçi-

28 Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, s. 942; Süzek, İş Hukuku, s. 533.

29 Bkz. Yarg. HGK, 06.12.2017 T.li 2017/7-2231 E. 2017/1547 K.; Yarg. HGK, 25.01.2017 T.li, 2014/9-2165 E. 2017/141 K. sayılı ilamları ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr .

nin fesih tarihindeki brüt ücreti ile yasa gereği işçinin çıplak ücretinin yanında işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatlerin de eklenmesi gerekmektedir (madde 17/son fıkra). İhbar tazminatına esas alınacak ücrete ilave edilecek işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatlerin devamlılık arzemesi önemlidir. Tek seferlik yapılan yardımların parasal karşılıklarının ihbar tazminatına esas ücrete ilave edilmemesi gerekmektedir.

Doktrinde ihbar tazminatının hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. İhbar tazminatının hukuki niteliğine ilişkin kanundan doğan götüre bir tazminat³⁰ olarak nitelendiren görüşler mevcut olduğu gibi, ihbar tazminatının hukuki niteliğini “ihbar süresine saygı şartını emredici bir kural olarak koyan hükme aykırı davranışın hukuki bir müeyyidesi”³¹, çift karakterli özel bir tazminat türü olarak izah eden görüş doktrinde ileri sürülmüştür. Tazminata çift karakter veren yönlerden biri genel hükümlerde olduğu gibi tazminatın zarar karşılığı olarak kabul edilmemiş, zararın doğabilecek olmasını yeterli göyerek bu durumu karşılama yönelik olmasıdır. İkinci yön ise bildirim şartına gerektiği gibi uyulmasını sağlamak amacının varlığı olarak belirtilmektedir³². İhbar tazminatının hukuki niteliği konusunda bir başka görüş feshin salt hukuki sonuçları üzerinde değil birey üzerindeki etkisi de dikkate alınarak oluşturulmuştur. Feshe başvurmadan önce mutlaka karşı tarafa önceden bildirimde bulunulmasının şart koşulmuş olması, bu bildirim yükümlülüğüne aykırılık halinde ise ödeme yükümlülüğü doğan ücret tutarının ödenmesinin, tazminat ya da ücretin ödettirilmesi maksadı ile değil, medeni ceza esasına dayalı olarak öngörüldüğünün kabulü gerektiği görüşü de öğretilerde ileri sürülmektedir³³. İhbar tazminatının hukuki niteliğine ilişkin Yargıtay kararlarında yer alan değerlendirmelerde ödemenin Yargıtay’ca tazminat olarak değerlendirildiği görüşünün hakim olduğu tespit edilmektedir. Yargıtay ihbar tazminatını bazı kararlarında kanunen düzenlenen özel bir tazminat³⁴, bazı kararlarında işsizlik tazminatı³⁵ olarak nitelendirilmektedir.

30 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 922.

31 Ekonomi, s. 157.

32 Ekonomi, s. 157.

33 Çenberci, s. 131.

34 Bkz. Yarg. 9. HD 31.05.2012 T.li E. 2010/7368 K. 2012/19127; Yarg. 9. HD 09.05.2012 T.li E. 2010/4721 K. 2012/16359; Yarg. 9. HD 09.04.2012 T.li E. 2010/46810 K. 2012/11899 sayılı ilamları (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr).

35 Mollamahmutoğlu, Yargıtay’ın ihbar tazminatının hukuki niteliği konusunda işsizlik tazminatı olarak nitelendirmesini işçi açısından makul kabul edilebilecek ancak işveren açısından abes düştüğü görüşündedir (bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 922, dipnot 505 ile dipnot505’de belirtilen Yargıtay Kararları).

II. İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Derhal Feshi

A. Kavram

Bildirimsiz fesih, taraflardan birinin iş sözleşmesini haklı sebeplerle derhal sona erdirmesidir. Bu fesih türünün amacı, objektif iyiniyet kuralı gereğince kendisinden sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafın sözleşmeden kurtulmasına imkan sağlamaktır. İş ilişkisi devam ederken ortaya çıkan kimi durumlar taraflardan diğerinin ortaya çıkan yeni duruma rağmen iş sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesini beklemek objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Ortaya çıkan iş sözleşmesinin devamının katlanılmaz hale getiren neden belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin bitimi belirsiz süreli iş sözleşmesinde ise ihbar sürelerini tanımak zorunda olan işçi ya da işverenden istenemez. Belirttiğimiz gerekçeler haklı sebeple fesih hakkının objektif iyiniyet kuralları gereği artık iş sözleşmesinin devamına zorlanamayacak tarafa iş sözleşmesinden kendisini kurtarabilme olanağı sağlaması adına tanınmıştır³⁶. Haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde, iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez; iş sözleşmesini sona erdirmek için haklı sebebi bulunan tarafın fesih bildiriminde bulunması gerekir. İş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını kazanan taraf, bu hakkını kullanmak ve sözleşmeyi feshetmek zorunda değildir. Bir başka ifade ile sözleşmeyi sona erdirebilme hakkına sahip olan taraf, sözleşmeyi sona erdirip erdirmeme konusunda serbesttir.

Bildirimsiz fesih, çeşitli bakımlardan bildirimli feshe göre farklılık gösterir. Öncelikle, bildirimsiz fesihte tarafların bu haklarını kullanabilmeleri için haklı bir sebebin bulunması gerekir. Yine, bildirimsiz fesihte, iş sözleşmesi belirli bir sürenin sonunda değil; derhal ortadan kalkar. Nihayet, bildirimsiz fesih hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir. Hemen belirtmek gerekir ki; bildirimsiz fesih hakkı da sürekli iş sözleşmeleri için hüküm ifade eder. Süreksiz iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshi ise TBK.435 uyarınca yapılabilir.

Bildirimsiz fesihte, sözleşmeyi feshetmek isteyen taraf, iş sözleşmesini sona erdirmesini gerektiren haklı bir sebebe dayanmalıdır.

İşverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak yapacağı bildirimsiz fesih halinde işçinin savunmasını alma zorunluluğu yoktur (İşK.19/2). Yine iş sözleşmesinin işveren tarafından bu sebeplerden biri ile feshedilmesinden önce disiplin kurulunun karar vermesine ilişkin yasal bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Ancak toplu iş sözleşmelerine işyerinde di-

36 Sarper Süzek, İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması (Fesih Hakkı), Kazancı Yayınları Bilimsel Dizi:3, Ankara, 1976, s. 16-17.

siplin kurulu oluşturulmasına ve bildirimsiz feshe disiplin kurulunun karar vermesine ilişkin hükümler konulabilir. Böyle bir durumda disiplin kurulu kararı olmaksızın iş sözleşmesinin feshi, haksız fesih hükümlerine tabi olacaktır. Yargıtay benzer durumlarda işverence gerçekleştirilen feshin haksız olarak değerlendirmekte ancak ayrıca feshin geçerli nedene dayalı olup olmadığını ayrıca denetlemektedir.

B. Bildirimsiz Fesih Sebepleri

İş sözleşmesinin bildirimsiz feshini gerektirecek haklı sebepler, İş Kanununda işçi ve işveren açısından ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Her iki maddede ortak olan husus; işçi ve işveren için iş sözleşmesinin feshini haklı kılan sebeplerin, *sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebep* ayrımı yapılarak düzenlenmiş olmasıdır.

İş sözleşmesini fesih hakkı veren haklı sebepler İş Kanunu'nda sayılanlarla sınırlı değildir. Örneğin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda işçinin kanundışı greve katılması, işveren açısından; kanundışı lokavt ise işçi açısından iş sözleşmesinin bildirimsiz feshini gerektiren haklı sebeptir (Sen. T. İş Söz. K. m.70). Ayrıca taraflar Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla iş ya da toplu iş sözleşmesi ile de sözleşmenin feshini haklı kılan başkaca sebepler belirleyebilirler. Yine İş Kanununda sayılan haklı sebeplerde işçi yararına değişiklik yapabilirler. Örneğin feshi haklı kılan devamsızlık süresini uzatabilirler ya da haklı sebep teşkil eden eylemin ilk kez yapılması halinde sözleşmenin feshi yerine bir disiplin cezası öngörebilirler. Ancak tarafların bildirimsiz fesih hakkı sözleşmeler ile bütünüyle ortadan kaldırılamaz.

İş Kanunu'nda sayılan ve iş sözleşmesinin feshini haklı kılan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller örnek olarak belirtilmiştir³⁷. Bunlar dışında kalan başkaca bir sebebin iş sözleşmesinin bildirimsiz olarak feshini haklı kılmadığının; başka bir deyişle kanunda sayılan örneklerin benzerlerinden olup olmadığının takdiri, uyuşmazlık halinde yargı organlarına aittir. Hemen belirtelim ki, İş Kanununda belirtilmeyen bir olayın haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için bu olayın sonucu olarak sözleşmeye devamın objektif iyiniyet kuralları gereğince beklenemez olması gerekir. Türk Borçlar Kanunu 435. maddesi de; sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların haklı sebep sayılacağına yönelik benzer bir düzenlemeyi içermektedir.

C. Bildirimsiz Fesih Hakkını Kullanma Süresi

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi ve işveren için

37 Süzek, Fesih Hakkı, s. 17-18.

tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz (İşK.26/1).

Yukarıdaki süreler sadece ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle yapılan fesihler için hüküm ifade eder. Bu nedenle sözü edilen süreler sağlık, zorlayıcı neden ve göz altına alınma ve tutukluluk sebepleriyle yapılacak fesihlerde geçerli değildir. Belirtilen sebeplere bağlı fesih hakkı, iyiniyet kurallarına göre belirlenecek makul süre içerisinde kullanılmalıdır.

İş sözleşmesini bildirmsiz fesih hakkını kullanma süresi, feshetmeye yetkili olan kişi veya organın, fiili ve faili öğrenme tarihinden itibaren başlar. İşçinin iş sözleşmesinin feshine disiplin kurulunun karar vermesinin kararlaştırıldığı hallerde, bu süre disiplin kurulunun kararından itibaren işler. Ancak süreklilik gösteren fiillerde (kanun dışı grev ve lokavt gibi), fiil devam ettiği sürece fesih nedeni yenileneceğinden, bu halde fesih sürelerinin başlangıcı en geç fiilin bittiği tarihtir.

Fesih hakkının kullanılması için düzenlenen altı iş günlük ve bir yıllık süreler *hak düşürücü sürelerdir*. Bu süreler dolduktan sonra bildirmsiz fesih hakkı kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz (İşK.26/1). Feshin süreye uygun olarak yapıp yapılmadığı, hakim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur. Uyuşmazlık halinde sözleşmenin süresi içerisinde feshedildiğini ispat yükü sözleşmeyi fesheden taraf üzerindedir.

Sonuç

Feshin iş hukuku bakımından özel öneme sahip olması iş sözleşmesini sona erdiren sebeplerden bir tanesi olmasındandır. Ancak fesih iş sözleşmesinin sona ermesine neden olan hallerden yeganesi değil sadece bir tanesidir. Zira iş sözleşmesinin fesih dışında sona erdiren başkaca durumlar da vardır. İnkale, işçinin ölümü ya da belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi gibi bazı özellikli durumlar fesih dışı sona erme halleri olarak belirtebileceğimiz iş sözleşmesinin özel sona erme hallerindedir. İş Kanunu'nda iş sözleşmesini sona erdiren tüm sebepler düzenlenmemiştir. Ancak buna karşılık, süreli fesih ile derhal fesih halleri ayrı ayrı ve detaylı biçimde düzenlenmiştir. Özellikle feshin süreli ya da derhal fesih olarak ayrı ayrı ve detaylı biçimde düzenlenme gerekçesi, İş Hukukunun kendine özgü yapısının bu durumu gerektirmesi ile özellikle iş sözleşmesinin her iki yanı için bilinebilirlik yaratma, istikrar ve güven sağlamak olarak izah edilmiştir. Feshe ilişkin kanunda yeralan hükümlerin

belirttiğimiz şekilde kabul edilmesi gerekçesi olarak belirttiğimiz hususlar aynı zamanda feshe ilişkin yasada yeralan maddelerin pek çoğunun içerik olarak buyurucu nitelik taşıyacak biçimde düzenlenmeleri sonucunu doğurmuştur.

Sürelî ya da derhal feshin İş Kanunu'nun düzenleme biçimi dikkate alındığında, iş sözleşmesini fesih yolu ile sona erdirmenin iki farklı türü olarak karşımıza çıkar. Her iki fesih türünde de sözleşmenin iki yanından biri diğer tarafa yönelttiği tek taraflı irade beyanıyla iş sözleşmesini bozmakta ve aralarında mevcut sözleşmesel ilişkiye son vermektedir. Ancak derhal fesih, bildirimli fesihten farklı olarak bir nedene dayanmakta ve farklı ihtiyaçlara cevap vermektedir. Bu nedenle özellikle bildirimli fesih ve derhal feshe ilişkin hakkın kullanımı yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Bildirimli fesihte, iş sözleşmesinin feshedecek taraf, durumu, daha önceden sözleşmenin diğer tarafına bildirmek ve ona kanunla belirlenmiş bir süre tanımak zorundadır. Derhal fesihteyse böyle bir durum yoktur. Herhangi bir sürenin geçmiş olması gereksizdir; fesih iradesinin karşı tarafa varması ile iş sözleşmesi sona erer. İş sözleşmesinin gerek bildirimli gerekse derhal feshinde fesih iradesi sözleşmenin taraflarınca mutlak olarak açıklanmakta, derhal fesihte, bildirimli fesihten farklı olarak, karşı tarafa sözleşmenin feshedileceğine yönelik olarak önceden bildirim yükümlülüğünün bir gereği olarak süre verilmemekte ve iş sözleşmesi; derhal fesihte, bildirimli fesihle karşı tarafa varmasıyla, bildirimli fesihteyse, fesih bildirimini yapıldığı tarihte değil, sözleşmenin diğer tarafına yasa gereği tanıyan sürenin sona ermesi ile son bulmaktadır.

Feshin iş sözleşmesini sona erdiren etkisi beraberinde pek çok tartışmayı da yaratmaktadır. Özellikle işverence gerçekleştirilen feshin hukuka uygun kabul edilip edilmemesinin ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar işçi açısından son derece önemlidir. İşverence gerçekleştirilen feshin hukuka aykırılığı kimi zaman işçinin işe iadesini sağlamakta kimi zamansa işçilik alacaklarından kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmasına neden olmaktadır. İşverenin gerçekleştirmiş olduğu fesih işleminin hukuka uygun kabul edilebilmesi fesih sürecinde işverenin yasa ile düzenlenmiş usul ve esasa ilişkin kurallara uygun davranması halinde mümkündür. Özellikle iş güvenliği hükümlerinin uygulandığı durumlarda işveren, gerçekleştirmiş olduğu fesih işlemini hem usul hem de esas yönünden yasal düzenlemelere uygun gerçekleştirmelidir. Aksi takdirde gerçekleştirmiş olduğu fesih işlemi hukuka aykırı kabul edilebilecektir. Bu kapsamda işverenin dikkate alması gereken kuralların usul ya da esasa ilişkin olmasının bir önemi yoktur. Her iki açıdan da fesih işlemi usul ya da esasa ilişkin kanuni düzenlemelere aykırılık taşıyorsa feshin geçersizliği sonucu doğacaktır. İş Kanunu 19. maddesi; işverenin fesih bildirimini yazılı olarak

yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Özellikle iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, işverenin; fesih sürecinde gözetilmesi gereken usul kurallarını gözetmemesi gerçekleştirmiş olduğu fesih işlemi geçersiz kılar. Yasa maddesi açık biçimde işverenin dayandığı fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini zorunlu kıldığından kimi özellikli durumların bu temel ilkeye aykırılık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi de özel önem arz etmektedir. Bu kapsamda tartışılması gereken hukuki meselelerden bir tanesini işverence gerçekleştirilen fesih işleminde, fesih bildiriminde dayanılan fesih sebebini terditli olarak belirtilip belirtilemeyeceği meselesidir. İşverenlerin fesih bildiriminde terditli olarak birden fazla fesih gerekçesine yervermesinin feshin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerektiği kuralına aykırılık teşkil etmediği kanaatindeyiz. Ancak önemle belirtmeliyiz ki fesih bildiriminde fesih gerekçelerine terditli olarak yerverilmesi, feshin “terditli fesih” olarak nitelendirildiği anlamına gelmez. Fesih gerekçelerine fesih bildiriminde terditli olarak yerverildiği durumlarda, işverence fesih bildiriminde yerverilen fesih gerekçelerinden öncelikli olarak hangisine yönelik hukuki denetim yapılacağına ilişkin tartışma doğması olasıdır. Belirttiğimiz hukuki soruna karşılık yasalarımızda açık bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. İşverenin fesih bildiriminde yer verdiği sebeplerden hangisini öncelikli olarak fesih gerekçesi kabul ettiğine ilişkin bir belirlemenin fesih bildiriminde mevcut olması halinde işverenin iradesine öncelik tanınmalıdır. İşverenin bu yönde iradesinin fesih bildiriminden tespit edilemediği hallerde ise iş hukukunun temel felsefesinden hareketle işçi lehine yorum ilkesi gereğince, feshin hukuka uygunluğunu değerlendirmede izlenecek yöntem, öncelikli olarak işçi menfaatlerinin gözetilecek bir çözüme hizmet edecek şekilde belirlenmelidir. İşverenin terditli olarak birden fazla fesih gerekçesine dayandığı durumlarda fesih bildiriminde yeralan fesih sebeplerinden işçi bakımından en elverişli hukuki sonucun doğmasına neden olacak fesih gerekçesi yönünden hukuka uygunluk denetimi ile yetinilmeli, diğer fesih sebeplerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesine gerek görülmeden hukuki ihtilaf çözüme kavuşturulmalıdır.

KAYNAKLAR

- Aktay, Nizamettin; Arıcı, Kadir; Senyen Kaplan, Emine: İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara, Ekim 2012.
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011,
- Centel, Tankut: İş Hukuku Cilt I Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.
- Çelik, Nuri/Canbolat, Talat/Caniklioğlu, Nurşen: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2017.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2011-2012 Yılları, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1976.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2017.
- Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi Cilt 1, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kazancı İçtihat Bankası: www.kazanci.com.tr
- Mollamahmutoglu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Ulaş, Baysal: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.
- Narmanhoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş Ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Aralık 2014.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2018.
- Süzek, Sarper: İş Akinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması (Fesih Hakkı), Kazancı Yayınları Bilimsel Dizi:3, Ankara, 1976.

ÖZ

İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır (İş K. m. 19/f.1). İş sözleşmesinin fesih sürecinde işverenler kimi zaman fesih bildiriminde fesih sebebini terditli olarak ileri sürebilmektedir. Bu durum İş Kanunu hükümlerine aykırılık teşkil etmemektedir. İş hukuku, işçilerin temel çalışma koşullarının korunması ve geliştirilmesi amacına hizmet eder. Bu doğrultuda işçilerin korunması maksatlı işçi lehine yorum ilkesi kabul edilmiştir. Mevzuatta açık hüküm bulunmadığı durumlarda işçi lehine yorum yapılması esastır. Özellikle işverenin birden fazla fesih gerekçesine terditli olarak dayandığı hallerde mahkemelerin hangi fesih sebebini öncelikli olarak değerlendirmeye almaları gerektiğine dair İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce emsal bir durumda işçinin hakları işverenin haklarına tercih edilmeli, hukuki sorun fesih sebepleri içerisinde hukuki sonuç bakımından işçi açısından en avantajlı sonuç doğuracak olan dikkate alınarak çözülmelidir. İşçi lehine yorum ilkesi de aynı sonucun kabul edilmesi için temel gerekçe olarak kabul edilebilir.

Anahtar kelimeler: iş sözleşmesi, fesih, feshi ihbar, derhal fesih

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi*

Evaluation of Personal Performance of the Contractor in the Construction Contract and the Exceptional of Personel Performance of the Contractor

Elce TUTAR**

ABSTRACT

The subject of our work is that the contractor is obliged to bring personal performance of the contractor or to do it sub-contracted work in the construction contract.

According to clause 471 of the Turkish Code of Obligations, “The contractor is obliged to make the property to be built directly or to have it built under his own administration. However, if the personal characteristics of the contractor do not matter the work is brought to in the construction contract, it can be done to others. “

As can be understood from the text of the clause, the work to be brought to the contractor must either directly do it himself or make it to others under his own administration. The obligation of the contractor to bring the work of the contractor himself is an exception to the general rule that debt can be exercised by all in the TBK. m. 83.

Keywords: contract of construction, contractor, subcontractor, personal performance

Giriş

Günümüzde özellikle iş görme sözleşmeleri açısından nüfus ve zaman yoğunluğu gibi etkenlerin ortaya çıkması, tek bir kişinin borcunu ifa etmesini mümkün kılmayabilir.

Herhangi bir borç ilişkisinde, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle mükellef olup olmadığı hususu Türk Borçlar Kanunu’nun 83. maddesine göre tayin edilir. Bu hükme göre, “*Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü*

* Makale gönderim tarihi: 28.09.2018. Makale kabul tarihi:19.12.2018. Elce Tutar, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 293-311.

** Kapadokya Üniversitesi, Kapadokya Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Adalet Programı, Öğretim Görevlisi / İzmir Barosu, Avukat, Uzlaştırıcı / İzmir Yaşar Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi. İletişim: elce.tutar@kapadokya.edu.tr.

değildir.” Bu kuralın eser sözleşmesine yansımaları ve kişisel ifanın eser sözleşmesinde kural olduğu, Türk Borçlar Kanunu’nun 471. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 471. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine göre; “*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür*”. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. m. 83 hükmündeki borcun herkes tarafından ifa edilebileceğine dair genel kuralın bir istisnasıdır. Yüklenicinin şahsen ifa borcu, eserin meydana getirilmesinin yüklenicinin sıkı sıkıya yeteneklerine ya da el becerilerine bağlı olduğu durumlarda görülür. Yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kişiliğinin kuvvetle güven vermesi, üne kavuşmuş bir kişi olması gibi özellikler gözetilerek yapılmış olan eser sözleşmelerinde yüklenicinin şahsen ifa borcunun olduğu açıktır.

TBK. m. 471/f. 3, c. 2 ise ilk cümle istisnası olarak, “*Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.*” şeklindedir. Yüklenicinin kişisel özelliğinin eserin meydana getirilmesinde önemli olmaması, eserin meydana getirilmesinin yardımcı kişilere bırakılabilmesine imkan tanır.

Eserin başkasına yaptırılabilmesi için niteliğine ve tarafların iradelerine göre şekillenebilecektir. Artık gelişen teknoloji ile birlikte konusunu el sanatlarının oluşturduğu eser sözleşmeleri gibi iş görme sözleşmeleri dışında, sözleşme konusu edimler bizzat borçlular tarafından değil, yardımcı kişiler tarafından yerine getirilebilecektir.

Çalışmamız “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcu” ve “Şahsen İfa Borcunun İstisnaları” şeklinde iki bölüm altında incelenmiştir.

İlk bölümde, yüklenicinin eseri şahsen ifa borcu genel olarak ele alınmış olup; ikinci bölümde, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri başkasına yaptırma yetkisi, alt yüklenicilik kavramı, eserin yapımının alt yükleniciye devredilmesi halinde ortaya çıkan hukuki ilişkiler, eser sözleşmesinde borçlunun, yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması ve sorumsuzluk anlaşmasına getirilen sınırlamalar ile yüklenicinin sözleşmeyi bir bütün olarak devir yetkisi ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

I. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcu

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesini tanımlayan Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK.) 470. maddesinde yer alan “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklindeki ifadeden yüklenicinin asli borcunun bir eser meydana getir-

me borcu olduğu çıkarılmaktadır.

Yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu çerçevesinde, şahsen ifa veya kendi yönetimi altında yaptırma (TBK. m. 471/f.3) borçları da bulunmaktadır.

B. Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine göre, borçlu kural olarak edimini şahsen yerine getirmek zorunda değildir. Bu kuralın eser sözleşmesinde her zaman ve her durumda geçerli olduğu da söylenemez¹. Ancak, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunması durumunda, borçlu borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür. Böylece, borcun borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunmadıkça, borç sözleşmenin tarafı olmayan herhangi bir üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilecektir².

TBK. m. 471/f. 3'e göre, "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir." Maddeye göre, yüklenici işi bizzat kendisi yapma ya da kendi yönetimi altında yaptırma borcuyla yükümlüdür. Ancak yapılan iş, kişisel beceriyi gerektirmiyorsa, o zaman yüklenici işi bir başkasına da yaptırabilir. Bazı eser sözleşmelerinde, borçlunun yani yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu durumlarda, edimin bizzat yüklenici tarafından yerine getirilmesi gerekir³. Çünkü yüklenici eseri bizzat meydana getirmeye veya yönetimi altında yaptırmaya mecburdur⁴. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. m. 83'deki borcun herkes tarafından ifa edile-

- 1 Aydın Zevkliler; K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 17. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 508.
- 2 M. Ahmet Kılıçoğlu, "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", *AÜHFD.*, C XXXII, S 1, 1975, s. 185, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, (24.03.2018); Orhan Hudath, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları", T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 54-55.
- 3 Türker Yalçınduran, "Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi", T.C. Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 1999, s. 78-79; Zarife Şenocak, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, 1. B., Ankara, Ocak, 2002, s. 19; Mehmet ÖzgürAvcı, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu", *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan*, MÜHFAD., C I, Özel Sayı, C 22, S 3, Yıl: 2016, s. 307; Kılıçoğlu, s. 187-188; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 3. B., Ankara, 2016, s. 608-609; Mehmet Karaca, "İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu", *THD.*, Yıl: 5, S 49, Eylül, 2010, s. 47, <https://jurix.com.tr>, (31.03.2018); Osman Fırat Turan, "İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları", s. 9, <http://osmanfiratturan.av.tr>, (24.03.2018).
- 4 Yargıtay 15. HD., 04.10.1999 T., 1999/2768 E., 1999/3466 K., "Eser sözleşmesi niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. İş sahibi güven duymadığı bir yüklenici ile mevcut ilişkiyi sürdürmek zorunda değildir... Arsa sahiplerinin izni ve icazeti olmadan işin bir başka yükleniciye devri, başlı başına sözleşmenin ihlali niteliğinde olup, arsa sahiplerine tek başına sözleşmeden dönme hakkı verir." YKD., C XXVI, S 3, Mart, 2000, s. 406-407, <https://www.yargitay.gov.tr/dergi>, (31.03.2018).

bileceğine dair genel bir kuralın istisnası durumundadır⁵. Örneğin bir fikir ve sanat eserinin meydana getirilmesine ilişkin eser sözleşmesinde (bir portrenin yapımı, mimarın planı çizmesi, el işçiliğinin önemli olduğu tamirat ve yapım işlerinde) yüklenicinin işi bizzat yapması gerekebilir⁶. Kanun koyucu TBK. m. 471'de kural olarak borçlu tarafından şahsen ifa zorunluluğunu kabul etmiştir⁷. Yani eser sözleşmesinde şahsen ifa kural haline getirilmiştir.

TBK. m. 83'e göre, kural olarak borçlu şahsen ifada bulunmakla yükümlü olmadığı halde, TBK. m. 471/f. 3'de yüklenicinin eser meydana getirme borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiştir⁸. Yani yüklenicinin meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisinin yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olması kural; eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, yüklenicinin işi başkasına yaptırması istisnadır⁹. Eserin yapılmasının kendisinin kişisel niteliklerine bağlı olmadığını iddia eden yüklenici, bu durumu ispatla yükümlüdür. Buna karşılık, yüklenicinin eseri kendi yönetiminde yaptıramayacağını, onu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğunu iddia eden iş sahibi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür¹⁰.

TBK.'nın 471. maddesi emredici nitelikte değildir; düzenleyici bir hükümdür. Taraflar sözleşme serbestisi ile bunun aksini kararlaştırabilirler¹¹.

O halde TBK. m. 471/f. 3'ün lafzından şu sonuçları ortaya çıkarabiliriz:

- Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önemliyse ve yüklenicinin iş görme edimi aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim ise,

5 Müge Ürem, *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim, 2017, s. 39.

6 Zevkililer, Gökyayla, s. 509; Ürem, s. 39.

7 Zevkililer, Gökyayla, s. 509; Kılıçoğlu, s. 188; Güler Karakurt Gümüşsoy, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2017, s. 24.

8 Fahrettin Aral; Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. B., Ankara, 2015, s. 370.

9 Murat Aydoğdu; Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. B., Adalet Yayınevi, Ocak, 2017, s. 767.

10 Aral, Ayrancı, s. 370.

11 Eren, s. 609; Karakurt Gümüşsoy, s. 24; bkz. Sözleşme serbestisi hakkında detaylı açıklama için: İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. B., Ankara, 2007, s. 19; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 2. B., Bursa, 2005, s. 17-18; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Ocak 1993, s. 97 vd.; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. B., Ekim 2016, s. 32; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. B., Ankara, 2012, s. 297, (Eren, Genel Hükümler); M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7.B., İstanbul, 2009, s. 19; Haluk Nomer, N., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 13. B., İstanbul, 2013, s. 23 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C I, 2. B., İstanbul, 2017, s. 53; Serdar Nart, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 2; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. B., Ankara, 2017, s. 109, (Kılıçoğlu, 2017).

kişiyi sıkı sıkıya bağlı edimlerde “mutlak şahsilik ilkesi” geçerli olduğundan, yüklenicinin böyle bir edimi yalnız kendisinin yerine getirmesi gerekir¹². Bu nedenle borcun ifasında yardımcı kişi kullanamaz. Örneğin bir ressamın bir tablo yapması, bir bestecinin bir beste yapmasını içeren eser sözleşmelerinde yüklenicinin üstlendiği edim, kişiyi sıkı sıkıya bağlı bir edimdir. Dolayısıyla ressam da besteci de sözleşme ile üstlenmiş olduğu tabloyu, besteyi bir başka ressama, besteciye yaptırılmaz. Burada üstlenilen edimin ifasının bir başkasına devri mutlak yasaktır. Yüklenici böyle bir borca aykırı hareket eder, yani işi şahsen yerine getirmezse, işsahibi TBK. m. 112 veya m. 125’e göre hareket edebilir¹³.

- Yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önem taşımakla birlikte, kişiyi sıkı sıkıya bağlı değilse yüklenici, eseri yönetim ve sorumluluğu altında üçüncü kişiyi yaptırabilir. Bu durumda yüklenici, eseri sadece kendisi ile tabiyet ilişkisi içerisinde olan bağımlı ifa yardımcılarını yaptırabilir¹⁴.

- Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, asıl yüklenici “kendi ad ve hesabına” yaptığı alt eser sözleşmesiyle eseri meydana getirme işini bağımsız ifa yardımcısı konumundaki üçüncü bir kişi olarak alt yükleniciye verebilir. Örneğin, bir yapı yapan yüklenici, yaptığı yapının tesisat, boya-badana işlerini işin niteliği gereği, bağımlı ifa yardımcısı niteliğini (yüklenicinin işçisi sıfatını) taşımayan bir üçüncü kişiyi alt eser sözleşmesi ile bırakabilir¹⁵.

Öğretide büyük bir çoğunluk, bu madde karşısında yüklenicinin eseri bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğunu; ancak hükümün ikinci cümlesinde ifade edildiği gibi, işin niteliği gereğince kişisel özelliklerin önemi yoksa başkasına yaptırılabilirliğinin de mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁶.

12 Eser sözleşmesi mutlak bir şekilde bizzat ifanın gerekli olduğuna ilişkin şart getirmişse, yüklenici ifayı bizzat yerine getirmek zorundadır. Kural olarak, iş sözleşmeleri, eser sözleşmeleri, vekâlet sözleşmeleri, yayın ve şirket sözleşmeleri bizzat ifanın gerekli olduğu “intuitus personae” kayıtlı sözleşmelerdir. Kural olarak devredilemez nitelikteki şahsen ifa kaydı taşıyan bu sözleşmeler, sözleşme dışı üçüncü kişilerin ifaya katılmalarını yasaklayan ya da sınırlandıran sözleşme klosturları ile sözleşmelere bizzat ifa zorunluluğu getirmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Evrim Kerman, “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”, *AÜHF*, Yıl: 3, S 2, Aralık, 2017, s. 25-26.

13 Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C II, 3. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak, 2014, s. 11; Eren, s. 609.

14 Gümüş, s. 11; Eren, s. 609.

15 Aral, Ayrancı, s. 372; Gümüş, s. 11-12; Eren, s. 609; Abdullah Cem İlkelen, “İstisna Sözleşmesinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 58; Muhammet Erişen, “Alt Müteahhitlik Sözleşmesi”, T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 64.

16 Kılıçoğlu, s. 185 vd.; Aral, Ayrancı, s. 369 vd.; Karakurt Gümüşsoy, s. 23 vd.; Ürem, s. 40 vd.; Eren, s. 608 vd.; Gümüş, s. 11 vd.; Şenocak, s. 19 vd.; Zevkliler, Gökyayla, s. 508 vd.

II. Şahsen İfa Borcunun İstisnaları

A. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi

1. Genel Olarak Alt Yüklenicilik Kavramı

TBK. m. 471/f. 3'de yüklenicinin şahsen ifa borcuna bir istisna getirilmiştir. Buna göre; yüklenicinin eseri meydana getirmesinde kişisel yetenek ve becerisinin önemi yoksa, eserin meydana getirilmesi bir başka yükleniciye bırakılabilir. Bu takdirde alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur ve asıl yüklenici eserin tamamını veya bir kısmını üçüncü bir kişiye (taşeron) yaptırabilir¹⁷. Asıl yüklenicinin eserin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesi için alt yükleniciyle yaptığı sözleşme de niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesidir¹⁸.

Asıl yüklenicinin alt yükleniciyle işin bir kısmının veya tamamının yapılması amacıyla kurdukları bu eser sözleşmesine “alt yüklenicilik sözleşmesi” adı verilmektedir. Asıl yüklenici bu sözleşmeyi işsahibi adına değil, kendi ad ve hesabına yapmaktadır¹⁹. Alt yüklenici de bu sözleşme ile kendi adına asıl yükleniciden bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir. Buna karşılık, asıl yüklenici ile onun işsahibi arasındaki eser sözleşmesine “asıl sözleşme” denilir. Alt yüklenicilik sözleşmesi, nispi ilkesi gereğince asıl sözleşmeden bağımsızdır. İşsahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için, işsahibinin alt yükleniciye ne bedel ödeme borcu ne de kural olarak ondan ifayı talep etme konusunda bir hakkı vardır²⁰. Örneğin, inşaatın doğrama işini yapan alt yüklenici bundan doğan bedel alacağını işsahibinden talep edemez²¹. Zira işsahibi, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki alt eser sözleşmesinin tarafı değildir; işsahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesi ve ona da-

17 Yargıtay 15. H.D. , 10.12.1990 T. , 1990/2197 E. , 1990/2583 K. , sayılı kararına göre: “... Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir.” Cemre Bedir, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Özen ve Sadakat Borcu”, İBD., C 89, S 3, Yıl: 2015, s. 175, dpn. 80; Eren, s. 610; Karakurt Gümüşsoy, s. 25-26; Ürem, s. 41.

18 Halil Akkanat, “*Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*”, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2000, s. 39; Aral, Ayrancı, s. 372; Eren, s. 610; Zevkliler, Gökyayla, s. 511; Karakurt Gümüşsoy, s. 26; Gümüş, s. 12; Yalçınduran, s. 19.

19 Zevkliler, Gökyayla, s. 511; Aral, Ayrancı, s. 372; Eren, s. 610; Yalçınduran, s. 20; Gümüş, s. 12.

20 Buna karşılık alt yüklenici, şartları varsa haksız fiil hükümlerine göre işsahibine karşı da sorumlu tutulabilir. Bazen alt yüklenici, verilen işin gereği gibi ifa edileceğini işsahibine karşı taahhüt edebilir; bazen de alt yüklenicilik sözleşmesi, işsahibi lehine tam üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde yapılabilir. Ayrıca bkz. Akkanat, s. 207 vd. İşsahibi de bedel ödeme borcu hakkında alt yükleniciye karşı asıl yüklenici ile birlikte sorumlu olmayı kabul edebilir. Zevkliler, Gökyayla, s. 512; Karakurt Gümüşsoy, s. 26.

21 Ancak işsahibi müteselsil borçlu sıfatıyla borçlu olmayı kabul etmiş veya bedeli ödemeyi garanti etmiş olabilir. Karakurt Gümüşsoy, s. 26.

yalı olarak asıl yüklenici ve alt yüklenici arasında yapılan alt eser sözleşmesi birbirlerinden bağımsız sözleşmelerdir²².

Alt yüklenici, kural olarak asıl yükleniciden bağımsız olarak ve onun kişisel yönetim, denetim ve gözetimine bağlı olmadan çalışan, mesleği itibarıyla üzerine aldığı konuda belirli bir uzmanlığa sahip ifa yardımcısıdır²³.

2. Eserin yapımının alt yükleniciye devredilmesi halinde ortaya çıkan hukuki ilişkiler

a. Asıl Yüklenici ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki hukuksal ilişki, asıl yüklenicinin kendi ad ve hesabına alt yüklenici ile yaptığı alt eser sözleşmesine dayanır. Alt eser sözleşmesi, asıl eser sözleşmesinden bağımsız olsa bile konusu, kapsamı, tarafların yükümlülükleri, asıl yüklenici ile işsahibi arasındaki eser sözleşmesi esas alınarak belirlenir²⁴. İlk sözleşmeden bağımsız olan alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi ve ona teslim etmeyi taahhüt eder²⁵. Aynı şekilde alt yüklenici, eserin ayıplarından dolayı asıl yükleniciye karşı sorumludur.

Asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken her şeyden önce gerekli özeni göstermek, konusunda uzman olmasına dikkat etmek zorundadır²⁶. Alt yüklenici, kendi adına ve asıl yükleniciden bağımsız hareket etme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla alt yüklenici, asıl yüklenicinin bağımsız yardımcısı konumundadır²⁷.

Alt yüklenicinin asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden asıl yüklenici de, işsahibine olan borcunu yerine getiremez ise asıl yüklenici, bu nedenle uğradığı zararın tazminini alt yükleniciden isteyebilir. Asıl yüklenicinin alt yüklenicisinin işsahibine verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu TBK.'nın "Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" kenar başlıklı 116. maddesine dayanmaktadır. Buna göre; "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle*

22 Gümüş, s. 12.

23 Aral, Ayrancı, s. 372-373; Eren, s. 610; Gümüş, s. 12; Şenocak, s. 24; Zevkililer, Gökyayla, s. 512.

24 Asıl sözleşmeyle bağlı olmasına ilişkin bkz.: Aral, Ayrancı, s. 373.

25 Turan, s. 11; Aral, Ayrancı, s. 373; Eren, s. 612; Gümüş, s. 14.

26 Yargıtay 15. HD. , 13.11.2006 T. , 2005/5256 E. , 2006/6439 K. , "Yüklenici eseri, iş sahibinin yararına olacak biçimde amacına uygun ve özenle meydana getirmekle yükümlüdür. Örneğin, eser sözleşmesinde geminin yat haline dönüştürülmesi amaçlandığına göre, işçinin uzman sayılan ve basiretli tacir gibi davranmak zorunda olan yüklenici edimi amacına uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır.", www.kazanci.com, (02.04.2018); ayrıca bkz.: Bedir, s. 161.

27 Eren, s. 610; Aral, Ayrancı, s. 373.

yükümlüdür". Bu durumda asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi nedeniyle bir zarara uğradığını ispat etmesi yeterlidir. Kusursuz olduğunu ise alt yüklenici ispat etmek zorundadır²⁸.

b. İşsahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Alt yüklenici ile işsahibi arasında eser sözleşmesi mevcut olmadığı için bu sözleşmeden doğan herhangi bir borç ilişkisi de mevcut değildir. Bu nedenle işsahibinin, alt yükleniciden eser meydana getirilmesini ve onun kendisine teslimini isteme hakkı yoktur. Zira alt yüklenici, eser meydana getirmeyi sadece asıl yükleniciye taahhüt etmiştir. İşsahibi, alt yüklenicilik sözleşmesinin ihlalinden asıl yüklenici lehine doğan hakları kendi adına ileri süremez; sadece şartları varsa haksız fiil hükümlerine dayanarak alt yükleniciye başvurabilir²⁹.

Kural bu olmakla birlikte, iki durumda, işsahibi sözleşmeye dayanarak doğrudan doğruya alt yükleniciye başvurabilir³⁰:

- Birincisi, alt yüklenicinin, asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve zamanında ifa edeceğini asıl işsahibine karşı sözleşmeyle taahhüt etmesidir.
- İkincisi ise, alt yüklenicilik sözleşmesinin TBK. m. 129 çerçevesinde işsahibi lehine yapılmış tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımasıdır³¹.

28 Kılıçoğlu, s. 191; Yargıtay 4. HD. , 10.04.2000 T. , 2000/1199 E. , 2000/3287 K. , "Yetkili servisin, malın onarımı veya bakımı nedeniyle, malı satın alan ve kullanan kişiye verdiği zarardan, servisi yetkili kılan üretici firma sorumludur.",<http://www.hukuki.net>, (27.12.2018).

29 Aral, Ayrancı, s. 373; Eren, s. 612; Gümüş, s. 15; Turan, s. 12; Zevkliler, Gökyayla, s. 512.

30 Aral, Ayrancı, s. 374; Eren, s. 612-613; Turan, s. 12; Zevkliler, Gökyayla, s. 512, dpn. 258.

31 Yargıtay 11. H.D., 19.12.2014 T. , 2014/12621 E. , 2014/20139 K. , "... anılan sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir kişiye, onun yararına bir edim kararlaştırılması halidir. Kural olarak üçüncü kişi yararına sözleşmeleri, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayırmak mümkündür. Aralarındaki temel fark ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin, sözleşme ile borç altına giren taraftan talepte bulunamamasına karşın tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde bunun mümkün olmasıdır. Üçüncü kişiler yararına yapılan sözleşmelerin eksik ya da tam olup olmadığının tespitinde, sözleşmede bu yönde açık bir hüküm ya da anlatımın olması, bu yönde bir açıklık olmaması halinde ise sözleşme hükümlerinin amaçsal yorum ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereğince şirket hisse devirlerinde, devir işleminin tarafları arasında düzenlenen ve devre konu şirket borçlarına yönelik olarak edim yükümlülüğü içeren hükümler, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmekte ve bunun sonucu olarak, sözleşmenin tarafı olmayan şirketin aktif dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Üçüncü kişi lehine sözleşme, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin kanunen genel olarak öngörülmesi bir istisnasıdır. TBK. m.129'a (eski BK. m.111) göre, sözleşme tarafları, ifanın üçüncü kişiye veya üçüncü kişi lehine yapılacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşme, ifada bulunacak olan borçlu ile ifayı kabul etme hakkına sahip olan üçüncü kişi arasında bir edim ilişkisi kurar. Ancak üçüncü kişi, edimi bizzat talep etme hakkına sahip olsa bile, ne sözleşmenin tarafı haline gelir, ne de sözleşme alacaklısının temsilcisi durumundadır. İşte bu nedenle üçüncü kişi lehine sözleşmenin, sözleşmelerin nisbiliği ilkesine istisna oluşturduğu söylenir. Üçüncü kişinin edim talep hakkına sahip olduğu sözleşmeler, tam üçüncü kişi lehine sözleşme, üçüncü kişiye talep hakkı tanımayan sözleşmeler

İşsahibi ile alt yüklenici arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki olmadığı için işsahibinin alt yükleniciye karşı kural olarak herhangi bir ücret ödeme borcu bulunmamaktadır. Alt yüklenici, ücret alacağını ancak kendisi ile akdi ilişkisi olan asıl yükleniciye karşı ileri sürebilir³².

Ayrıca işsahibi, alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu sıfatıyla (TBK. m. 162)³³ veya kefil olarak ödeme taahhüdünde bulunmuş veya ona garanti vermiş ise, alt yükleniciye karşı ücret ödeme borcu altına girmiş olur³⁴.

Eserin alt yüklenici tarafından meydana getirilmesinin işsahibi yönünden bazı riskleri bulunmaktadır. İşsahibinin asıl yükleniciye ücret edimini ödemiş olmasına rağmen asıl yüklenicinin alt yükleniciye bu ücreti ödememesi halinde, kanuni ipotek nedeniyle işsahibinin alt yükleniciye yeniden ücret ödeme durumunda kalması, bu risklerin başında gelmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun "*Tescile tabi kanuni ipotekler*" kenar başlıklı 893. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; "*Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar*" kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Buna göre, alt yüklenici işsahibinin arsasında inşa ettiği yapı üzerinde çalışması nedeniyle asıl yükleniciden olan ücret alacağı için işsahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanabilir ve bunun tescilini talep edebilir. Tescil edilen kanuni ipotek yönün-

ise eksik üçüncü lehine sözleşme olarak adlandırılır. Eksik üçüncü kişi lehine sözleşmede, sözleşme ediminin yerine getirilmesini yalnızca sözleşmenin tarafı olan alacaklı talep edebilir. Üçüncü kişi sadece ifayı kabule yetkilidir. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede ise, hem alacaklı hem de edimin lehine ifası kararlaştırılan üçüncü kişi ifa talebinde bulunabilir. Böylece lehtar üçüncü kişi, tarafı olmadığı sözleşmeden doğan bir alacak hakkı kazanır. Bu hakkın kazanılması için üçüncü kişinin ne rızası ne de bilgisi gerekmez. Üçüncü kişinin talep hakkına sahip olmaması asıldır. Bu durumun aksi ya sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir ya da sözleşmenin yorumu yoluyla böyle bir hakkın zımnen kararlaştırıldığı sonucuna varılabilir. Sözleşmenin yorumunda aranacak olan, tarafların ortak niyetidir. Sözleşmenin hangi hallerde tam üçüncü kişi lehine sözleşme olarak yorumlanabileceği konusunda kesin bir ilke benimsemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca taraflar arasındaki menfaat dengesi, tarafların sözleşmenin akdinden sonraki ve özellikle ilgili üçüncü kişiye karşı davranışları da üçüncü kişiye talep hakkı tanınmadığı hususunun belirlenmesinde dikkate alınır. Sözleşmenin yorumundan tarafların ortak niyetinin bu olduğu anlaşılıyorsa, örf ve adete bakılır. Bazı hallerde teamül gereği üçüncü kişiye doğrudan borçluya başvurma hakkı tanınabilir. (Nilsson Okutan Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, s. 307, 308, 309)", www.hukukmedeniyeti.org, (02.04.2018).

32 "Öğretideki bir görüş, vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK. m. 507/f. 3 hükmünü, kıyasen eser sözleşmeleri alanında da uygulamakta ve işsahibine, asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı sahip olduğu hakları doğrudan alt yükleniciye karşı ileri sürebilme imkânını tanımaktadır.", Yalçınduran, s. 206, d.pn. 653; karşı görüş için bkz. : Gümüş, s. 15; Akkanat, s. 291.

33 Maddeye göre, "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar*".

34 Aral, Ayrancı, s. 374; Eren, s. 613.

den işsahibi, sadece tescil yapılan taşınmazla sorumlu olacaktır³⁵.

İşsahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmede alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını kaldıramaz. Alt yüklenici de önceden kanuni ipotek hakkından vazgeçemez; böyle bir feragat geçersizdir³⁶.

İkinci bir risk ise; ödeme tehlikesine karşı işsahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye alt yüklenicinin ücret borcunun ödenmeyeceğinin sabit olması halinde, kendisine ücret ödeyeceği kaydını koydurabilir. Böylece işsahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmede alt yüklenicinin ücret borcunu doğrudan doğruya kendisinin ödeyeceği şartını koyarak ikinci bir ödeme riskinden kurtulabilir³⁷.

c. İşsahibi ile Asıl Yüklenici Arasındaki İlişki (Asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin davranışlarından dolayı işsahibine karşı sorumluluğu)

Alt yükleniciye eserin meydana getirilmesinin bırakılması, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı olan borçlarında bir değişiklik yaratmaz. Alt yüklenici ve varsa alt alt yüklenici, asıl yüklenicinin TBK. m. 116 anlamında bağımsız ifa yardımcısı konumundadır³⁸.

Asıl yüklenicinin kendi yönetimi altında, işi alt yükleniciye yaptırması ve bu borcun gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 112, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 49, işin ifasında yardımcı şahıslar kullanılması durumunda ise yardımcı şahısların görevlerini yerine getirmemeleri halinde TBK. m. 116, üçüncü bir kişiye zarar verilmesi halinde ise TBK. m. 66 uygulama alanı bulabilir³⁹.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m. 66, haksız fiilden doğan bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu maddenin uygulanabilmesi için zarar veren kişi ile alt yüklenici arasında bir hizmet ilişkisi, emir ve talimatlara uymayı içeren bir bağımlılık ilişkisi gereklidir. Ancak TBK. m. 116'da borçlu ile kullandığı yardımcısı arasında bir bağımlılık ilişkisi, bir ast-üst ilişkisinin varlığı sorumluluğun doğması için şart olarak aranmaz. Yine yardımcı kişi ile

35 Turan, s. 12-13; Eren, s. 613.

36 Eren, s. 613.

37 Turan, s. 13; Eren, s. 613-614.

38 Gümüş, s. 12.

39 Yalçınduran, s. 82; Yargıtay 13. HD. , 26.11.1994 T. , 1994/10149 E. , 1994/10482 K. , "Adam çalıştırnan en alt düzeydeki yardımcı kişilerin işin görülmesi sırasında başkalarına verdikleri zarardan sorumludur. Davacının sözleşme gereği davanın sunduğu kahvaltıda hizmet gören zararlandırıcı eylemde bulunan kişinin ismini açıklayıp kanıtlamasına gerek yoktur. Burada önemli olan, davacıya zarar veren kişinin davalıya bağımlılık ilişkisi içinde bulunup bulunmadığının tesbitidir.", www.hukukturk.com, (27.12.2018).

borçlu arasında bir borç ilişkisinin bulunması da zorunlu değildir⁴⁰. Borçlu ile yardımcı arasında aynı zamanda bir bağımlılık, ast-üst ilişkisi varsa veya yardımcının üçüncü kişiye davranışı alacaklıya karşı hem haksız fiil hem de borçlunun borcuna aykırılık teşkil ediyorsa bu durumda alacaklı için hakların yarışması söz konusu olur. Alacaklı, borçluya karşı dilerse TBK. m. 116'ya dilerse TBK. m. 66'ya dayanabilir. Ancak sözleşmeye (akde) aykırılığa ilişkin hükümlere dayanarak talepte bulunması, haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunmasından daha avantajlı olacaktır. Bu nedenle alacaklıdan beklenen TBK. m. 116'ya dayanarak istemde bulunmasıdır⁴¹.

1) Yetkili Devirde

Hâkim görüşün de kabul ettiği gibi, asıl yüklenici yasal veya sözleşmesel yetkisini kullanarak -caiz olan şekilde- işin görülmesine dahil ettiği alt yüklenicinin eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan dolayı TBK. m. 116 uyarınca sorumludur⁴².

Eserin icrasının alt yükleniciye yetkili bir şekilde devri halinde, asıl yüklenici alt yüklenicinin seçiminde ve ona verdiği talimatlarda kusurlu davranması durumunda, bu kusurundan dolayı iş sahibine karşı TBK. m. 116 gereği sorumlu olur. Böyle bir durumda, asıl yüklenici ancak bu davranışta kendisi bulunmasaydı kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

2) Yetkisiz Devirde

Asıl yüklenicinin yasal veya sözleşmesel bir yetkisi olmaksızın -caiz olmayan bir şekilde- işin görülmesine dahil ettiği alt yüklenicinin, eserin meydana gelmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunun dayanağının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre, caiz olmayan şekilde alt yüklenici kullanan asıl yüklenici, gerek yetkili olmaksızın bağımsız kişi kullanmaktan dolayı gerekse bağımsız yardımcı kişinin bizzat verdiği zararlardan dolayı iş sahibine karşı TBK. m. 112 uyarınca sorumludur. Yine bu görüşe göre TBK. m. 116'nın uygulanması, sadece alt yükleniciye işin bırakılmasının caiz olduğu haller ile sınırlıdır⁴³.

Buna karşılık doktrinde savunulan hâkim görüşe göre, TBK. m. 116 asıl yüklenicinin alt yükleniciye eserin meydana getirilmesini bırakmasının sadece caiz olduğu değil, caiz olmadığı hallerde de uygulama bulur. Buna göre;

40 Karaca, s. 59.

41 Karaca, 58-59.

42 Akkanat, s. 151 vd.; Zevkliler, Gökyayla, s. 512-513; ayrıca bkz. Gümüş, s. 12, dpn. 67; Kılıçoğlu, s. 197-198.

43 Bkz. Akkanat, s. 151, dpn. 35.

caiz olmayan şekilde alt yüklenici kullanan asıl yüklenici hem TBK. m. 112'ye göre hem de TBK. m. 116'ya göre iş sahibine karşı sorumlu olacaktır⁴⁴. Böyle bir durumda taleplerin yarışması söz konusu olacaktır. Her iki hükme ilişkin sorumluluğun birbiriyle yarıştığı kabul edilmesine rağmen, bu hükümlerin birbirinden ayrı sorumluluk şartlarına sahip oldukları ve her iki hüküm çerçevesinde doğan sorumluluğun kapsamının da birbirinden farklı olduğuna dikkat etmek gerekir⁴⁵.

Bu iki madde arasındaki farklardan biri, TBK. m. 116 uyarınca asıl yüklenici, iş sahibine karşı kusuru aranmaksızın sorumlu olurken, sorumluluğun TBK. m. 112'ye dayandırılması halinde asıl yüklenicinin kusurunun aranacak olmasıdır. İki madde arasında sorumluluğun şartları yanında kapsamı bakımından da farklılıklar vardır⁴⁶. TBK. m. 116'ya göre; ifa yardımcısı konumundaki alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlar asıl yükleniciden talep edilebilirken; TBK. m. 112'ye göre yardımcı şahıs kullanması nedeniyle meydana gelen ve asıl yüklenicinin borca aykırı davranışı ile uygun illiyet bağı içerisinde olan bütün zararlarının tazmini istenebilir. Örneğin, asıl yüklenicinin caiz olmayan şekilde kullandığı alt yüklenicisinin iş görmeyi bırakması ve iş sahibinin sırlarını öğrenerek bir zarara neden olması durumunda söz konusu zarar, ancak TBK. m. 112'ye göre iş sahibince asıl yükleniciden istenebilecektir⁴⁷.

İşin yetkisiz olarak alt yükleniciye devri halinde iş sahibi, asıl yükleniciden alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını isteyebilir; hatta TBK. m. 473/f. 2 kapsamında işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir⁴⁸. Ayrıca TBK. m. 473/f. 1'e göre; *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir”*.

44 Akkanat, s. 151-152; Şenocak, s. 22; Yalçınduran, s. 80-81; Gümüş, s. 13; Aral, Ayrancı, s. 374-375; Eren, s. 614-615.

45 Şenocak, s. 22.

46 Akkanat, s. 152.

47 Akkanat, s. 153.

48 Aral, Ayrancı, s. 375; Gümüş, s. 13-14.

3. Eser Sözleşmesinde Borçlunun, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması ve Sorumsuzluk Anlaşmasına Getirilen Sınırlamalar

a. Borçlunun, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmasının Şartları

İş yaşamında devamlı gelişen hizmet alanları karşısında borçlunun edimini ifasında, her aşamayı kendi başına yerine getirmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda borçlu yardımcı kişilerden yararlanabilir⁴⁹.

Yardımcı kişinin davranışının borçlunun sorumluluğuna yol açabilmesinin ana koşulu, borçlu ile alacaklı arasında sözleşmeden ya da kanundan doğan bir borç ilişkisinin varlığıdır⁵⁰. TBK. m. 116, borçlunun yardımcı kişinin eylemlerinden sorumlu tutulabileceğini düzenlemektedir. Buna göre; *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür”*. O halde, edimlerin ifasının veya hakların kullanılmasının yardımcı bir kişi tarafından yapılması ve işin yürütüldüğü sırada karşı tarafın zarara uğraması, sorumluluğun doğması için en temel şartlardır⁵¹.

b. Borçlunun, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmasının Özellikleri

TBK. m. 116/f. 2’ye göre, *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir”*. Madde, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldırmak için mutlaka bir anlaşmanın yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

TBK. m. 115’e göre kast ve ağır ihmal ile verilecek zararlar hakkında sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı kuralı, TBK. m. 116/f. 2’de uygulama alanı bulamamaktadır. Dolayısıyla yardımcı kişi, ister kasıtlı veya ağır kusurlu davranışlarıyla ister hafif kusurlu davranışlarıyla borca aykırılıktan doğan zararlardan tamamen ya da kısmen sorumsuz olacağı kararlaştırılabilir⁵².

49 Nilgün Başalp, *“Sorumsuzluk Anlaşmaları”*, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 126 vd.

50 Eren, Genel Hükümler, s. 1072.

51 Ömer Oğuzhan Meral, *“Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”*, s. 29, <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/31-OMER-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (25.12.2018).

52 Eren, s. 1085; Meral, s. 30; Yargıtay 11. HD. , 21.06.2013 T. , 2011/11607 E. , 2013/13004 K., “Taraflar arasındaki sözleşmenin 18. maddesi “Alt yüklenici, işçisinin veya 3. şahsın uğra-

c. Sorumsuzluk Anlaşması Yapma Serbestisine TBK. m. 116 Hükümünde Getirilen Sınırlamalar

TBK. m. 116/f. 3'te ise kusur ölçütünden bağımsız olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmasının sınırı çizilmiştir. Buna göre, “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”. O halde, yardımcı kişinin fiili ister ağır kusurla ister hafif kusurla yapılsın uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat niteliğinde yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarının hükümsüz olacağı kabul edilmiştir⁵³.

d. Geçersizliğin Sözleşmeye Etkisi

TBK. m. 116'daki hükümler, söz konusu sınırlara aykırı olan sözleşmelerin “kesin hükümsüz” olduğunu düzenlemektedir. Bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte; geçerlik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek şekilde önemli bulunanların gerçekleşmemiş olması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olur⁵⁴. Bir sözleşmenin kesin hükümsüz olmasını gerektiren nedenler, ehliyetsizlik, sözleşmenin konusunun emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkansız olması, şekle aykırılık ve muvazaadır⁵⁵.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının hukukî sonuçları ise şu şekildedir⁵⁶:

- Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukukî işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.
- Butlan, sadece taraflar arasında değil, bunda menfaati olan herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilir.
- Hakim tarafından re'sen dikkate alınır.

B. Yüklenicinin Sözleşmeyi Bir Bütün Olarak Devir Yetkisi

Asıl yüklenicilerin işi alt yüklenicilere devre yetkili olup olmadığı işin niteli-

yacağı kaza sonucu ortaya çıkan zarar, ziyan veya kanunen ödenmesi gereken tazminat ve masraflardan münhasıran sorumlu olacak ve yükleniciye hiçbir sorumluluk yüklemeyecektir.” hükmünü haiz olup, davalılar tarafından da bu madde kapsamında sorumlu olmadıkları savunulmuştur”. , www.hukukturk.com, (27.12.2018).

53 Numan Tekelioğlu, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, *SDÜHFD.*, C 6, S 1-2, Yıl 2016, s. 16, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/388212>, (12.2018).

54 Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. B., Ocak, 2016, s. 78.

55 Eren, s. 332.

56 Eren, s. 334.

ği göz önüne alınarak tayin edilir⁵⁷. TBK. m. 83'ün aksine, TBK. m. 471'de "asıl yüklenicinin eseri kendisinin yapması ya da kendi idaresi altında yaptırmak zorunda olması" karene olarak konulmuştur.

Sözleşme gereği alt yüklenicinin kişisel becerisinin önemi yoksa alt yüklenici, üstlendiği işin tamamını başka bir alt yükleniciye devredebileceği gibi işin parçalara ayrılması mümkünse bu kısımları da ayrı ayrı alt yüklenicilere verebilir⁵⁸.

İşin tamamının ya da bir kısmının alt yükleniciye devredilmesi üç halde söz konusu olur. Bu hallerden ilki, istisna sözleşmesinde bu hususun kararlaştırılması, ikincisi ise devrin iş sahibinin iznine bırakılmasıdır. Üçüncü ve son hal ise, TBK. m. 471/f. 3 gereğince, işin niteliği icabı bir başkası tarafından yapılmasında sakınca olmamasıdır. Asıl yükleniciye, işin tamamının veya bir kısmının alt yüklenicilere devredilebileceği yönündeki yetki ya sözleşmenin yapıldığı anda ya da ayrı bir sözleşme ile verilir. Sözleşmede yer alan devir yetkisi, bazı işlerin alt yükleniciye verilmesi şeklinde olabileceği gibi bazı işlerin de verilemeyeceği yönünde olabilir⁵⁹.

Asıl yüklenici, iş sahibinin iznini almak şartıyla onun ad ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Yüklenici, iş sahibinin vekili veya temsilcisi olarak hareket ettiği için buradaki durum alt yüklenicilik sözleşmesinden farklıdır. Dolayısıyla TBK. m. 471 hükmü uygulanamayacaktır. Buna rağmen asıl yüklenici, işi iş sahibi adına ve hesabına başkasına devrederse, asıl eser sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsil hükümlerine göre sorumlu olur ve TBK. m. 46-47 uygulama alanı bulur⁶⁰.

İşin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından bir başka yükleniciye (üçüncü kişiye) yetkisiz olarak devredilmesi, iş sahibi tarafından ancak TBK. m. 46'ya göre icazet (onama) verildiği takdirde geçerlidir. Bu durumda, iş sahibi ilk yüklenici ile ikinci yüklenici arasında yapılan sözleşmenin alacaklı ve borçlusu durumuna girer ve ilk yüklenici, bundan sonra yapılan işlerin sorumluluğundan kurtulur. İş sahibi icazet vermektan kaçınırsa, yetkisiz bir yüklenici ile sözleşme akdeden ikinci yüklenicinin (üçüncü kişinin), iş sahibine karşı herhangi bir talepte bulunmaya özellikle de yaptığı işin karşılığı ücrete talep hakkı yoktur⁶¹.

57 Kılıçoğlu, s. 187 vd.

58 Kılıçoğlu, s. 195; Yargıtay 15. H.D., 10.12.1990 T. , 1990/2197 E. , 1990/5383 K. , "Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonucu etkili görülmemiştir", <http://www.hukuki.net>, (06.04.2018).

59 Yalçınduran, s. 21.

60 Zevkliler, Gökyayla, s. 513; Eren, s. 615; Hudath, s. 57-58.

61 İlk gelen, s. 61.

İş sahibi, kendi adına eser sözleşmesi yapmak için yükleniciye yetki vermiş ancak üçüncü kişiye karşı yetki verdiğini beyan etmiş veya buna ilişkin davranış ve eylemlerde bulunmuşsa, yüklenicinin onun adına yapmış olduğu sözleşme sadece iş sahibini bağlayacaktır⁶².

Konuyu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK.), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK.), Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ.) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ.) bakımından ele alacak olursak:

DİK. madde 66'da "sözleşmenin devri" kenar başlığı altında, "Sözleşmenin, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebileceği ve izinsiz devir yapılması halinde, sözleşmenin bozulacağı" ve DİK. m. 62'ye yapılan atıfla en az 10 gün süreli ihtara rağmen, aynı durumun devamı halinde sözleşmenin feshedileceği belirtilmiştir.

Yine BİGŞ. m. 46, aynı başlık altında şu düzenlemeyi getirmektedir: "Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için birinci derece veya yetkili bulunan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit hakkında 2886 sayılı Kanununun 62. maddesi hükümleri uygulanır". Aynı şekilde BİGŞ. m. 18/f. 5'e göre; "İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü herhangi bir işbölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur".

KİSK. m. 16 ve YİGŞ. m. 47'ye göre; "Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınmaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır".

Görüldüğü üzere; Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 46. maddesinde işin başkasına devri yasaklandığı gibi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi işlerde edimin ifasının başkasına bırakılması sıkı şartlara bağlanmıştır⁶³ (YİGŞ. m. 47).

62 Turan, s. 14.

63 Zevkililer, Gökyayla, s. 510.

Sonuç

Kanun koyucu, eser sözleşmesinde borcun şahsen ifasında alacaklının bizzat menfaati olduğu düşüncesiyle TBK. m. 471/f. 3 c. 1'de, yükleniciyi meydana getireceği eseri bizzat yapmakla veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü kılmıştır. Eser sözleşmesinde edimin bizzat ifasına ilişkin bu kural, yüklenicinin şahsının ve yeteneklerinin önem taşıdığı düşüncesine dayanmaktadır.

Günümüzde ilerleyen koşullarda, özellikle büyük yapıların inşasında yüklenicinin üstlendiği işin tamamını bizzat yapmasına imkan yoktur. Bu nedenle yüklenicinin yardımcı şahıs kullanması hatta bazı işleri alt yüklenicilere devretmesi gerekebilir. Özellikle inşaat sözleşmeleri gibi, işi yüklenicinin şahsen ifasında iş sahibinin genellikle menfaati bulunmayan ve her aşamasında bizzat yüklenici tarafından ifa edilmesi gerekmeyen eser sözleşmelerinde, yüklenici genellikle kendi yönetimi altında yardımcı kişiler veya alt yükleniciler kullanılabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilen sistem bakımından işin bizzat yüklenici tarafından ifası kural, yardımcı kişiye veya alt yükleniciye yaptırılması istisna ise de; uygulamada ise işin şahsen ifasını zorunlu kılan eser sözleşmeleri istisna, yüklenicinin işi başkasına yaptırmayı adeta kural haline almıştır.

İşin niteliği edimin ifasını zorunlu kılrsa bile, yüklenicinin edimin ifasını başkasına bırakması sözleşme serbestisi doğrultusunda kararlaştırılabilir. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirmesine kıyasla, yardımcı kişi veya alt yüklenici kullanarak meydana getirmesi daha düşük vasıfta veya kalitede bir eserin ortaya çıkmasına yol açmayacak nitelikte ise, yardımcı kişi veya alt yüklenici kullanılması caiz sayılabilecektir.

KAYNAKLAR

- Akkanat, Halil, “*Taşeronluk (Alt Müteahhitlik Sözleşmesi)*”, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2000.
- Antalya, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C I, 2. B., İstanbul, 2017.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. B., Ankara, 2015.
- Avcı, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, MÜHFAD.*, C I, Özel Sayı, C 22, S 3, Yıl: 2016, s. 303-323.
- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. B., Ekim 2016.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. B., Adalet Yayınevi, Ocak, 2017.
- Başalp, Nilgün, “*Sorumsuzluk Anlaşmaları*”, T.C. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 126 vd.
- Bedir, Cemre, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Özen ve Sadakat Borcu”, *İBD.*, C 89, S 3, Yıl: 2015, s. 156-188.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. B., Ankara, 2012, (Eren, Genel Hükümler).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 3. B., Ankara, 2016.
- Erişen, Muhammet, “*Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*”, T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C II, 3. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak, 2014.
- Hudath, Orhan, “*Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları*”, T.C. Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- İlgelen, Abdullah Cem, “İstisna Sözleşmesinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Kaplan, İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. B.,ö Ankara, 2007.
- Karakurt Gümüşsoy, Güler, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2017.
- Karaca, Mehmet, “İfa Yardımcısının Filinden Borçlunun Sorumluluğu”, *THD.*, Yıl: 5, S 49, Eylül, 2010, s. 47-62, <https://jurix.com.tr>, (31.03.2018).
- Kayıhan, Şaban; Ünlütepe, Mustafa, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. B., Ocak, 2016.
- Kerman, Evrim, “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”, *AÜHFD.*, Yıl: 3, S 2, Aralık, 2017, s. 17-31.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. B., Ankara, 2017, (Kılıçoğlu, 2017).
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFD.*, C XXXII, S 1, 1975, s. 185-199, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, (24.03.2018).
- Meral, Ömer Oğuzhan, “*Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği*”, <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/31-OMER-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (25.12.2018).

- Nart, Serdar, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Ankara, 2014.
- Nomer, N. Haluk, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 13. B., İstanbul, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. B., İstanbul, 2009.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Ocak 1993.
- Şenocak, Zarife, *Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitabevi, 1. B., Ankara, Ocak, 2002.
- Şenyüz, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 2. B., Bursa, 2005.
- Tekelioğlu, Numan, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, *SDÜHFD.*, C 6, S 1-2, Yıl 2016, s. 16, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/388212>, (25.12.2018).
- Turan, Osman Fırat, “İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları”, s. 1-16, <http://osmanfiratturan.av.tr>, (24.03.2018).
- Ürem, Müge, *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. B., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim, 2017.
- Yalçınduran, Türker, “*Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi*”, T.C. Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 1999.
- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 17. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <http://dergiler.ankara.edu.tr>, (24.03.2018).
- <http://www.hukuki.net>, (06.04.2018).
- <https://jurix.com.tr>, (31.03.2018).
- <http://osmanfiratturan.av.tr>, (24.03.2018).
- <https://www.yargitay.gov.tr/dergi>, (31.03.2018).
- www.kazanci.com, (02.04.2018).
- www.hukukmedeniyeti.org, (02.04.2018).
- www.hukukturk.com, (27.12.2018).

ÖZ

Çalışmamızın konusu, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri şahsen meydana getirme veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırma borcudur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesine göre, “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir”.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, yüklenici meydana getirilecek eseri ya doğrudan doğruya kendisi yapmak ya da kendi yönetimi altında başkalarına yaptırmak zorundadır. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. m. 83 hükmündeki borcun herkes tarafından ifa edilebileceğine dair genel kuralın bir istisnasıdır.

Anahtar kelimeler: eser sözleşmesi, yüklenici, alt yüklenici, şahsen ifa.

İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetiyle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

ahtopal@medipol.edu.tr

mcattik@medipol.edu.tr

argencer@medipol.edu.tr

