



**KURULUŞ: OCAK-1975, YIL: 32 SIRA SAYI: 119**



**CILT: 32**

**TEMMUZ 2006**

**SAYI: 3**

---

---

**Sahibi** : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Osman ARSLAN**  
**Yayın Müdürü** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ersin DAMAR**

---

**YAYIN KURULU**

**Başkan** : *Hakkı DİNÇ* (2. Hukuk Dairesi Üyesi)  
**Üyeler** : *Nazım KAYNAK* (6. Hukuk Dairesi Üyesi)  
*Sedat BAKICI* (11. Ceza Dairesi Üyesi)  
*Mustafa KICALIOĞLU* (4. Hukuk Dairesi Üyesi)  
*Sevgi SAKA* (7. Ceza Dairesi Üyesi)

---

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
  - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
  - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
  - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT gideri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
  - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
  - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- 

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayımlanır.**
  - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No: 3) 06658 Ankara.
  - **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
  - **Abone servisi:** (0-312) 416 11 38 - 416 11 39
  - **Faks:** (0-312) 419 41 11
  - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2006 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 27.00 YTL.dir.**
  - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 39009014-5001** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktararak ya da **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
  - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
  - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 30 indirim uygulanır.**
  - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
- 

**ISSN 1300 - 0209**

---

---

# İÇİNDEKİLER

## Sayfa

### 1- MEDENİ HUKUK

#### a) Yusuf ULUÇ

Boşaltılan, Ancak Tüzel Kişiliği Korunan  
-Su Altında Kalan ve Seçimi Yapılmayan Köy  
Temsil Yöntemi.....245-264

#### b) Yrd.Doç. Dr. Ahmet Cemal RUHI

Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Ülke  
Mahkemelerinden Verilen Mirasçılık  
Belgesinin Türkiye'de Tanınması.....265-300

### 2- ULUSLARARASI HUKUK

#### Celal ARAS

Adil Yargılama Hakkı  
(AİHS Işığında) .....301-330

### 3- İCRA İFLAS HUKUKU

#### Seyit ÇAVDAR

İhtiyati Hacizin Hacze İştiraki .....331-348

### 4- ANAYASA HUKUKU

#### Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

Temel Haklar ve İlgili Kavramlar .....349-386

### 5- İŞ HUKUKU

#### Osman Güven ÇANKAYA - Şahin ÇİL

4857 Sayılı İş Kanununa Göre  
İşyeri Devri.....387-424

### 6- CEZA HUKUKU

#### Harun MERT

Genel Ahlaka Karşı Suçlar ve  
Genel Ahlak Kavramı .....425-458

#### DÜZELTME

.....459





**BOŞALTILAN, ANCAK TÜZEL KİŞİLİĞİ KORUNAN  
-SU ALTINDA KALAN VE SEÇİMİ YAPILMAYAN KÖY-  
TEMSİL YÖNTEMİ**

**Yusuf ULUÇ (\*)**

**ANLATIM DÜZENİ: BİRİNCİ BÖLÜM: 1-Genel olarak "köy" Köyün Tanımı, 2-Boşaltılan Köy ve Davada Temsil Yöntemi, 3-Konuyu İlgilendiren Dava, 4-Temsil Yetkisinin, Köy Kanunu ile İl İdaresi Kanununa Göre İrdelenmesi, 5-4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında, Temsil Yetkisinin İrdelenmesi, 6-Sonuç, İKİNCİ BÖLÜM: 1-Baraj Gölü Suları Altında Kalması Nedeniyle Tüzel Kişiliği Kaldırılan Köy ve Davada Temsil Yöntemi, 2-Kanunlar Karşısında Olayın İrdelenmesi, 3-Sonuç, 4-Öneri, ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: Seçimi Yapılamayan Köy (İdari Birim) ve Temsil Yöntemi, 1-Yüksek Seçim Kurulu'nun Temsile İlişkin Kararları, A-Yüksek Seçim Kurulu'nun 10.01.2004 gün ve 56 Sayılı Kararı, - Yüksek Seçim Kurulu'nun 10.01.2004 gün ve 56 Sayılı Kararının İrdelenmesi, B-Yüksek Seçim Kurulu'nun 05.07.2004 gün ve 2373 Sayılı İlke Kararı, -Yüksek Seçim Kurulu'nun 05.07.2004 gün ve 2373 Sayılı Kararının İrdelenmesi, - 442 Sayılı Köy Kanununun 89.Maddesi Karşısında Olayın Değerlendirilmesi; A-89. Maddenin İrdelenmesi, 442 Sayılı Kanunun 89. Maddesinin 2 ve 3.Cümlelerinden Çıkarılan Sonuçlar, B-Sonuç ve Çözüm Yöntemi ile Öneriler**

---

(\*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi

## BİRİNCİ BÖLÜM

## 1- GENEL OLARAK “KÖY”

**Köyün Tanımı: 1-**“Cami, Okul, Otlak, Yaylak, Mer’a ve Baltalık gibi ortak malları bulunan ve toplu yada dağınık evlerde oturan insanların birlikte meydana getirdikleri, nüfusu 2000’den az yerleşim birimi” olarak tanımlanmaktadır (1).

**2-**“En küçük yerel yönetim birimi ve yönetsel bölünmenin en alt basamağına” Köy denir (2).

Köy Kanununa Göre Köyün Tanımı:”Nüfusu 2000’i aşmayan, orta malları yanında taşınır yada taşınmaz mallara sahip olan ve köy kanunu ile kendisine verilen işleri seçilmiş karar organlarıyla yerine getiren ve tüzel kişiliği olan yerel yönetim birimi” olarak tanımlanır (3).

**2- KONUYU İLGİLENDİREN DAVA;** Kazanmayı sağlayan zilyetlik ve muristen intikal hukuksal sebeplerine dayalı olarak TMK.nun 713/1, 996 ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14. maddeleri uyarınca açılan **TESCİL DAVASIDIR.**

TMK.nun 713/3. madde ve fıkrası uyarınca, Kazanmayı sağlayan zilyetlik hukuksal sebebine dayalı olarak açılan tescil davalarında, “...Hazine ve ilgili Kamu Tüzel Kişisi yasal (Kanuni) hasım durumunda bulunmaktadır.” Yani olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile taşınmaz edinmeye ilişkin tescil davaları; Tescili istenen taşınmaz Belediye sınırları içinde ise; Hazine ile birlikte ilgili kamu tüzel kişisi olan Belediye’ye, Köy sınırları içinde ise,

(1) Büyük Larousse-Sözlük ve Ansiklopedisi C:14, 1986 bası, Sh:7071, Milliyet

(2) AnaBritanica, Genel Kültür Ansiklopedisi, ana Yayıncılık A.Ş. C:13, 1986 bası, Sh:599

(3) 442 sayılı Köy Kanunu m. 1 ve 2) AnaBritanica, Genel Kültür Ansiklopedisi Ana Yayıncılık A.Ş., C:13, 1986 bası, Sh:599

Hazine ile birlikte Köy Tüzel kişiliğine yöneltilerek açılması zorunludur. Bu tür zorunluluk, zilyetliğe dayalı olarak açılan davaların niteliği ile özelliğinden doğan bir zorunluluktur.

Köy, yasa gereği mutlaka davada taraf durumunu alması gerekir. Ne var ki; taşınmazın sınırları içerisinde kaldığı "Köy" güvenlik nedeniyle boşaltılan bir köydür. Köyde hiç kimse bulunmamasına karşın "Köy" tüzel kişiliğini korumaktadır.

Kaymakamlık, "...sayılı yazılarında; "ilçemiz ..... Köyünün .....yılından itibaren boşaltıldığını, ..... yılına kadar köyün resmi ve idari işlerinin bir önceki dönem seçilen muhtar .....tarafından yürütüldüğünü, köyde hiçbir seçmenin bulunmaması nedeniyle ..... yılında muhtarlık seçiminin yapılmadığını, köyün resmi işlerinin Kaymakamlık Yazı İşleri Müdürü tarafından yürütüldüğünü", "..... sayılı yazıları ile de, köyün ..... halen boş olduğunu, ..... Köyünün Köy statüsünü koruduğunu" bildirmiştir. Bu resmi yazılardan da anlaşıldığı üzere, Köyün tüzel kişiliğinin halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Bir başka olayda; Kaymakamın bir mahalle muhtarına verdiği yetki ile boşaltılan köy, davada sözü edilen muhtar tarafından temsil edilmiştir. Bu tür olaylara sıkça rastlanıldığı gibi, bu yönde kanunlarda boşluğun bulunduğu da bir gerçektir.

### **3- TEMSİL YETKİSİNİN, KÖY KANUNU İLE İL İDARESİ KANUNUNA GÖRE İRDELENMESİ;**

442 sayılı Köy Kanununun 9 ve 10. maddeleri uyarınca köyü Köy Muhtarı temsil eder. Köy ile ilgili davalarda muhtar taraf durumunu almış ise, davada köyü temsilen, "yetkili temsilciyi" "Köy Derneği" seçer (442 sayılı Köy Kanunu m.20,33/b). Köy Kanununun 23. maddesi uyarınca "Köyün İmamı ile Muallimi veya Başmuallimi ihtiyar meclisinin her zaman azasıdır." Ancak, köy tamamen boş olup, hiçbir kişinin ikamet etmediği, Köy Kanununun konuya ilişkin maddelerde belirtilen hiçbir organ ve kişinin de bulunmadığı, kı-



saca köyü temsil edecek hiçbir organın mevcut olmadığı ve buna bağlı olarak organ eksikliğini giderecek veya tamamlayacak bir durumun da olanaklı görülmediği anlaşılmaktadır. Köy Kanunundaki açık hükümler karşısında Vali veya Kaymakamın köyü temsil etmesi veya köyü temsilen bir yönetici yada temsilci atamaları da mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki; Valilerin ve Kaymakamların "hukuki durumları, görev ve yetkilerini" düzenleyen "5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 9 ve 31. maddeleri ile diğer maddelerinde; Köyde bu biçimde meydana gelen bir organ eksikliğinin giderilmesi veya tamamlanması yönünde Vali ve/veya Kaymakama görev ve yetki öngören (veren) bir hükme rastlanılmamaktadır. Ne var ki, davada köy tüzel kişiliği; Kaymakamın talimatı ile Köyün idari işlerini gören (ki müdürün yaptığı bu idari işler dahi yok hükmünde olup hukuki sonuç doğurmaz) Kaymakamlık Yazı İşleri Müdürü tarafından temsil edilmiş ise de, bu temsil görevi; 442 sayılı Kay Kanunu ile 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun açık hükümleri karşısında kanuni (yasal) dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Davalı köy yönünden, davada "temsil eksikliği" söz konusu olduğu anlaşıldığına göre, taraf teşkilinin sağlanmadığının (dava koşulunun yerine getirilmediğinin) kabulü gerekir. Nitekim Yüksek Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 16.11.1951 gün ve 454/883 sayılı kararında aynen "Kaymakamın dava açmak için (köy adına dava açmak için olacak) bir kişiyi görevlendirme yetkisi yoktur. Kaymakamın görevlendirdiği kişi tarafından açılan davanın temsil eksikliği nedeniyle reddedilmesi gerektiğini" kabul etmiştir. Ancak TMK.nun 713/1-3. madde ve fıkralarına dayanılarak açılan tescil davalarının niteliği gereği temsil eksikliğinin yargılama sırasında giderilmesi ve Hazine ile ilgili Kamu tüzel kişilerine, verilecek katılma dilekçesi davanın yöneltmesi mümkündür.

#### **4- 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİ KARŞISINDA, TEMSİL YETKİSİNİN İRDELENMESİ;**

Şu halde ,tüzel kişiliği devam eden bir köyün organ eksikliği ne şekilde giderilecek ve hakları ne şekilde korunacaktır? Bir "kamu tüzel kişisi" olan köye "kayım" atanarak temsil eksikliğinin giderilmesi olanaklı mıdır? Tüm



bu sorulara yanıt vermek için TMK.nun 1. maddesinin verdiği görev ve yetkiden hareketle TMK.nun ilgili hükümlerini incelemek suretiyle sonuca ulaşmak mümkün olabilecektir.

Kayımlığı gerektiren haller ve temsil başlığını taşıyan TMK.nun 426/3. bendi (MK.nun 376/3. bendi) uyarınca "yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa", aynı maddenin 1. fıkrası gereğince "Vesayet Makamı (eskiden Sulh mahkemesi şimdi ise Aile Mahkemeleri olur)... temsil kayyımı atar" denilmektedir. Bundan başka, aynı Kanunun Yönetim-Kanun Gereği başlığını taşıyan 427/4 (MK.nun 377/4). bendi ise "bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, TMK.nun 427/1. fıkrası gereği "Vesayet Makamı... bir yönetim kayyımı (İdare kayyımı) atar". hükmüne yer verilmiştir.

Nitekim TMK.nun 427/4. bendi ile ilgili Hükümet Gerekçesi ise şöyledir; "Maddenin (4) numaralı bendi bir kısım tüzel kişilerin sayılması yerine bütün tüzel kişileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre herhangi bir tüzel kişi gerekli organlarından yoksun kalmışsa ve yönetimi başka bir yasal yolla sağlanamıyorsa yönetim kayyımı tayin edebilecektir" biçimindedir. Şu halde, gerek madde metninde ve gerekse hükümet gerekçesinde "Özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu hukuku tüzel kişisi" ayrımı yapılmadığına, tam aksine hükümet gerekçesinde maddenin "...bütün tüzel kişileri kapsayacak şekilde kaleme alındığı" açıklandığına göre, bir kamu tüzel kişisi olan köy tüzel kişiliğine de "yönetim kayyımının" atanması mümkün olabilmektedir.

## 5- SONUÇ;

O halde tüm bu somut ve hukuki olgular karşısında, ayırım yapılmaksızın bütün tüzel kişilere yönetim (idare) kayyımının atanmasında bir kuşku bulunmadığından, TMK.nun 426. maddesi çerçevesinde Vesayet Makamı tarafından anılan köyü davada temsilen "temsil yetkisini haiz bir kişinin" atanması ve atanacak kişinin huzuruyla davanın yürütülmesi gerekir. Ayrıca bu konuda TMK.nun (MK.nun 402),431 (MK.nun 381). Maddeleri ile "Mal memur-

larınin kayyım" tayin edilmesini öngören 3561 sayılı Kanun hükümleri de gözönünde tutulmalıdır (4).

## İKİNCİ BÖLÜM

### 1-BARAJ GÖLÜ SULARI ALTINDA KALMASI NEDENİYLE TÜZEL KİŞİLİĞİ KALDIRILAN KÖY VE DAVADA TEMSİL YÖNTEMI;

Dava, ortak miras bırakandan intikal, vergi kaydı, kazanmayı sağlayan zilyetlik ve eklemeli zilyetlik hukuksal sebeplerine dayanılarak TMK.nun 713/1, 996 ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14. maddeleri gereğince açılan ve su altında kalan taşınmazın "mülkiyetinin tespitine" ilişkindir.

Uyuşmazlık konusu taşınmazın köy sınırları içerisinde kalması nedeniyle TMK.nun 713/3. madde ve fıkrası uyarınca davanın, Hazine ile birlikte taşınmazın sınırları içerisinde kaldığı köy tüzel kişiliğine yöneltilmesi kanun hükmü gereğidir.

Su altında kalan köyün, yerleşim yeri ile arazilerinin büyük bir bölümünün Karakaya Baraj Gölü suları altında kaldığı, halkın köyü terk ederek yurdun değişik yerlerine dağıldığı, eylemli olarak (fiilen) kalkmış durumda olan köy tüzel kişiliğinin hukuken devam etmesinde bir yarar görülmediği gerekçesiyle köyün tüzel kişiliğinin kaldırılması önerilmiştir (5). Bu öneri; Bakanın 23.9.1990 günlü "Olurlarıyla" "...Kale Köyü Tüzel Kişiliğinin kaldırılarak, baraj gölü altında kalmayan arazilerin aynı Bucağın Suyatağı Köyü sınırları içi-

(4) Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 25.12.2003 gün ve 2003/8893 E., 2003/8865 K., ve aynı Dairenin 30.6.2005 gün ve 2005/4515 E., 2005/4912 K.,

(5) İçişleri Bakanlığı, İller İdaresi Genel Müdürlüğünün tarihsiz ve 420.201/23-24 sayılı Bakanlık Makamına yazdığı yazıları (yazının altında "Olur, 23.9.1990 ve Bakan imzası bulunmaktadır).

ne alınması, "5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesi ile Sınır Anlaşmazlığı, Mülki Ayrılma ve Birleşme ile Köy Kurulması ve Kaldırılması Hakkındaki Yönetmeliğin 40. maddesinin (E) fıkrası" uyarınca uygulanmıştır.

Yazılardan da anlaşılacağı üzere; Kale Köyünün tüzel kişiliği belirtilen gerekçe ile kaldırılmıştır. Su altında kalmayan arazilerin ise, Aydınlar Bucacağına bağlı Suyatağı Köyüne bağlandığı görülmektedir. Kale Köyünün tüzel kişiliğinin kaldırılmasıyla, köyün ortadan kaldırıldığı ve idari bir birim olarak haritadan silindiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, verilen kaldırma kararında; Kale Köyü halkının hangi köye bağlandığı veya birleştirildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Halkın köyü terk ederek yurdun değişik yerlerine dağılmaları ve ikamet etmeleri, bu konuda bir birleşme (bağlama) kararı verilmemesinin gerekçesi yada özrü olamaz. Dava konusu somut olayda, ortadan kaldırılan Kale Köyü halkından davacılar, Hazine ve Kale Köyü tüzel kişiliğine karşı mülkiyetin tespiti davasını açmışlardır. Kale köyü davalı durumundadır. Ancak, tüzel kişiliği kaldırılmış bulunduğu, Mahkemece; Köyü temsil etmek üzere, dava dilekçesi ve yapılan tüm tebligatları köyün bağlı bulunduğu Baskil "Mal Müdürlüğüne" yapılmak suretiyle taraf teşkili sağlanması yoluna gidilmiştir. Mahkemece, seçilen bu yöntemin doğru olmadığından duraksamamak gerekir. Çünkü bunun yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Ortadan kaldırılan Kale Köyünün su altında kalmayan arazileri Suyatağı Köyüne bağlandığına (bu köyün sınırları içerisine alındığına) göre, Kale köyü halkının da en uygun yöntemle Suyatağı köyü halkından sayıldığı, yani bir çeşit iki köyün fiilen ve hukuken birleştirildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu ilke, gerçek kişiler tarafından açılan davalar ile köy halkının kullanımına (yararlanılmasına) terk ve tahsis edilen Orta Mallardan sayılan mera, yaylak ve kışlak gibi benzeri kamu mallarının korunması bakımından çok önem taşımaktadır.



O halde, Kale Köyünün tüzel kişiliği kaldırıldığına göre, bu köy halkı tarafından ve anılan köy sınırları içerisinde su altında yada su altında kalmayan taşınmazlar için açılan davalarda TMK.nun 713/3. madde ve fıkrası gereğince hangi köye husumet yöneltilecek ve davada kim temsilci durumunu alacaktır. Bu sorunun açık bir biçimde çözümlenmesi gerekmektedir.

## **2- KANUNLAR KARŞISINDA OLAYIN İRDELEMESİ ;**

Somut olayda; 442 sayılı Köy Kanununun 9,10,20, 23 ve 33/b maddelerinin açık hükümleri karşısında, Vali veya Kaymakamın köyü temsil etmeleri yada köye temsilen bir yönetici yahut temsilci atamaları veya görevlendirmeleri mümkün bulunmamaktadır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununda da Vali ve/veya kaymakamlara bu konularda yetki veya görev veren bir hükmede rastlanılmamıştır. Aynı şekilde Defterdar yada Mal Müdürleri de köyü temsil edemez. Bunların köy adına ve köyü temsilen yaptıkları her türlü hukuki tasarruf yok hükmünde olup, hukuki sonuç doğurmazlar. Buna bağlı olarak açılan davada taraf teşkil edildiğinden de söz edilemez.

## **3- SONUÇ;**

Şu halde, Kale Köyü Tüzel kişiliği kaldırılarak, su altında kalmaya arazileri Suyatağı Köyü tüzel kişiliği sınırları içerisine alındığına göre; İller İdaresi Genel Müdürlüğünün yazısının içeriğine bakılmaksızın, açıklanan ilkeler ve yöntem esas alınarak davanın TMK.nun 713/3. madde ve fıkrası uyarınca Suyatağı Köyü tüzel kişiliğine yöneltilecek taraf teşkilinin sağlanması (dava koşulunun bu şekilde yerine getirilmesi) ve Suyatağı Köyü muhtarının huzuruyla davanın yürütülmesi düşünülmelidir. Olayda her iki köy halkının yararının bulunduğu duraksamamak gerekir. Sözü edilen köyler halkının açık yararları karşısında, davada temsilcisz bırakılmaları TMK.nun 713/1-3. madde ve fıkra hükümlerine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

## **4- ÖNERİ;**

Açıklanan somut ve hukuksal durum karşısında, ortaya çıkan hukuksal boşluğun ve duraksamanın ortadan kaldırılması için biran evvel gerekli yasal



düzenlemenin yapılması ve "Sınır Anlaşmazlığı Mülki Ayrılma ve Birleşme ile Köy Kurulması ve Kaldırılması Hakkındaki Yönetmeliğin de, yeniden oluşturulacak yasal düzenlemede gözönünde tutularak buna göre düzenlenmesi gerekmektedir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SEÇİMİ YAPILMAYAN KÖY (İDARİ BİRİM) VE TEMSİL YÖNTEMİ

#### 1- YÜKSEK SEÇİM KURULUNUN TEMSİLE İLİŞKİN KARARLARI;

##### A- Yüksek Seçim Kurulunun 10.1.2004 gün ve 56 Sayılı Kararı;

Ispir İlçe Seçim kurulu Başkanlığınca kurulumuz Başkanlığına gönderilen 08.01.2004 günlü, 96 Muhabere sayılı yazıda; 28 Mart 2004 Pazar günü yapılacak olan Mahalli İdareler Genel Seçimleri nedeniyle askıya çıkarılan sandık seçmen listelerinin 07.01.2004 tarihinde kesinleştiği ve buna göre ilçelerine bağlı Aktaş Köyünde 17 ve Kümetaş köyünde 18 seçmen olduğu belirlenmiş olmakla, bu köylerde sandık kurullarının oluşturulup oluşturulmayacağı, anılan köylerde mahalli idareler seçimlerinin yapılıp yapılamayacağı ve bu köylerde seçim yapılmayacak ise bu köy seçmenlerinin ekleneceği diğer köyde hangi seçimler için oy kullanabileceklerinin başkanlıklarına bildirilmesi istenilmiş olmakla, konu incelenerek;

#### GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanununun 30. maddesinde, nüfusu 1.000'e kadar olan köylerde ihtiyar meclisine 8 üye seçileceği kurala bağlanmıştır.

Aynı yasanın 31. maddesinde de, en az altı aydan beri o köyde oturmak şartıyla 25 yaşını dolduran her Türk vatandaşının muhtar veya ihtiyar meclisi üyesi olabileceği öngörülmüştür.

Öte yandan, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında kanunun 6. maddesinde ise, onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme ve halk oylamasına katılma hakkı olduğu vurgulanmıştır.

Değınilen yasal metinler karşısında; bir köyde seçim yapılabilmesi için seçilme yeterliliğine sahip en az 20 kişinin olması gerektiğı açıktır. Ayrıca, köyün tüzel kişiliğinin varlığını koruyor olmasının, seçme ve seçilme olgusunun gerekli kıldığı ve yasalarla belirlenmiş ilgili köyde yaşayan birey sayısının aranması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağında da kuşku yoktur.

Bu durumda, seçilme için gerekli sayıda kişinin oturmadığı bildirilen Aktaş ve Kümetaş Köylerinde muhtar ve ihtiyar meclisi üyesi seçimi yapılmasına olanak bulunmadığı açıktır.

Ancak, 20 seçmenin bulunmadığı belirtilen köylerde mevcut seçmenlere, il genel meclisi üyeliğı için oy kullanmaları olanağının sağlanması için sandık kurulu oluşturulması gerektiğine karar verilmelidir.

**SONUÇ:** Açıklanan nedenlerle;

1- Aktaş ve Kümetaş Köylerinde bu aşamada muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliğı seçimi yapılmasına olanak bulunmadığına,

2- Adı geçen köylerde il genel meclisinde mevcut seçmenlerin oy kullanmalarına olanak sağlanmasına ve bunun için sandık kurulu oluşturulmasına,

3- Karar örneğinin İspir İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı ile Kurulumuz İdari ve Mali İşler dairesi Başkanlığına gönderilmesine,

10.01.2004 tarihinde oybirliğı ile karar verildi.

**-Yüksek Seçim Kurulunun 10.1.2004 gün ve 56 Sayılı Kararının İr-  
delenmesi;**

2972 sayılı Mahalli İdareler Ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyeti Seçim hakkındaki Kanununun 30. maddesinde; nüfusu 1000'e kadar olan köyler-

de İhtiyar Meclisine 8 üye seçileceği kuralını benimsemiştir. Yüksek Seçim Kurulu; Sözü edilen 2972 sayılı Kanunun 30,31 ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanunun 6. maddelerini gerekçe göstermek suretiyle, "...bir Köyde seçim yapılabilmesi için seçilme yeterliliğine sahip en az 20 kişinin gerektiği" görüşünden hareketle, kararda ismi geçen köylerde muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliği seçimi yapılmasına olanak bulunmadığını kararlaştırmıştır. Bu bir ilke karardır.

Yüksek Kurulun, bu ilke kararı oldukça tartışmalıdır. Kararda da açıklandığı gibi Aktaş köyünde 17, Kümetaş köyünde ise, 18 seçmenin bulunduğu, muhtar ve ihtiyar meclisi için gerekli olan üye sayısı bakımından yeterli olduğu açıktır. Ancak 442 sayılı Kanunun 89. maddesi görmemezlikten gelinemez. Bu maddeye değinmekte yarar vardır.

442 sayılı Köy Kanununun 89. maddesinde; "İş bu Köy Kanunu kadın ve erkek nüfusu yüzelliden yukarı olan köyler içindir. Nüfusu yüzelliden aşağı olan köyler bu kanuna göre köy ahalisinden seçim hakkı olanların yarısından çoğunun istemesiyle etrafındaki bir saat ve ondan aşağı olan köylerden birine bağlanırlar, veyahut Vali veya Kaymakam bu kanunun hangi maddeleri yapılacağını ayrıca emreder. Bu kabil köyler hiçbir köye bağlanmaz ve Vali veya Kaymakam da hiçbir emir vermezse eski görevlerine göre işlerini yaparlar",

Aynı Kanununun 9. maddesinde ise, "Yüzelli nüfustan aşağı birkaç köy bir arada bulunursa her köydeki seçim hakkı olanların yarısından çoğunun isteğiyle birleşerek bu kanuna göre bir köy olurlar",

Denilmektedir. Buna göre;

1- Köy Kanununun 89. maddesinde de açıklandığı gibi, nüfusu yüzelliden aşağı olan köyler hakkında anılan kanun uygulanmamaktadır.

2- Bu nedenle, Yüksek Kurulun ilke kararında, sözü edilen yasa maddeleri ile karar arasında ne doğrudan nede dolaylı olarak bir bağlantı bulun-



maktadır. Kanununun 89. maddesi buna açık bir engel teşkil etmektedir.

**3-** Saptanan bu yasal olgular karşısında, ilke kararının hiçbir yasal dayanağı yoktur.

O halde, Yüksek Kurulun aldığı bu yasal dayanağı bulunmayan ilke kararı ile, seçmen sayısı 20 kişiden aşağı olan tüm idari birimlerin (köylerin) yürütme organından (Köyü temsil eden muhtar ve ihtiyar heyetinden) (x), yoksun bırakıldığı bir gerçektir.

Muhtar ve ihtiyar heyeti bulunmayan, ancak Tüzel Kişiliğini koruyan köylerde; sadece köy kanunu değil, başta Nüfus, Tebligat, Kadastro, Sağlık ve Askerlikle ilgili kanunlar ile diğer kanunların muhtarlara yüklediği Adli ve İdari görev ve sorumluluklar gözetildiğinde doğuracağı sakıncaları saymaya gerek görmüyorum. Tüm bu görev ve sorumluluklar nasıl ve kim tarafından yerine getirilecektir? Bu sorunun yanıtını vermek pek kolay olmayacaktır. En az 20 seçmeni zorunlu gören ilke kararına bakıldığında, o köyün nüfusunun en az 30-50 kişi olduğunun kabulü gerekir. Şu halde bu kadar nüfusu olan bir idari birimi yürütme organından yoksun bırakmak demektir ki, son derece sakıncalı bir durum yaratılmaktadır.

Nitekim, tüm bu sakıncalar, Yüksek Kurulunca fark edilmiş olmalı ki, İçişleri Bakanlığı, Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine 5.7.2004 gün ve 2373 sayılı ilke kararı ile 10.1.2004 gün ve 56 sayılı ilke kararını yürürlükten kaldırmıştır. Ancak sorun yine tam olarak çözümlenmiş değildir. 2373 sayılı ilke kararının irdelenmesi sırasında tekrar bu konu üzerinde durulacaktır.

#### **B- Yüksek Seçim Kurulunun 5.7.2004 gün ve 2373 Sayılı İlke Kararı;**

Yüksek Seçim kurulu Başkanlığınca Kurulumuza sunulan yazıda; aynen "İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün 9.6.2004 günlü,

---

(x) 442 sayılı Köy Kanununun 9 ve 10. maddelerine göre köyü muhtar temsil eder.



B050MAH0740001/45511 sayılı yazısında; Yüksek Seçim Kurulunca verilmiş olan 10.1.2004 tarih ve 56 sayılı kararda yer alan "Bir köyde seçim yapılabilmesi için, seçilme yeterliliğine sahip en az 20 kişinin olması gerektiği açıktır." Hükmü karşısında pek çok köyde 28 Mart 2004 tarihinde yapılan Mahalli İdareler Genel Seçimlerinde köy muhtarı ve ihtiyar meclisi üyeliği seçimlerinin yapılamadığı,

Ancak, son 40-50 yıldan buyana devam eden gerek ekonomik gerekse diğer nedenlerden dolayı köyden kente veya yabancı ülkelere göçün sonucu olarak pek çok köyün boşalmış veya çok az nüfusun yaşar duruma geldiği, özellikle seçilme yeterliliğine sahip seçmen sayısı 20'nin altında bulunan köy sayısının azımsanmayacak bir sayıda olduğu, bu durumun tüm illerde ve bölgelerde bulunduğu, bu köylerin tüzel kişiliği devam ettiği için başta Köy Kanunu olmak üzere pek çok kanunun, köy ve köylüye ilişkin muhtar ve ihtiyar meclisine pek çok yetki, görev ve sorumluluk verdiği, bu köylerde köy tüzel kişiliğinin halen devam ettiği, köyün genel karar organı olan köy derneğinin mevcut olduğu, ancak yürütme organı olan muhtar ve ihtiyar meclisinin bulunmadığı, bu durumun bir çok işin yürütmesine engel olduğu, köyün tüzel kişiliği devam ederken bu işlemi yapmak üzere muhtarın yerine ikame edilecek bir makam olmadığından sorunların çözümsüz kaldığı, bunun yanında köylerin ciddi bir oranında hala kadastro yapılmadığı ve tapulama olmadığı düşünüldüğünde sorunun boyutlarının daha iyi anlaşılacağı, mevcut yasalara göre bu sıkıntıların giderilmesi veya muhtar görevlendirilmesi de mümkün olmadığı için Kurulumuzdan konunun yeniden değerlendirilmesi istenilmiştir.

Geçmiş dönemlerde, Yüksek Seçim Kurulunca verilen;

Seçilme yeterliliğine sahip seçmen sayısının muhtar ve ihtiyar meclisi üye sayısından (dokuz) daha az bir miktara düşen köylerde muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliği seçimlerinin yapılmasına, (x)

(x) Sayı dokuz ve yukarı ise seçim yapılacak, bundan az ise, seçimin yapılmaması gerektiği şeklinde anlaşılacaktır.

20 seçmenin bulunmadığı belirlenen köylerde muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliği seçimlerinin yapılmasına olanak bulunmadığına, dair ekte bulunan ilke kararlarımız ile İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün yazısı gözönünde bulundurulurken, gerektiğinde bir komisyon çalışmasından sonra konunun kurulca yeniden değerlendirilerek gerekli kararın alınmasını takdirlerinize arz ederim" denilmiş olmakla, konu incelenerek;

### **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Anayasanın 127. maddesinde; "Mahalli İdareler; İl, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirlenen ve karar organları gene kanunla gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri" olarak tanımlanmış ve mahalli idareler organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usuller de 2972 sayılı Kanunla düzenlenmiştir.

2972 sayılı kanunun 32. maddesine göre; köy muhtarlığı ve ihtiyar meclisi için her köy bir seçim çevresidir. Köy tüzel kişiliği ortadan kalkmadıkça o köyde seçim yapılması ise yasal bir zorunluluktur.

Aynı Kanunun,

30. maddesinde; nüfusu 1.000'e kadar olan köylerde ihtiyar meclisine 8 üye seçileceği kurala bağlanmıştır.

31. maddesinde de; en az altı aydan beri o köyde oturmak şartıyla 25 yaşını dolduran her Türk vatandaşının muhtar veya ihtiyar meclisi üyesi olabileceği öngörülmüştür.

Öte yandan, 298 sayılı Seçimlerin temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 6. maddesinde ise; onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme ve halk oylamasına katılma hakkı olduğu vurgulanmıştır.

Ayrıca, 442 sayılı Köy Kanununun değişik 30. maddesinde; "Karı, koca, ana, baba, kız, oğul, gelin, güvey ve kardeşlerin ihtiyar meclisinde aza ola-

arak bir arada bulunmaları yasaktır. Bunların seçilmiş olduğu görülür ise içlerinden en çok sayı kazanmış olan, kadın ve erkek azalığta bırakılır. Sayıları beraber olur ise evli olan, ikisi de evli ise yaşı büyük olan, yaşları da beraber ise çocuğu çok olan tercih olunur. Çocuk adedi de beraber olur ise, kura çekilerek kurada adı önce çıkan azalığa alınır.” Hükmü yer almaktadır.

Bundan ayrı olarak, bu durumda olan yerleşim birimlerinde (köylerde) köy halkının tekrar köye döndükleri ve köyün iskana açıldığı mülki ve idari amirlikçe belirlendikten sonra, daha önce seçmen kütüğü yazımı yapılmamış olan yerleşim biriminde İlçe Seçim Kurulu Başkanlığınca Seçim Zabıt Katibi veya Seçim Müdürü vasıtasıyla yeniden seçmen kütüğü yazımı yapılması ve düzenlenecek listelerin Güncelleştirme Genelgesindeki esaslar çerçevesinde güncelleştirilip kullanılması; şayet bu yerlerde daha önceden oluşturulmuş seçmen kütükleri vara ise bu listelerin askıya çıkarılmak suretiyle yine Güncelleştirme Genelgesi uyarınca güncelleştirilerek kullanılması uygun görülmüştür.

Değınilen yasal metinler karşısında; bir köyde seçim yapılabilmesi için, seçılme yeterliliğine sahip en az Dokuz (9) kişinin olması gerektiğı açıktır. Ayrıca, köyün tüzel kişiliğinin varlığını koruyor olmasının, bu sayının aranması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağında da kuşku yoktur.

### **SONUÇ:**

Açıklanan nedenlerle;

1- Bir köyde seçim yapılabilmesi için, seçılme yeterliliğine sahip en az Dokuz (9) kişinin olması gerektiğine ve ayrıca köyün tüzel kişiliğinin varlığını koruyor olmasının, bu sayının aranması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağına,

2- Söz konusu yerleşim birimlerine ait seçmen kütüğünün ise yukarıda açıklandığı şekilde düzenlenerek kullanılmasına,



3- Karar örneğinin Kurulumuz Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğüne, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığına ve İçişleri Bakanlığı mahalli İdareler Genel Müdürlüğü ile tüm İl ve İlçe Seçim Kurulu Başkanlıklarına gönderilmesine,

05.07.2004 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

### **KARŞI OY**

442 sayılı Köy Kanununun değişik 30. maddesinde; "Karı, koca, ana, baba, kız, oğul, gelin, güvey ve kardeşler" derecesinde akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin köy ihtiyar meclisi toplantısında bir araya gelemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Köy tüzel kişiliğinin devam etmesi nedeniyle, seçilme yeterliliği taşıyan en az dokuz kişinin mevcut olması durumunda seçim yapıldığı takdirde, bu kişilerin tamamının muhtar veya ihtiyar meclisi üyeliğine seçilecekleri ve çok kuvvetli olasılıkla akrabalık ilişkisi nedeniyle aynı toplantıya katılamayacakları ve karar alamayacakları açıktır.

Bu durumda yakın akrabalık ilişkisi bulunmayan muhtar ve ihtiyar meclisinin oluşturulması için seçimin yenilenmesi ve muhtemelen bu yenilemenin tekrarlanması gerekecektir.

Tamamının muhtar ve azalığa seçilmesi sonucunu doğuran ve çok büyük olasılıkla yakın akrabalık nedeniyle toplanması mümkün olmayacak sayıda kişi ile seçim yapılmasının pratik yanı ve anlamı yoktur.

Bu tür sıkıntıları ortadan kaldırmak için, seçimlerin en az 20 seçmenin mevcut olmasına bağlayan daha önceki kararlarımızın değiştirilmesini gerektirecek bir gerekçede mevcut değildir.

Açıklanan bu nedenlerle, seçilme yeterliliğine sahip en az 9 seçmenin bulunduğu köylerde seçim yapılmasını öngören karar karşıyız.



**- Yüksek Seçim Kurulunun 5.7.2005 gün ve 2373 Sayılı Kararının İrdelenmesi;**

Yüksek Kurul, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkındaki Kanununun seçim çevresi, o verme ve seçim sistemi başlığını taşıyan 32, seçilecek üye sayısı başlıklı 30, adaylık ve seçilme yeterliliğini öngören 31. maddeleri (x) ile 298 SK.nun 6 (xx) ve Anayasanın 127. maddesini gerekçe yapmak suretiyle bu sefer 56 sayılı ilke kararında benimsediği 20 kişi yerine, bir köyde seçim yapılabilmesi için “seçilme yeterliliğine sahip en az 9 kişinin bulunması ve ayrıca köyün tüzel kişiliğini koruyor olması” koşuluna bağlamıştır. Önceki karara göre son ilke kararı ile durum biraz daha yumuşatılmış ise de, bu ilke kararı da tartışmalara yol açacak nitelikte olup, duraksamalara neden olduğu da bir gerçektir. Üçüncü bölümde, 56 sayılı ilke kararna yöneltilen eleştiriler 2373 nolu ilke kararı içinde geçerli olmaktadır. Çünkü sözü edilen karar ile kararda yer alan kanun maddeleri arasında doğrudan veya dolaylı bir bağlantı kurmak mümkün değildir. 2373 sayılı ilke kararının da yasal dayanağı bulunmamaktadır. Niçin? Çünkü, 442 sayılı Köy Kanununun 89. maddesi ile “.....nüfusu yüzelliden aşağı olan köyler hakkında” Köy Kanununun uygulanamayacağı açıklanmıştır. O halde, seçimin yapılması için, köyde seçilme yeterliliğine sahip 9 seçmenin bulunması, öte yandan 442 SK.nun 30. maddesi ile “son genel nüfus sayımı sonuçlarına göre nüfusu 1000’e kadar olan köylerde, Köy İhtiyar Meclisine 8 üye seçilir” koşulunun yasal dayanağı ve gerekçesi, ilke kararında açıklanan kanun maddeleri olamaz.

- 
- (x) 2972 SK. M.32: “Köy muhtarlığı ve ihtiyar meclisi için her köy bir seçim çevresidir” M.30: “Nüfusu 1000’e kadar olan köylerde, köy ihtiyar meclisine, son genel nüfus sayımı sonuçlarına göre 8 üye seçilir”, M.31: “en az 6 aydan beri o köyde oturmak şartıyla 25 yaşını dolduran her Türk vatandaşları muhtar veya ihtiyar meclisi üyesi seçilebilir”
- (xx) 298 SK. M.6: 18 yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme ve halk oylamasına katılma hakkı vardır.

## 442 SAYILI KÖY KANUNUNUN 89. MADDESİ KARŞISINDA

## OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ;

## A- 89. MADDENİN İRDELENMESİ;

**Madde 89:** İşbu Köy Kanunu kadın, erkek nüfusu yüzelliden yukarı olan köyler içindir. Bu fıkranın karşıt (eski deyimle Mefkumu Muhalifinden) anlamından çıkan sonuç şu olmaktadır. Nüfusu yüzelli kişiden aşağı olan köyler hakkında bu kanun uygulanmaz. Ancak; Kanun koyucu, aynı maddede nüfusu yüzelliden aşağı olan köyler için şöyle bir yöntem öngörmüştür.

**89. Maddenin 2 ve 3. Cümleleri;** “Nüfusu yüzelliden aşağı olan köyler bu kanuna göre köy ahalisinden seçim hakkı olanların yarısından çoğunun istemesiyle etrafındaki bir saat ve ondan aşağı olan köylerden birine bağlanırlar veyahut Vali veya Kaymakam bu kanunun hangi maddeleri yapılacağını ayrıca emreder. Bu kabil köyler hiçbir köye bağlanmaz ve Vali veya Kaymakam da hiçbir emir vermezse eski göreneklerine göre, işlerini yaparlar”

## 442 SK.nun 2 ve 3. Cümlelerinde Şu Sonuçları Çıkmak Mümkündür:

1- Nüfusu yüzelli kişiden aşağı olan köy halkının yarısından fazlasının istemesi halinde, bir saat ve daha az uzaklıkta bulunan başka bir köye bağlanması mümkündür.

2- Vali veya Kaymakam, bu kanunun hangi maddelerine göre hareket edileceğini (bu kanunun hangi maddeleri yapılacağını) emrederse, ona göre işlem yapılır.

3- 1 ve 2. şıklar uyarınca bir işlem yapılmadığı takdirde, köy halkı “eski göreneklerine göre işlerinin yapılması” kuralı getirilmiştir.

Öngörülen bu sonuçlara ve yasal düzenlemelere karşın soruna çözüm bulunduğunu söylemek güçtür.

442 sayılı Köy Kanunu 7 Nisan 1340 (1924) tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 81 yılı aşkındır uygulanan bu kanunun toplumun ulaştığı bu bilgi çağında gü-

nün koşullarına ve toplumun beklentilerine cevap vermediği, sorunları çözmekte yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır.

Yüksek Seçim Kurulunun açıklanan ilke kararı karşısında; bir köyde seçim yapılabilmesi için seçilme yeterliliğine sahip en az 9 kişi bulunmadığı takdirde o köyde seçim yapılamayacaktır. Çünkü Yüksek Seçim Kurulu, statüsü itibarıyla bir yüksek mahkeme niteliğinde olup, verdiği kararlar, yargısal kararlar niteliğini taşımaktadırlar. Kurulun verdiği kararlar kesin olup, herkesi bağlar. Saptanan bu çözümsüzlük karşısında seçilme yeterliliğine haiz 9 kişi yok ise, bir varsayım olarak yaklaşık 30-50 kişilik insan yürütme yürütme organından yoksun kalacaktır. Köy Kanununun 23. maddesi uyarınca köy ihtiyar heyetinin sürekli (daimi) üyesi (azası) durumunda bulunan "köyün İmamı veya Öğretmeni" de (ki bunlar yürütme organının birer üyesidirler) yok ise 442 sayılı Kanunun 89. maddesinin gereğini yerine getirme olanağı bulunuyorsa, Köy Kanunu ile diğer kanunların köy muhtarına yüklediği Adli ve İdari görevleri kim ne şekilde yerine getirecektir.? Köye karşı veya köy tarafından açılacak davalarda köyü kim temsil edecektir. Var olan yasal düzenleme karşısında bu ve buna benzer sorulara olumlu yanıt vermek mümkün bulunmamaktadır. Her ne kadar 442 SK.nun 33/b maddesinde; "Köy tüzel kişiliği ile davacı ve davalı olan muhtar ve ihtiyar meclisi üyeleri bu davalarda köy tüzel kişiliğini temsil edemezler. Yetkili köy derneği (x) temsilciyi seçer, 23. maddede, köyün idari işlerini yürütmek üzere köy imamı veya öğretmeni görevlendirilebilir ve 20. madde uyarınca da, Köy derneği, Köy muhtarı ve İhtiyar Meclisi üyelerini doğrudan doğruya seçer, denilmekte ise de, getirilen bu düzenlemeler ancak "yapılacak, seçim sırasında veya sonrasında oluşacak durumlarda ve kısa sürede seçime gidilecek hallerde" uygulanmaktadır.

Somut Olayda; İl ve/veya İlçe Seçim Kurullarınca iptal edilmiş bir seçim söz konusu olmadığı gibi, yapılacak veya yapılması beklenen mevcut bir seçimde söz konusu değildir.

(x) Köy Derneği:442 SK. M.20: "Her köyde bir köy derneği, bir köy muhtarı birde ihtiyar meclisi bulunur. Köyde; 24. maddeye göre köy muhtarı ve ihtiyar meclisi azalarını seçmeğe hakkı olan kadın, erkek köylülerin toplanmasına KÖY DERNEĞİ denir".

Köy Derneği; Köyün bir genel karar ve görüşme (müzakere) organıdır.



### **B- SONUÇ VE ÇÖZÜM YÖNTEMİ İLE ÖNERİLER**

1- Köy Tüzel kişiliğini koruduğu süreçte: Demokratik hukuk Devletinde, esas olan hiçbir idari birimin yürütme organından yoksun bırakılmamasıdır. Bu hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

2- O halde, 442 SK.nun 89. maddesinin 2 ve 3. cümleleri gereği yerine getirilmediği takdirde ve Köy Tüzel Kişiliğini koruduğu süreçte, seçilme yeterlilik sayısı gözetilmeksizin o köyde normal koşullarda seçimin yapılması zorunludur. Ancak, öncelikle 442 sayılı Köy Kanununun 30. maddesinde gerekli düzenlemenin yapılması düşünülmelidir.

3- 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2/1-ç bendi ile 442 sayılı Köy Kanununun 89. maddesi çağın koşullarına ve toplumun beklentilerine yanıt verecek, çözüm yaratacak biçimde yeniden düzenlenmelidir. Sınır Anlaşmazlığı, Mülki Ayrılma Ve Birleşme ile Köy Kurulması ve kaldırılması Hakkında Yönetmelik, yapılacak yeni düzenlemeler gözetilerek yeniden ele alınmalıdır.

4- Yeni köy kurulması var olan köyün tüzel kişiliğinin kaldırılması ile mülki birleşme ve ayrılmalarda, ilgili köy muhtarı veya muhtarlarının başvurusu ile köy halkının yarından fazlasının yada yarından bir fazlasının kabulü ve imzalarının aranması yerinde bir olgudur. Ancak, muhtar ve/veya köy halkı sözü edilen konuda gereğini yapmadıkları yada hareketsiz kaldıkları takdirde, ortaya çıkan çözümsüzlüğü gidermek için, doğrudan harekete geçmeleri konusunda Vali ve Kaymakamlara yetki tanınmasını ve yapılacak işlemin Bakanın onayına bağlı tutulmasını öngören düzenleme yapılmasında köy halkının yararı bulunmaktadır.

5- Yukarıda açıklanan ve önerilen yasal düzenlemeler yapılan kadar ortaya çıkan yasal boşluğun, birinci bölümde belirtildiği gibi 4721 sayılı TMK.nun 1, 426, 427, 431 ve 459. maddeleri gereğince soruna çözüm getirilmesi yerinde olacaktır.

## MİRASÇILIK BELGESİ VE YABANCI ÜLKE MAHKEMELERİNDEN VERİLEN MİRASÇILIK BELGESİNİN TÜRKİYE'DE TANINMASI

*Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemal RUHI (\*)*

*ANLATIM DÜZENİ: I. Ölüm Halinde Yapılan İşlemler II. Mirasçılık Belgesi ve Mirasçılık İlamı A. Genel Olarak Mirasçılık Belgesi B. Mirasçılık Belgesi Verilmesi Kabul Edilen Kişiler C. Mirasçılık Belgesinin Çekişmesiz Yargıya Tabi Olması D. Mirasçılık İlamının Çekişmeli Yargıya Tabi Olması E. Görevli ve Yetkili Mahkeme F. Mirasçılık Belgesinin Alınabilmesi İçin Yapılması Gerekenler III. Yabancılık Unsuru Taşıyan Mirasçılık Belgesi Davaları A. Yabancılık Unsuru Taşıyan Mirasçılık Belgesi Davalarında Uygulanacak Hukukun Tespiti B. Yabancı Devlet Vatandaşlarının Mirasçı Olduğu Durumlarda Yapılacak İşlemler IV. Yabancı Ülkeden Alınan Mirasçılık Belgesinin Tanınması V. Yabancı Ülke Mahkemesinden Alınan Mirasçılık İlamının Tanınması VI. Mirasçılık Belgesi Alındıktan Sonra Yapılan İşlemler A. Vergi Dairesine Veraset ve İntikal Beyannamesi Verilmesi B. Mirasçılık Belgesine Dayanılarak Yapılan İşlemler VII. Sonuç.*

---

(\*) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesidir. Bu tebliğ, 23-26 Şubat 2006 tarihinde Erzurum Noterler Birliği ile Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Erzurum Palan Otelde düzenlenen "Çekişmesiz Yargı ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri" ile ilgili Palandöken Sempozyumu dâhilinde 24 Şubat 2006 tarihinde sunulmuştur. Hazırlanan bu tebliğ metni Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi ve aynı zamanda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Komisyon üyesi Sayın Hakkı DİNÇ Beyefendi tarafından okunmuş olup, değerli görüşleri doğrultusunda düzeltmeler yapılmıştır. Bu vesile ile Sayın Hakkı DİNÇ beyefendiyeye teşekkür eder, saygılar sunarım.

## I. Ölüm Halinde Yapılan İşlemler

Ölen kimsenin yakınları bağlı buldukları sağlık ocağına müracaat ederler (Mesai saatleri haricinde ve tatil gününde devlet hastanesine müracaat ederler). Yapılan müracaat üzerine, sağlık ocağından bir doktor ve bir sağlık memuru, ölen kişinin adresine gider. Ölüm sebebi araştırılır. Görevliler gerekli bilgileri topladıktan sonra sağlık ocağına dönerler. Sağlık ocağında üç bölümden oluşan defin ruhsatı yani uygulamadaki ismi ile "gömme izin kâğıdı" düzenlenir (24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumu Hıfzıssıhha Kanunu<sup>1</sup> md. 218). Bir parçası ölen kişinin yakınlarına verilir. Bir parçası sağlık müdürlüğüne gönderilir. Bir parçası ise sağlık ocağında kalır. Ayrıca üç adet Mernis Ölüm Tutanağı düzenlenir. Bir adet ölüm tutanağı sağlık ocağında kalır. Diğer iki adet ölüm tutanağı on gün içinde nüfus müdürlüğüne gönderilir. Ölüm tutanağına ayrıca ölen şahsın varsa nüfus cüzdanı da eklenir<sup>2</sup>.

Ölen kişinin yakınları sağlık ocağından aldıkları defin ruhsatı (gömme izin kâğıdı) ile defin işlemini gerçekleştirecekleri yer belediye başkanlığına ait belediye veznesine yatırdıkları cenaze ve defin harcının (01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla Erzincan'da 25 YTL) makbuzu ile birlikte mezarlıklar müdürlüğüne başvururlar. Mezarlıklar müdürlüğü ölen kişinin yakınlarının isteği doğrultusunda cenaze aracı ve tabut temin eder. Defin ruhsatı (gömme izin kâğıdı) dikkate alınarak, mezarlık defin kayıt formu doldurulur. Defnedilecek cenaze için ada ve pafta numarası verilir. Daha sonra bilgisayara işlenir. Cenaze gerekli merasimden sonra mezarlığa getirilir. Daha önce hazırlanan mezar yerine defnedilir. Mezarlıktan başka bir yere ölü defnedilmez (UHK. md. 211/1).

(1) Resmi Gazete 06.05.1930, Sayı 1489.

(2) Nüfus Müdürlüğü, kendisine gönderilen ölüm tutanağını (form VGF 70) dikkate alarak bilgisayar ortamında tutulan aile nüfus kütüğüne işler. Daha sonra ölüm tutanağı kâğıt ortamında tutulan aile nüfus kütüğüne işlenir. Ölüm tutanağının bir nüshası ilgili klasöre takılır. Diğer nüshası ise, arşive konulmak üzere Ankara'daki İçişleri Bakanlığı Vatandaşlık Genel Müdürlüğü Vatandaşlık Şubesine gönderilir.



Mezarlık haricinde ölü defni için ancak Bakanlar Kurulu kararı gerekir (UHK. md. 211/2).

## II. Mirasçılık Belgesi ve Mirasçılık İlamı

### A. Genel Olarak Mirasçılık Belgesi

Mirasçılık belgesi; mirasçıya talebi üzerine sulh hukuk mahkemesince verilen, mirasçının mirasçılık sıfatını ispat etmesine yarayan ve mirasçılardan miras paylarını gösteren ve bu sıfatla tereke üzerinde tasarrufta bulunmasına yarayan bir belgedir<sup>3</sup>.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesinde;

“Başvuru üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir.

Mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, lehine tasarrufta bulunulan kimseye, sulh mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir.

Mirasçılık belgesinin geçersizliği her zaman ileri sürülebilir.

Ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin dava hakkı saklıdır” hükmü yer almaktadır.

---

(3) ESCHER Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abt, Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Auflage, Zürich 1960, Art. 559, N. 1; TOUR Peter/PICENONI Vito, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abt. Der Erbgang (Art. 537–640), 2. Auflage, Bern 1964, Art 559, N. 1; Naklen KOCAAĞA Köksal, “Mirasçılık Belgesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1–2, Haziran-Aralık 2005, Baskı Nisan 2005, s. 85.

**B. Mirasçılık Belgesi Verilmesi Kabul Edilen Kişiler**

Türk Medeni Kanunundaki yukarıda belirtilen yasal düzenleme çerçevesinde, yasal mirasçılara<sup>4</sup>, atanmış mirasçılara<sup>5</sup> yani mansup mirasçılara<sup>6</sup> ve vasiyet alacaklılarına<sup>7</sup> talepleri halinde mirasçılık belgesi verilmesi kabul edilmiştir<sup>8</sup>. Türk vatandaşlığından kaybedenler yabancı muamelesine tabi

- 
- (4) 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesinin 1. fıkrası ile getirilmiş bir düzenlemedir.
- (5) "... Mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe lehine tasarrufta bulunulan kimseye sulh mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir (MK. md. 598/2). Davacı, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile miras bırakan tarafından sağlığında mirasın tamamı için mirasçı atandığına göre atanmış mirasçı olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekirken, sözleşmenin miras bırakana sağlığında ifası gereken bir yükümlülük yüklediği gözetilmeden yazılı şekilde red kararı verilmesi usul ve yasa aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 08.03.2005, E. 2004/17026, K. 2005/3505, YKD., Cilt 31, Sayı 9, Eylül 2005, s. 1355-1356.
- (6) "... Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. (4722 S.K. md.17) Miras bırakan Hatice'nin davacıyı vasiyetname ile 1972 yılında mirasçı atadığı ve 1997 yılında öldüğü, bu vasiyetnamenin ise 1998 yılında Sulh Hukuk Mahkemesinde açılıp okunduğu anlaşılmaktadır. Vasiyetnamenin geçersizliğine yönelik bir iddia ve kanıt da dosyada bulunmamaktadır. Mirasçı atan kişi mirasçılık sıfatını gösteren bir belgenin verilmesini Sulh Hukuk Mahkemesinden isteyebilir. (TKM. md. 538) Davacının iptale yönelik isteği yerinde değilse de; isteğin bu madde çerçevesinde de değerlendirilip "davacının atanmış mirasçı olduğunun tespitine" karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 19.12.2005, E. 2005/15023, K. 2005/17813. İlam olarak temin edilmiştir.
- (7) "... Medeni Kanunun 538. maddesi uyarınca verilen belge mansup mirasçıya tereke malları üzerinde zilyetlik hakkı, tasarruf hakkı verir. Şu husus özellikle belirtilmelidir ki, terekenin tamamı veya şay'ı bir cüz'ü değil de belli bir mal vasiyet eden kimse 538. madde de sözü edilen belgenin verilmesini isteyemez. Olayda, vasiyetnamede kullanılan sözlerden terekenin tamamı için mirasçı nasbının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.01.1985, E. 1985/2-375, K. 1985/12. YKD., Cilt 11, Sayı 7, Temmuz 1985, s. 965-966.
- (8) "... Medeni Kanunun 539. maddesi uyarınca, mirasçılara mirasın açılması ile terekeye sahip olma hakkı tanınmıştır. Vasiyetname ile mirasçı atanlar (mirasçı nasbedilenler) yasal mirasçılar veya önceki tasarruf ile lehlerine teberrü yapılmış olanlar tarafından hakları açıkça itiraza uğramamış ise, bu hususun tebliğinden itibaren 1 ay geçtikten sonra mirasçılık sıfatları hakkında belge verilmesini sulh hâkiminden isteyebilirler (MK. md. 538). ...". Yargıtay 2. HD., 18.06.1998, E. 1998/6572, K. 1998/7698, YKD., Cilt 24, Sayı 8, Ağustos 1998, s. 1138-1140.

olurlar. İstekleri halinde kendilerine mirasçılık belgesi verilir<sup>9</sup>. Kısaca mirasçılık belgesi talep üzerine verilir<sup>10</sup>.

Mirasçılık belgesinin kesin bir hüküm oluşturmadığı, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğu<sup>11</sup>, bu belgenin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Mirasçılık belgesine karşı açılacak olan davalarda her hangi bir süreye ve zamanaşımı söz konusu değildir. Bu dava her zaman açılabilir.

Mirasçılık belgesi, mirasçılardan mirasbırakandan kendilerine intikal eden tereke ile ilgili işlemleri yürütebilmeleri için lazım olan gerektiğinde ilgili makama sunulması gereken bir belgedir<sup>12</sup>. Bu belge aynı zamanda mirasbırakan ile mirasçılar arasındaki irs ilişkisini tespit eder. Bundan dolayı mirasçılıktan çıkarılan, mirastan yoksun olan, mirası reddeden veya mirastan fera-

- 
- (9) "... 403 sayılı Yasanın 29. maddesinin amacı; yaşadıkları ülkelerde sosyal ve siyasal haklardan yararlanmak için Türk Vatandaşlığından çıkma izni alan kişilerin, ülkemiz sınırları içerisinde, kanunda belirtilen haklardan aynen Türk Vatandaşları gibi yararlanmalarını sağlamaktadır. Yukarıda değinilen yasa ve yönetmelik hükümleri nazara alınmaksızın "murisin ve tüm mirasçılarının Alman Vatandaşı oldukları gerekçesiyle" davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 12.10.2005, E. 2005/11113, K. 2005/14025. İlam olarak temin edilmiştir.
- (10) KOCAYUSUPFAŞAOĞLU Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 580.
- (11) "... Davacı mahkememize vermiş olduğu dilekçesi ile muris A.M.'nin 20.12.2005 tarihinde öldüğünü bildiren veraset ilamının verilmesini talep etmiştir. Nüfus Müdürlüğünden gelen nüfus kayıtlarının incelenmesinde muris A.M.'nin 18.12.2005 tarihinde öldüğü geriyeye mirasçı olarak eşi K. ile çocukları D., A., Y. ve A.'nın kalmış oldukları anlaşılmalı sabit olan davanın kabulüne karar vermek gerekmiş, aşağıdaki gibi hüküm tesis edilmiştir. Hüküm: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere, 1-Sabit olan davanın kabulü ile Erzincan ili, Merkez Kavakyolu Köyü C. 122, H. 342'de nüfusa kayıtlı M. ve A.'dan olma 01.01.1936 doğumlu A.M.'nin 18.12.2005 tarihinde öldüğü anlaşılmalı, mirası onaltı pay olarak kabul edilerek bundan da (4) hisse eşi 1937 doğumlu K.M..'ye, (3) hisse oğlu 1971 doğumlu D.M..'ye, (3) hisse kızı 1977 doğumlu A.S..'ye, (3) hisse oğlu 1970 doğumlu Y.M..'ye, (3) hisse kızı 1965 doğumlu A.M..'ye aidiyetine, 2-Harc peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına, 3- Davacının yapmış olduğu masrafların üzerine bırakılmasına, dair davacının yüzüne karşı aksi sabit oluncaya kadar geçerli tebliğden itibaren 8 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. ...". Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 23.01.2006 tarih ve E. 2006/2, K. 2006/13 sayılı kararından alınmıştır.



gat etmiş bulunan kimseler, mirasçılık belgesi alabilirler<sup>13</sup>. Ancak mirasçılık belgesinde durumlarına işaret edilir<sup>14</sup>.

Kısmi çıkarma, kısmi red veya kısmi feragat halinde, mirasçılık sıfatını tamamen kaybetmediklerinden zaten mirasçılık belgesi alabilirler. Mirasçılıktan çıkarılan veya mirastan yoksun olan kimsenin altsoyu miras hakkına sahip olduğundan, bunlar mirasçılık belgesi alabilirler<sup>15</sup>. Ayrıca, miras bırakanın alacaklıları da mirasçılık belgesi alabilirler. Bu durum 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 94. maddesinin 2. fıkrasına dayanır. Alacaklılar, alacaklı olduklarına dair icra dairesinden aldıkları belgeye dayanak mirasçı olan borçlu adına mirasçılık belgesi almak için dava açabilir ve mirasçılık belgesi alabilirler<sup>16</sup>.

(12) OĞUZMAN Kemal, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul 1995, s. 280.

(13) "... Veraset belgesi istemek maddi bir olayın varlığını ikrar ve kişiler arasındaki irs ilişkisini tespit ettirmekten ibarettir. İsteğin bu niteliği itibarıyla mahkemeye başvurmak mirasçının ne bir hakkının yitirilmesine, ne de veraset durumunda bir değişiklik meydana getirilmesine yol açar. Mirastan iskat ve mahrumiyet sebepleri ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hallerinin bulunması veraset belgesi istemeye engel değildir. Iskat (MK. md. 457), mahrumiyet (MK. md. 520), ret (MK. md. 545) ve feragat (MK. md. 475)'in "hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine" işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılarak miras paylarını gösterir biçimde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir. ...". Yargıtay 2. HD., 27.05.2002, E. 2002/6268, K. 2002/7780. İlam olarak temin edilmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre, mirastan yoksun bırakılan, mirastan çıkarılmış bulunan, mirastan feragat etmiş olan veya mirası reddetmiş olan kişilerin de mirasçılık belgesi talep etmeleri mümkün değildir. DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş İkinci Baskı, İstanbul 2003, s. 388.

(14) "... Mirasçılık belgesi, kişiler arasındaki soybağı ilişkisini gösterir. Mirastan feragat, mirasçılık belgesinde feragat edenin mirasçılar arasında gösterilmesine engel oluşturmaz. "Mirastan feragatin hukuki sonuçlarının, terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceği" belirtilmek suretiyle davalı Fatma'nın da mirasçılar arasında gösterilerek hüküm kurulması gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 05.12.2005, E. 2005/19346, K. 2005/16874. İlam olarak temin edilmiştir.

(15) "... Medeni Kanunun 458. maddesi gereğince davacıların, mirastan iskat edilen kişilerin füruları olduğunu tespit ettirmekte hukuki menfaatleri bulunduğundan evvelce alınan veraset belgesinin iptaline ve gerçekleşen bu duruma göre yeni bir belge verilmesine karar verilmesi icap ederken aksine düşüncelerle davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir. ...". Yargıtay 2. HD., 2.02.1972, E. 1972/1021, K. 1972/1136. Resmi Kararlar Dergisi, Yıl 7, 1972, Sayı 4-5, s. 189.

(16) İMRE zahit/ERMAN Hasan, Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2003, s. 315.

İcra ve İflas Kanununun 94. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyip henüz tapuya, gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu namına tescili alacaklı tarafından istenebilir. Bu talep üzerine icra dairesi alacaklının bu muameleyi takip edebileceğini tapu veya gemi sicili dairesine ve icabında mahkemeye bildirir".

### C. Mirasçılık Belgesinin Çekişmesiz Yargıya Tabi Olması

Eski deyim ile veraset senedi yeni deyim ile mirasçılık belgesi<sup>17</sup>, Türk hukukunda nizasız kaza diğer bir deyimle çekişmesiz yargıya tabidir<sup>18</sup>. Çekişmesiz yargıda birinci husus ihtilafın bulunmamasıdır<sup>19</sup>. İkinci husus ise mahkemeden talepte bulunan kişi ile uyuşmazlık içinde bulunan karşı tarafın yani davalının bulunmamasıdır<sup>20</sup>. Bundan dolayıdır ki; mirasçılık belgesi aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir ve kişilerin mirasçı olduklarına dair bir karine oluşturur<sup>21</sup>.

Mirasçılık belgesi, sulh hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir dava sonucunda verilmiş olmakla birlikte kesin hüküm teşkil etmez. Burada anlaşılmak istenen husus, mirasçılık belgesinin maddi anlamda kesinlik taşımayıp sadece şekli anlamda kesinlik taşımasıdır. Dolayısıyla yeni deliller ortaya çıktığında yeniden inceleme konusu yapılabilen kararlar olup, verilen karar sonradan değiştirilebilir<sup>22</sup>. Birbirine aykırı mirasçılık belgeleri bulunması halinde, bu yanlışlıkların düzeltilmesi için dava açılması hususunda davacıya önel verilmelidir<sup>23</sup>.

- 
- (17) ÖZMEN İhsan, "Veraset Belgeleri ve Furu İle İçtima Eden Birden Fazla Eşlerin Mirasçılığı ve Miras Hisseleri", Adalet Dergisi, Ankara 1963, s. 11-12; TANJU Fahrettin, "Veraset Belgeleri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ankara 1989, Sayı 62, s. 26.
- (18) BUDAK Ali Cem, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 294; SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2004, N. 138.
- (19) ALANGOYA H. Yavuz/YILDIRIM M. Kamil/YILDIRIM Nevhis DEREN, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 55.
- (20) PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 61.
- (21) DRUEY Jean, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, § 15, N. 19.
- (22) KURU Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 86-87, 177-181, 189-190.
- (23) "... Davacıların da sonradan Hazineyi hasım göstermeden aldıkları veraset belgesine dayanarak bu davayı açtıkları anlaşılmıştır. Hazine davacıların almış bulunduğu veraset ilamına karşı çıkmıştır. İntikal hazinenin getirmiş olduğu veraset ilamına göre yapılmıştır. Bunun aksi iddia edildiğine göre son mirasçı olarak taşınmaz adına intikal edilen Hazine hasım gösterilerek açılacak veraset ilamı iptali ve sübutu veraset davası sonunda tesis edilecek karara göre hüküm oluşturmak ve bunun içinde davacıya önel verilmek gerekirken bunda yanlış düşünülmesi doğru görülmediğinden hüküm bozulması gerekmiştir. ...". Yargıtay 14. HD., 02.11.1993, E. 1993/316, K. 1993/8225, YKD., Cilt 20, Sayı 5, Mayıs 1994, s. 768-769.

## D. Mirasçılık İlamının Çekişmeli Yargıya Tabi Olması

Mirasçılık belgesi almak isteyen mirasçılardan biri diğer mirasçılara karşı dava açabilir. Bu durumda açılan dava çekişmeli yargı şeklinde görülür<sup>24</sup>. Ayrıca mirasçılık belgesi verilmesi davası görülürken kendisinin mirasçı olduğunu iddia eden kişinin görülmekte olan bu davaya katılması veya mirasçılık belgesinin değiştirilmesi<sup>25</sup> veyahut da mirasçı olduğu halde alınan mirasçılık belgesinde mirasçı olarak görünmeyen kişi<sup>26</sup> mirasçılık belgesinin iptali<sup>27</sup> için dava açması halinde<sup>28</sup> açılan dava çekişmeli yargıyı ilgilendi-

- (24) "... Verasetin sübutuna ilişkin davalar nizasız kazayı ilgilendirmekle beraber bu çeşit davaların mirasçılar aleyhine ve hasımlı olarak ikamesi caiz ve mümkündür. Mahkemece deliller toplanarak irsi münasebet ve hisselerin tespitine karar verilmesi gerekirken olaya uymayan düşüncelerle davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır. ...", Yargıtay 2. HD., 07.02.1972, E. 1972/417, K. 1972/583. Resmi Kararlar Dergisi, Yıl 7, Ankara 1972, s. 154.
- (25) Kanaatinizce, tavzih yolu ile düzeltilmesi mümkün olmayan hususlar mirasçılık belgesinin değiştirilmesi yolu ile düzeltilir. Örneğin, mirasçılardan birinin ad ve/veya soyadındaki yanlışlıklar tavzih yolu ile düzeltilirken, nüfus aile kayıt tablosundaki mirasçılardan birinin mirasçılık belgesinde sehven unutulması halinde bu husus mirasçılık belgesinin değiştirilmesi yolu ile düzeltilir.
- (26) "... Mirasçılık belgesi verilmesi talebinde mirasçı olarak gösterilmemiş olan bir kişi, mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu bildirir (ve böylece mirasçılık belgesi verilmesine itiraz eder) ise, o zaman mirasçılık belgesi işi çekişmesiz yargıdan çıkar, çekişmeli yargı alanına girer. İşte o zaman, bu kişinin diğer mirasçıları hasım göstererek dava açması gerekir. Bunun gibi, mirasçılık belgesi verilmesi sırasında (yani çekişmesiz yargı işi görülürken) itiraz etmemiş (veya edememiş) olan kişi, daha sonra mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya iptali için dava açabilir (HUMK. md. 8, II/7) ki, bu davanın çekişmeli yargıya dahil olduğu şüphesizdir (Prof. Dr. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt I, s. 33-34). ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.10.2002, E. 2002/2-991, K. 2002/835. DEMİRKIRAN İhsan/DEMİR Aysel Cemile/BİLGİN Çağlar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10 Yıllık Emsal Kararları (1995-2004), Ankara 2004, s. 718-720.
- (27) "... Davalılarından Mustafa, Sabri ve İsmail'e dava dilekçesinin tebliği Tebligat Yasasının 16. maddesine uygun olarak yapılmadığından kararın ve temyiz dilekçesinin tebliği de usulsüzdür. (TK. md. 32) Mahkemece; karar ve temyiz dilekçesi Mustafa, Sabri ve İsmail'e yeniden tebliği edilip, temyiz süresinin geçtikten sonra gönderilmesi için evrakın mahalline iadesine, oybirliğiyle karar verildi. ...". Yargıtay 2. HD., 26.10.2005, E. 2005/12359, K. 2005/14923. İlam olarak temin edilmiştir.
- (28) "... Davacı mahkememize vermiş olduğu 21.03.1996 tarihli dilekçesi ile davalı tarafından alınan Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 12.02.1976 gün ve 1976/165 esas, 1976/85 karar sayılı veraset ilamında, müteveffa Ö. oğlu V.'nin mirasçılarının tespitinde, kendi annesi R. ve kardeşi A. ve kendisinin ketmi verese edildiklerini, 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde açmış oldukları tapu iptali ve tescil davasına esas olmak üzere yetki ile söz konusu veraset ilamının iptali ile gerçek mirasçılarının tespitini talep ve dava etmiştir. Davalılara usulüne uygun tebligat yapılmış, davalılardan F. A. davaya katılmış, davayı kabul ettiğini, davacının kendi annesinin ikinci evliliğinden olan oğlu olduğunu, bir de kız kardeşi A.'nın olduğunu beyan etmiştir. Mahkemece, davaya konu mahkemenin 1976/165 esas, 1976/85 karar sayılı dosyası dosyamız içine konmuş, Nüfus Müdürlüğünden nüfus kayıtları celp edilmiş, davacı tanıkları dinlenmiştir. Ö. oğlu V.'nin nüfus kayıtları tespit edi-



rir<sup>29</sup>. Dolayısıyla davacının diğer mirasçıları hasım yani davalı olarak göstererek dava açması gerekir<sup>30</sup>. Mirasçılık belgesi davası açarak mirasçılık belgesi alan kişi de almış olduğu mirasçılık belgesine karşı daha sonra iptal davası açabilir<sup>31</sup>.

Mirasçılık belgesi davası açılırken mirasçılardan birinin diğer mirasçılara karşı dava açması veya mirasçılardan birinin görülmekte olan davaya müdahale etmesi veyahut mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veyahut da mirasçılık belgesinin iptalini istenmesi davasında<sup>32</sup> bir tarafta davacı ve diğer tarafta davalı olacaktır<sup>33</sup>. Mirasçılık belgesinin iptali davasında husumet tüm

lemediğinden bu konuda tanık beyanlarına başvurulmuştur. Tanıklar ise, V.K.'yı bildiklerini, V.K.'nın M. ve İ. adında çocukları olduğunu, M.'nin de M. A. adında oğlu olduğu, M.A.'nin davalı F.A.'nın babası olduğunu beyan etmişlerdir. Gelen nüfus kayıtlarından, davacının annesi R.A.'nın S.A. ile evlenmiş olduğu anlaşılmıştır. Toplanan tüm deliller ve dosya kapsamından davanın kabulüne karar vermek gerekmiştir. ...". Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 23.01.1996 gün ve E. 1996/164, K. 1996/606 sayılı kararından alınmıştır.

(29) KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 16. Baskı, Ankara 2005, s. 72-73.

(30) KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt 1, İstanbul 2001, s. 34.

(31) "... Mirasçılık belgesi verilmesi isteğine ilişkin olarak mahkemelerce yürütülen işlemler sonucu verilen karar tespit edici nitelikte çekişmesiz yargı kararı olduğundan anılan kararın verilmesine ilişkin isteklerde asıl olan ihtilafın yokluğudur. Kararın bu niteliği gereği de olayda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 236. maddesinin uygulama yeri mevcut değildir. O itibarla miras bırakanın, evvelce hasımsız olarak mirasçılık belgesi almış bulunan davacının, mirasçılık hakkının belirlenmesinin hatalı yapıldığı iddiasına dayanarak, aynı mahkemede, bu belgenin iptali ile yerine geçecek uygun bir şekilde ve hasım göstermek sureti ile yeni bir mirasçılık belgesinin verilmesi için dava açma hakkının bulunduğu kuskusuzdur. ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.12.1990, E. 1990/2-560, K. 1990/622, YKD., Cilt 17, Sayı 2, Şubat 1991, s. 167.

Aksi yöndeki bir karar için bakınız. "... Verasetle ilgili davayı davacı açmış, verilen hükmü temiz etmemiş, böylece onun bakımından önceki karar kesin hüküm halini almıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 237. maddesi karşısında davacı, kendi açısından kesinleşmiş bulunan bu kararın iptalini isteyemez. O halde, davanın reddi gerekirken, davacı yönünden kesinleşmiş kararın iptaline karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 21.03.1989, E. 1989/406, K. 1989/2627, YKD., Cilt 15, Sayı 10, Ekim 1989, s. 1387.

(32) "... Davacılar Adana 2. Sulh Hukuk Mahkemesine ait 1953/816 esas - 1956/44 karar sayılı veraset ilamının da iptalini istemişlerdir. İptali istenilen veraset ilamındaki mirasçılardan B. S. D. mirasçıları davaya dâhil edilmeden, varsa delilleri sorulup toplanması ve deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 28.12.2005, E. 2005/20045 2005/18464. İlam olarak temin edilmiştir.

(33) "... Açılan dava, daha önce alınan veraset ilamının iptali davasıdır. Daha önceki veraset ilamının davacı tarafından alındığı ve tapulama mahkemesine de ibraz edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, ilk veraset ilamında hak sahibi olarak belirtilen şahıslara husumet tevcih ettirilerek delillerin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 23.10.1992, E. 1992/9453, K. 1992/10210, YKD., Cilt 19, Sayı 1, Ocak 1993, 19.

mirasçılara yöneltilmelidir<sup>34</sup>. Alınan mirasçılık belgesine karşı itiraz davaları zamanaşımına bağlı değildir her zaman açılabilir<sup>35</sup>. Bu davalar neticesinde verilen kararlar kesin hüküm teşkil eder. Talep halinde kararın alt kısmına kesinleşme şerhi verilir. Bu şekilde alınan kararlar, mirasçılık ilamı olarak nitelendirilir.

Mahkemece verilen mirasçılık belgesi yenilik doğuran bir karardır. Bu kararın değiştirilmesi veya iptali de yenilik doğuran bir karardır. Mahkeme tarafından verilen kısa kararın hüküm fıkrasında da belirtilmesi gerekir<sup>36</sup>. Mirasçılık belgesinin değiştirilmesine veya iptaline karar verilmesi halinde, mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan işlemlerin de düzeltilmesi gerekir. Bu şekilde değiştirilen veya iptal edilen mirasçılık belgesine göre düzenlenen tapu sicil kayıtlarının düzeltilmesi için ayrıca dava açmak gerekir (TMK. md. 1025)<sup>37</sup>. Üçüncü kişiler iyiniyeti ise, taşınırlarda (TMK. md. 988) ve taşınmazlarda ise (TMK. md. 1023) öngörülen ilkeler çerçevesinde korunurlar.

### E. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türkiye'de mirasçılık belgesi veya mirasçılık ilamı veyahut mirasçılık belgesinin değiştirilmesi davası veyahut da mirasçılık belgesinin iptali davası sulh hukuk mahkemesinde görülür (HUMK. md. 8/II-5). Kısacası mirasçı-

(34) "... Daha önce alınan mirasçılık belgesinin iptali davasının tüm mirasçılara yöneltilmesi, onların iştiraki ile yargılama yapılması gerekir. Davanın iptali istenen mirasçılık belgesindeki davacıya yöneltilmesi ile yetinilip eksik hasımla hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. ...", Yargıtay 2. HD., 02.10.1992, E. 1992/8305, K. 1992/8920, YKD., Cilt 19, Sayı 4, Nisan 1993, s. 514.

(35) ANTALYA O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2003, s. 263.

(36) "... Dava; veraset iptali davasıdır. Kısa kararda Kırkağaç Sulh Hukuk Mahkemesinin 2005/18 – 18 esas ve karar sayılı veraset ilamının iptaline denildiği halde; gerekçeli kararın hüküm fıkrasında bu hususa yer verilmemiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 381/2 maddesi uyarınca kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Bu durumda gerekçeli kararın, tefhim edilen karar yanlıştta olsa, buna uygun düzenlenmesi gerekmektedir. Yanlışlık ancak temyiz yoluna başvurulması ve kararın bozulması halinde düzeltilebilir. Tefhim edilen kararlar gerekçeli karardaki aykırılık diğer yönler incelenmeden tek başına bozma sebebi olur. O halde mahkemece yapılacak iş, 10.04.1992 tarihli 7/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı gözetilerek yeniden karar oluşturmaktan ibarettir. ...". Yargıtay 2. HD., 19.12.2005, E. 2005/14989 2005/17778. İlam olarak temin edilmiştir.

(37) İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 485.

lık belgesi ile ilgili tüm davalarda görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir<sup>38</sup>. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her safhasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınır.

Mirasçılık belgesinin verilmesi davası mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesinden istenebileceği gibi dava açan mirasçılardan her birinin bulunduğu yer mahkemesinden de istenebilir (HUMK. md. 11/son)<sup>39</sup>. Mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya mirasçılık belgesinin iptali davası daha önce mirasçılık belgesi vermiş olan mahkemeden istenebileceği gibi<sup>40</sup> miras belgesinin iptali davası her mirasçının bulunduğu yer mahkemesinden de istenebilir (HUMK. md. 11/son)<sup>41</sup>.

#### F. Mirasçılık Belgesinin Alınabilmesi İçin Yapılması Gerekenler

Mirasçılık belgesinin alınabilmesi için mirasbırakanın öldüğü veya ölmüş sayılmasına karar verildiği veyahut da gaipliğine karar alınmış ve bu durum nüfus kütüğüne tescil edilmiş olması gerekir. Dava dilekçesi hazırlandıktan sonra nöbetçi sulh hukuk mahkemesi hâkimine havale yaptırılır. Nüfus Müdürlüğünden nüfus aile kayıt tablosu çıkarılır<sup>42</sup>. Mahkeme veznesine gerek-

(38) "... Hakimin bu görevi aşarak "dava eski Medeni Kanununun 538 ve yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddeleri gereğince mirasçılık belgesinin verilmesine" biçiminde eda emri taşıyan, karar vermesi, yine mirasçılık belgesi verilmesi görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olduğunun gözetilmemesi ...". Yargıtay 2. HD., 30.12.2002, E. 2002/14107, K. 2002/15179, GENÇCAN Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Cilt 2, Ankara 2004, s. 2255-2256.

(39) AYİTER Nuşin/KILIÇOĞLU Ahmet, Miras Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1991, s. 214.

(40) AYAN Mehmet, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Konya 2003, s. 213; KÖPRÜLÜ Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1985, s. 365.

(41) "... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 11 son fıkrası uyarınca, mirasçılık belgesinin iptali davaları her mirasçının bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir. ...". Yargıtay 2. HD., 20.04.1974, E. 1974/3264, K. 1974/3187, Resmi Kararlar Dergisi, Yıl 9, 1974, Sayı 9-12, s. 292.

(42) Diplomasi ve konsolosluk memurlarının resmi sıfatla düzenledikleri belgeler resmi nitelikte olup, veraset belgesine esas alınmalıdır. "... Diplomasi ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa sözleşmesi, Türkiye tarafından 1987 senesinde onaylanmış ve 12.04.1987 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. İtalya'da bu Sözleşmenin taraflarındandır. Sözleşmesinin 2. maddesi, diplomasi ve konsolosluk memurlarının resmi sıfatına



li harç ve masraflar yatırılır (01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla toplam 22,5 YTL)<sup>43</sup>.

Nöbetçi mahkeme tarafından yapılan tevziat neticesinde ilgili dosya görevli mahkemeye gelir. Dava önce esas defterine kaydedilir. Dosyaya esas numarası verilir. Tensip yapılır. Duruşma günü tayin edilir. Davacı mahkeme tarafından duruşmaya davet edilir. Yapılan duruşmada davacı dinlenir, nüfus kayıtları tetkiki edilir ve daha sonra karar verilir. Davacı tanık dinletmek isterse kendisine süre verilmeli ve tanıklar dinlenmelidir<sup>44</sup>.

Uygulamada karar verildikten sonra birkaç gün içinde mirasçılık belgesi düzenlenerek davacıya verilmektedir. Sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen mirasçılık belgesi kararına karşı tebliğinden itibaren sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir<sup>45</sup>. Davacı almış olduğu mirasçılık belgesinden

---

dayanarak düzenledikleri belgelerin tasdik işlemine tabi olmadığından milli makamlarca düzenlenen belgeler gibi işleme tabi tutulacağını hükme bağlamıştır. Murisin vatandaşı olduğu İtalya'nın İzmir Konsolosluğu, G.G.P.'nin 23.02.2001 tarihinde öldüğünü, eşi ve iki çocuğunun kaldığını ve bunların sağ olduğunu açıklamış bununla ilgili aile nüfus kayıt tablosunu düzenlemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında mahkemece konsoloslukça düzenlenen belgeye değer verilip hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde isteğin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 11.06.2001, E. 2001/7607, K. 2001/8723, YKD., Cilt 28, Sayı 1, Ocak 2002, s. 22-23.

(43) 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla mirasçılık belgesi almak üzere yatırılması gereken harç ve masraflar şunlardır. 18 YTL başvuru ve nispi harç, 1 YTL dosya ve maktu evrak, davacının duruşmaya davet edilmesi için tebligat gideri olarak 3,5 YTL posta pulu olmak üzere toplam 22,5 YTL masraf gerekmektedir.

(44) "... Dava, nüfus kayıtlarında, davacının babası (H. Y.) ile miras bırakan A. K. arasında kardeşlik ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kaydın bulunmaması halinde irs ilişkisinin başka delillerle kanıtlanması mümkündür. Davacı, dava dilekçesinde "tanık" deliline de dayandığına göre davacıya tanıklarının göstermesi için mehil verilmek, gösterdiği takdirde toplamak, davacının babası Mustafa'nın üstsoyunun nüfusta kaydının bulunup bulunmadığını araştırmak, hâsil olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. ...". Yargıtay 2. HD., 20.12.2005, E. 2005/15189, K. 2005/17935. İlam olarak temin edilmiştir.

(45) "... Davacı mahkememize vermiş olduğu dilekçesi ile muris A.P.'nin 03.01.2006 tarihinde öldüğünü bildirerek vaset ilamının verilmesini talep etmiştir. Nüfus Müdürlüğünden gelen nüfus kayıtlarının incelenmesinde muris A.P.'nin 03.01.2006 tarihinde öldüğü geriye mirasçı olarak eşi G. ile çocukları M., N. ve G.'nin kalmış oldukları anlaşılmalı sabit olan davanın kabulüne karar vermek gerekmiş, aşağıdaki gibi hüküm tesis edilmiştir. Hüküm: Gereğesi yukarıda açıklandığı üzere, 1-Sabit olan davanın kabulü ile, Erzincan ili, Merkez Bahçelievler Mah. C. 181, H. 21'de nüfusa kayıtlı M. ve Ş.'den olma 01.04.1938 doğumlu A.P.'nin 03.01.2006 tarihinde öldüğü anlaşılmalı, Mirası dört pay olarak kabul edilerek bununda (1) hisse eşi 1943 doğumlu G. P.'ye, (1) hisse kızı 1971 doğumlu M. Ç.'ye, (1) hisse kızı 1972 doğumlu N.E.'ye, (1) hisse kızı 1979 doğum

ihtiyacı kadar fotokopisi yaptırarak ve bunları mahkeme yazı işleri müdürüne tasdik ettirdikten sonra gerekli yerlerde kullanabilmektedir. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla tasdik edilen her bir mirasçılık belgesi için 1 Yeni Türk Lirası karar ve suret harcı alınmaktadır.

Mirasçılık belgesinin iptali davasında önceki mirasçılık belgesi ile ilgili davanın dosyaya konulması ve incelenmesi gerekir<sup>46</sup>. Mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veyahut mirasçılık belgesinin iptali veyahut da çekişmeli yargı neticesinde verilen mirasçılık ilamı davası neticesinde verilen kararlara karşı tebliğden itibaren sekiz gün içinde temyiz yoluna müracaat edilebilir. Mirasçılık belgesi davasında davaya taraf olmayan kişinin temyiz yoluna başvurma hakkı yoktur. Mirasçılık belgesi davasına katılan veya davaya taraf olanlar temyiz hakkına sahiptirler. Temyiz üzerine inceleme yapacak olan merci, Yargıtay 2. Hukuk Dairesidir (04.02.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu<sup>47</sup> md. 14).

Sonuç olarak mahallinde yapılan araştırmada son zamanlardaki kanun değişiklikleri çerçevesinde sulh hukuk mahkemesinin işlerinin azaldığı, dolayısıyla mirasçılık belgesinin kısa zaman içerisinde verildiği, 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla az bir masrafla 22,5 Yeni Türk Lirası masraf ile mirasçılık belgesinin alındığı, çekişmesiz yargı şeklinde görülen mirasçılık belgesi ile ilgili ba-

---

lu G.K.'ya aidiyetine, 2-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına, 3- Davacının yapmış olduğu masrafların üzerinde bırakılmasına, dair davacının yüzüne karşı aksi sabit olunca-ya kadar geçerli tebliğden itibaren 8 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. ...". Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 23.01.2006 tarih ve E. 2006/21, K. 2006/24 sayılı kararından alınmıştır.

(46) "... Önceki tahkikata ilişkin dava evrakı dosya arasında değildir. Önceki tahkikata ilişkin dava evrakının bulunup dosyaya eklenmesi, 3-İptali istenen Sivas Sulh Hukuk Mahkemesinin 1992/706 esas, 1993/608 karar sayılı veraset ilamı ve buna ilişkin veraset dosyası ile müdahil davacının iptalini istediği Sivas 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1994/643 esas, 1994/691 karar sayılı veraset ilamı ve dayanağı veraset dosyası da işbu dosya içinde yoktur. Bahsedilen veraset dosyalarının işbu dosya içine alınması, Yukarıda üç madde halinde gösterilen eksiklikler tamamlandıktan sonra dosyanın dizi listesine bağlı olarak ( HUMK. md. 433/son) gönderilmek üzere yerel mahkemesine iadesine, oybirliğiyle karar verildi. ...". Yargıtay 2. HD., 20.12.2005, E. 2005/15128 K. 2005/17936. İlam olarak temin edilmiştir.

(47) Resmi Gazete 08.02.1983, Sayı 17953.

zı davalarda hukuki problemler ile karşılaştığı bunun ise ancak bir yargılama neticesinde tespit edileceğinden dolayı mirasçılık belgesi verilmesi işinin sulh hukuk mahkemesinde kalması uygun olacaktır. Şayet mirasçılık belgesi verilmesi işi sulh hukuk mahkemesinden alınarak başka bir makama verilmesi düşünülürse bu makam, bünyesinde hukukçu istihdam etmek şartı ile nüfus müdürlüğü olmalıdır. Bunun için yasal düzenleme gereklidir.

### III. Yabancılık Unsuru Taşıyan Mirasçılık Belgesi Davaları

#### A. Yabancılık Unsuru Taşıyan Mirasçılık Belgesi Davalarında Uygulanacak Hukukun Tespiti

Öncelikle bir hususu belirtmekte yarar vardır. Türkiye'de yabancı bir devlet vatandaşı mirasçılık belgesi alabilir. Bunun için, mirasçılık belgesi veya mirasçılık ilamı almak isteyen kişinin hukuki yararının bulunduğunu ispat etmesi yeterlidir. Örneğin mirasbırakanın bankada parası varsa bu konuda bankadan alınan belge ve yazılar mirasçılar için hukuki yararın bulunduğunu gösterir. Yabancı bir devlet vatandaşı veya vekili tarafından açılan mirasçılık belgesi davasında davacının bu davayı açmakta hukuki yararını ispat eden bir belge ibraz edilmemiş ise, açılan dava reddedilmeyip, hukuki yararının bulunduğu hususunu ispat etmesi için davacıya süre verilmelidir<sup>48</sup>.

(48) "... Yabancı uyruklu olanların veraset belgesi verilmesi için dava açmalarında hukukî yararı bulunmadığına ilişkin mahkeme gerekçesi yerinde değildir. Mahkemece yapılacak iş, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 22. maddesi uyarınca taşınmazlar açısından Türk hukukunu ve taşınırılar açısından da ölenin millî hukukunu göz önünde tutarak mirasçıları ve miras paylarını belirlemekten ibarettir. Öyleyse hukukî yarar açısından davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Temyiz edilen kararın gösterilen sebeplerle bozulmasına oyçokluğu ile karar verildi. ...". Karşı Oy Yazısı: "... Miras bırakanın ve mirasçı olduğunu iddia eden davacının yabancı uyruklu olması nedeni ile Tapu Kanununun 35. maddesi uyarınca yabancının Türkiye'de bulunan taşınmaz miras yolu ile iktisap edebilmesi için yabancı mirasçının uyruğu bulunduğu Yunan Devleti ile Türkiye Cumhuriyetinin karşılıklı olarak diğerinin vatandaşına aynı hakkı tanınması gerekir. Yunanistan ile Türkiye arasında ise bu konuda anlaşmanın olmadığı, aksine, Türk Devleti tarafından Yunan asıllı ve uyrukluların haklarının kısıtlandığı tartışmasızdır. Hâl böyle olunca en azından taşınmaz açısından davacıya veraset belgesi verilmesine kanunî olanak yoktur. ...". Yargıtay 2. HD., 19.01.1987, E. 1986/11151, K. 1987/66. KUNTMAN Osman, "Yabancı Uyrukluların ve Özellikle Yunan Uyrukluların Miras Yoluyla Miras Almaları ve Yargıtay Uygulamaları", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 4-5-6, İstanbul 1987, s. 367-368.



Mirasbırakanın yabancı bir devlet vatandaşı olması halinde mirasçılık belgesinin verilmesinde hangi hukuk uygulanacaktır? Mirasbırakan yabancı bir devlet vatandaşı ise, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan "miras, ölenin milli hukukuna tabidir" hükmü gereğince, öncelikle mirasbırakanın milli hukuku tespit edilecek ve mirası da ona göre paylaşılacaktır. Yabancı hukuk, ilgili devletin Türkiye'deki konsolosluk makamlarından, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü kanalı ile o ülkenin yetkili makamlarından, ilgili tarafların yardımı ile veya üniversitelerin devletler hukuku kürsüsünden de temin edilebilir<sup>49</sup>.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde bir istisna söz konusudur. Buna göre, "Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır". Bu hüküm gereğince, mirasbırakanın Türkiye'deki taşınmazları Türk hukukuna göre taksim edilecek, Türkiye'deki taşınır malları ve yabancı ülkede ki taşınır ve taşınmazları kendi milli hukukuna göre paylaşılacaktır<sup>50</sup>.

(49) Bu konudaki sözleşme çerçevesinde yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek mümkündür. "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi", Kanun No: 1899, Kabul Tarihi: 20.05.1975. Kanunun Yayınlandığı Tarih: RG. 29.05.1975, Sayı 15249, Sözleşmenin Yayınlandığı Tarih RG. 26.08.1975, Sayı 15338. Bu sözleşmeye taraf olan ülkeler ise şunlardır: Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Beyaz Rusya, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hollanda, İtalya, İspanya, İsveç, İsviçre, İzlanda, Kıbrıs, Kosta Rika, Letonya, Lihtenstayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Meksika, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan-Karadağ, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna ve Yunanistan'dır. ÇELİKEL Aysel/ŞANLI Cemal/ÖZTEKİN Günseli/ERDEM B. Bahadır/ATAMAN İnci/GİRAY F. Kerem, Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, 1. Cilt (Çok Taraflı Sözleşmeler), İstanbul 2005, s. 498-504.

(50) "... 1- Miras bırakan A. A. Z., 27.09.1982 tarihinde ölmüş, mirasçısı S. ise bu tarihten sonra 27.02.1989 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığına alınmıştır. "Miras ölüm ile açılır" (MK. md. 517). Mirasçı olabilmek için, mirasın ölüm tarihinde mirasçılığa ehil olarak sağ olmak gerekir (MK. md. 522). S., mirasın ölüm tarihinde Irak vatandaşı olduğundan, gayrimenkul yönünden mirasçı olup olamayacağı, Irak ile Türkiye arasında karşılıklılık ilkesinin (Tapu Kanunu md. 35) gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi sonucu belirlenecektir. Dosyadaki Adalet Bakanlığı yazısında; Irak'ta Türk vatandaşlarının bizzat kullanmak şartı ile sadece bir ev ve bir işyeri edinebilecekleri açıklanmıştır. Mirase ait Türkiye'de bulunan mirasçılar tarafından kullanılmadığı dosya kapsamı ile belirlenmiş olduğundan S. yönünden de karşılıklılık ilkesi gerçekleşmiş olup gayrimenkul için pay verilmesi doğru değildir. 2- Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve

Bu şekilde bir dava ile karşılaşan hâkim, mirasçılık belgesinin hüküm kısmında birinci olarak Türkiye'deki taşınmazların Türk hukukuna tabi olduğunu belirttiikten sonra Türkiye'deki taşınmazlar açısından Türk hukukuna göre mirasçıları ve miras paylarını tespit edecektir. İkinci olarak, Türkiye'deki taşınır ve yabancı ülkelerdeki taşınır ve taşınmazlarının ölenin milli hukukuna tabi olduğunu belirttiikten sonra ölenin milli hukukuna göre mirasçıları ve miras paylarını tespit edecektir.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 22. maddesinin 2. fıkrasına göre, mirasın açılması yani intikali Türk hukukuna tabidir. Türk hukukuna göre de, miras mirasbırakanın ölümü ile açılır (TMK. md. 575) yani intikal eder<sup>51</sup>. Mirasçılık ve mirasın geçişi mirasbırakanın ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir<sup>52</sup>. Mirasbıra-

---

Usul Hukuku Hakkında Kanunun 2/son maddesinde, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının bir başka hukuku yetkili kılması halinde, bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağı açıklanmıştır (Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR, Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, s. 89). 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 22. maddesine göre, "Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır". Şu halde menkullere ölenin milli hukuku uygulanacaktır. Murise ait menkuller yönünden Irak Medeni Kanununu dikkate almak gerekir. Irak Medeni Kanununun 24. maddesinde menkul malların bulunduğu ülke kanunlarının geçerli olacağı belirtildiğinden, menkul mallar yönünden mirasçılara Türk Medeni Kanununa göre pay verilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmemesi doğru değildir. ...". Yargıtay 2. HD., 15.04.2002, E. 2002/4651, K. 2002/5612. İlam olarak temin edilmiştir.

- (51) AYDIN Aybay, Miras Hukuku Dersleri, Yeni Medeni Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş (4. Baskı), İstanbul 2003, s. 77.

"... "Miras ölümle açılır" (MK. md. 517) mirasçı olabilmek için murisin vefatında mirasçılığa ehil olarak sağ olmak" yeterlidir (MK. md. 522). Şu halde bir kişinin mirasçılığa ehil olup olmadığını murisin ölüm gününe göre araştırıp, değerlendirmek gerekir. Murisin furuu İsmet ile Meliha'nın mirasın açıldığı günde hangi ülke vatandaşı oldukları araştırılıp belirlenmeden ve sonradan Türk vatandaşı olmalarının mirasçılığa ehliyeti etkilemeyeceği düşünülmeden eksik inceleme ile hüküm oluşturulması usul ve kanuna aykırıdır. Sonuç: Davalının temyiz itirazının bu sebeple kabulü ile hükmün bozulmasına, oybirliği ile karar verildi. ...". Yargıtay 2. HD., 11.02.1992, E. 1992/1217, K. 1992/1514. YKD., Cilt 18, Sayı 5, Mayıs 1992, s. 686-688.

- (52) "... 4722 sayılı Kanunun 17. maddesi gereğince mirasçılık ve mirasın geçişi miras bırakanın ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. Buna göre miras bırakan 1334 tarihinde öldüğünden 21 Şubat 1328 tarihli Son Tevsii İntikal Kanununa göre miras hisselerinin belirlenmesi gerekir. ...". Yargıtay 2. HD., 05.06.2003, E. 2003/6944, K. 2003/8277, YKD., Cilt 29, Sayı 12, Aralık 2003, s. 1826-1827.

kanın ölümü ile malvarlığı tereke adını alır. Miras ölüm ile açılır. Tereke ölüm anından itibaren mirasçılara intikal eder<sup>53</sup>.

Mirasbırakan Türk vatandaşı olup, mirasçılarının yabancı devlet vatandaşı olması halinde mirasçılık belgesinin verilmesinde hangi hukuk uygulanacaktır? Mirasbırakan Türk vatandaşı olduğundan mirasçılık belgesinin verilmesinde Türk hukuku uygulanacaktır. Mirasçılarının mirasçılığı ölüm tarihi dikkate alınarak tespit edilir<sup>54</sup>. Türk vatandaşlığını kaybedenler yabancı muamelesine tabi olurlar<sup>55</sup>. Yabancılık unsuru taşıyan davalarda sulh hukuk hâkimi yukarıdaki bilgiler ışığında açılan davada mirasçılarını ve miras paylarını tespit edecek ve bu doğrultuda talep üzerine mirasçılık belgesini tanzim ederek ilgiliye verecektir.

- 
- (53) HATEMİ Hüseyin, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2004, § 12., N.1. "... Miras ölüm ile açılır (TMK. md. 517). Miras payları, mirasbırakanın ölüm gününde yürürlükte bulunan hükümlere göre tayin ve tespit olunur. ...". Yargıtay 2. HD., 07.05.1998, E. 1998/3650, K. 1998/5483. YKD., Cilt 24, Sayı 7, Temmuz 1998, s. 974-975.
- (54) "... "Miras ölüm ile açılır" (MK. md. 517). "Ehil olmayanlardan başka herkes kanunî mirasçı veya lehine vasiyet yapılan kimse olabilir" (MK. md. 519). "Mirasçı olabilmek için murisin vefatında mirasçılığa ehil olarak sağ olmak lazımdır" (MK. md. 522). Buradaki ehliyet Medeni Kanunun 8. maddesinde kurala bağlanan hak ehliyeti olup, ancak kanunların müsaade ettiği nispette sonuç doğurur. Şu halde bir kimsenin mirasçı olabilmesi için mirasın açıldığı tarihteki hukukî durumu önemlidir. Mirasın açıldığı anda mirasçı olmayan kimsenin sonradan statüsünün değişmesi mirası iktisap eden diğer mirasçılarının haklarını azaltmaz. Dosya arasında bulunan Adalet Bakanlığının 12.06.1990 tarihli yazısında gayrimenkul mallara mirasçılık bakımından mirasın açıldığı anda davacı ve kardeşinin vatandaşı oldukları Bulgaristan ile Tapu Kanununun 35. maddesinde yer alan mütekebbiliyet şartının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönler gözetilmeden davacı ile kardeşi S.'nin gayrimenkullere de mirasçı olabileceğinin kabulü ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. ...". Yargıtay 2. HD., 25.04.1995, E. 1995/4314, K. 1995/5093. İlam olarak temin edilmiştir.
- (55) "... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 22. maddesi uyarınca miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır. Tapu Kanununun 35. maddesi uyarınca yabancı uyruklu kişiler tabiiyetinde bulunduğu ülke ile mütekebbiliyet bulunmak şartıyla mirasçı olabilirler. Vatandaşlığı kaybedenler yabancı duruma girerler. Murisin ölüm tarihinde çocuklarından H.'nin tabiiyeti ile Tapu Kanununun 35. maddesi uyarınca şartlar araştırılmadan H.'nin mirasçı olarak kabulü ile pay verilmesi doğru değildir. ...". Yargıtay 2. HD., 07.10.1994, E. 1994/8166, K. 1994/9237. İlam olarak temin edilmiştir.



## B. Yabancı Devlet Vatandaşlarının Mirasçı Olduğu Durumlarda Yapılacak İşlemler

Yabancı devlet vatandaşlarının mirasçı olabilmeleri 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesinde yer alan karşılıklılık ilkesi çerçevesinde mümkündür<sup>56</sup>. 03.07.2003 tarih ve 4916 sayılı Kanun değişikliği ile 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yolu ile edindikleri taşınmazlar ile kanuni kısıtlamalara tabi alanlardaki taşınmazlar, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir ve bedele çevrilir". Bu düzenleme çerçevesinde karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmemesi nedeni ile mirasçılık hakkını ortadan kaldıran hüküm değişmiş artık yabancılara mirasçılık hakkı tanınmış fakat karşılıklılık ilkesi gerçekleşmeyen ülke vatandaşları için miras paylarının tasfiye edilerek bedele çevrilmesi hususu getirilmiştir<sup>57</sup>. Bu düzenleme eski düzenlemeye göre daha adaletli bir düzenlemedir<sup>58</sup>.

- (56) "... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 22. maddesi uyarınca miras ölenin hukukuna tabi ise de Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukukunun uygulanması gerekir. Sözü edilen kanundan önceki durumlarda da kural aynıdır. Özellikle, 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi uyarınca herhangi bir yabancı Türkiye'de bulunan bir taşınmaz miras yolu ile iktisabı müteakibiye esasına bağlıdır. Başka bir anlatımla, miras bırakanın öldüğü tarihe göre mirasçı olduğunu iddia eden kişiler, karşılıklı anlaşmanın yapılmadığı ya da uygulanmadığı bir devletin uyruklığında iseler miras bırakanın Türkiye'deki taşınmazlarını miras yolu ile iktisap edemezler. Yargıtay 2. HD., 13.10.1988, E. 1988/6848, K. 1988/9133. Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi, Cilt XII, Sayı 4, Nisan 1989, s. 496-497.
- (57) "... 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi; karşılıklı olmak koşulu ile yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz mallara sahip olabileceklerini ve bunları miras yolu ile iktisap edebileceklerini hükme bağlamıştır. Bu Yasa hükmü 19.07.2003 tarihinde 4916 sayılı Yasa ile değiştirilerek, Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının, kanuni miras yolu ile edindikleri taşınmazların intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edilip bedele çevrileceğini öngörmüştür. ...". Yargıtay 2. HD., 12.07.2004, E. 2004/8403, K. 2004/9741. İlam olarak temin edilmiştir.
- (58) "... Karşılıklılığın tespiti yönünden Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 03.09.2003 gün ve 56190 sayılı yazıda 19.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4916 sayılı Yasa ile Yunan uyrukluların gerçek kişilerin Türkiye'de miras yoluyla taşınmaz edinmeleri esnasında yalnızca 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununun 1. maddesi ile 2644 sayılı Tapu Kanununun değişik 35/3. fıkrası ile getirilen sınırlamaların dikkate alınacağı, bunun dışındaki yerlerde miras yolu ile taşınmaz edinebilecekleri belirtilmiştir. ...". Yargıtay 2. HD., 23.03.2005, E. 2005/193, K. 2005/4190. İlam olarak temin edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 14.03.2005 tarihli ve E. 2003/70, K. 2005/14 sayılı kararı ile yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, Türkiye'de taşınmaz edinmelerini düzenleyen 4916 sayılı Yasanın 19. maddesi ile değişik 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi oybirliği ile iptal edilmiştir<sup>59</sup>.

29.12.2005 tarih ve 5444 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi yeniden düzenlenmiştir<sup>60</sup>. Yapılan değişiklik sonucu Tapu Kanununun 35. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir. "Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanılmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı aynı hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkra da belirtilen koşullarla, yüzölçümü rniktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar kurulu yetkilidir"<sup>61</sup>.

(59) Resmi Gazete 26 Nisan 2005, Sayı 25797, s. 27.

(60) Resmi Gazete 07 Ocak 2006, Sayı 26046, s. 1.

(61) "... "Taahhütlü Mutazammın Kanun hükümleri yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartı ile yabancı hakiki şahıslar Türkiye'de gayrimenkul mallara temellük ve tevâris edebilirler" (Tapu Kanunu 35). Kanun, karşılıklılık esasının ne şekilde belirleneceğini açıklamamıştır. Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklı işlem (mütekabiliyet) esaslı, en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkelerinde diğerinin vatandaşına aynı mahiyetteki hakların tanınmasını ifade eder. Bu ilke anlaşma ile tanıma yanında iç mevzuat bakımından bir engel koymama biçiminde yazılı hukukta yer alabilir. Ancak en önemli nokta, 28.05.1927 günlü 1062 sayılı Kanunda ifade edildiği üzere idari karar veya istisnai kanunlarla Türk uyruklular bakımından mülkiyet ve miras haklarının kısmen veya tamamen sınırlanıp sınırlanmadığının, daha açık bir ifade ile fiili durumun belirlenmesidir. Yabancı ülke mevzuatında bir engel olmamakla beraber Türk Vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri şu veya bu biçimde fiilen engelleniyorsa, Tapu Kanununun 35. maddesinde açıklanan engelin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Mansup mirasçı E.'nin mirasın açıldığı tarihteki tabiiyeti ile mensubu olduğu ülkedeki o tarih itibarıyla hukuki ve fiili durumu Dışişleri Bakanlığı'ndan sorulmadan eksik tahkikatla hüküm kurulması doğru olmadığı halde bu yönün gözden kaçtığı yeniden yapılan inceleme sonunda anlaşılacakla davalı, Hazinesinin karar düzeltme isteminin kabulü hükmün bozulması gerekli olmuştur. ...". Yargıtay 2. HD., 27.01.1993, E. 1992/12843, K. 1993/460. İlam olarak temin edilmiştir.

29.12.2005 tarih ve 5444 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılması na Dair Kanun ile yeniden düzenlen 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkrada belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmaz<sup>62</sup>. Ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yolu ile edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynı hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir"<sup>63</sup>. Tapu Kanununun 35. maddesinin 6. fıkrasına göre ise, "karşılıklılığın tespitinde hukuki ve fiili durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı, ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır".

Bu yasal düzenleme ışığında Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Daire Başkanlığı bir genelge hazırlamıştır. Bu genelgenin konuya ilişkin kısmı şu şekildedir. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında taşınmaz edinimi konusunda karşılıklılık bulunan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazları için maddenin bi-

---

(62) 5444 sayılı Tapu Kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun uyarınca vatandaşları taşınmaz edinebilen ülkeler: 1-Almanya, 2-Amerika Birleşik Devletleri, 3-Angola, 4-Arjantin, 5-Belçika, 6-Benin, 7-Brezilya, 8-Burkina Paso, 9-Burundi, 10-Çad, 11-Dominik Cumhuriyeti, 12-Estonya, 13-Fildişi Sahili, 14-Finlandiya, 15-Fransa, 16-Gabon, 17-Gambiya, 18-Gine, 19-Gine Bissau, 20-Güney Afrika Cumhuriyeti, 21-Gürcistan, 22-Hırvatistan, 23-Hollanda, 24-İngiltere, 25-İrlanda, 26-İspanya, 27-İsveç, 28-İtalya, 29-Jamaika, 30-Kenya, 31-KKTC, 32-Kolombiya, 33-Lübnan, 34-Lüksemburg, 35-Mali, 36-Moldova, 37-Monako, 38-Namibya, 39-Norveç, 40-Nijer, 41-Portekiz. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Daire Başkanlığı, 1617 sayılı, 2006/1 numaralı ve 20.01.2006 tarihli Genelgesinden alınmıştır.

(63) 5444 sayılı Tapu Kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun uyarınca vatandaşları taşınmaz edinmeyen ülkeler: 1-Afganistan, 2-Birleşik Arap Emirlikleri, 3-Bangladeş, 4-Belarus, 5-Çek Cumhuriyeti, 6-Dominika, 7-Etopya, 8-Eritre, 9-Gana, 10-Haiti, 11-İrak, 12-Kamboçya, 13-Katar, 14-Kongo Demokratik Cumhuriyeti, 15-Kuzey Kore, 16-Kuveyt, 17-Küba, 18-Laos, 19-Libya, 20-Maldivler, 21-Myambar, 22-Nijerya, 23-Oman, 24-Sierra Leone, 25-Slovenya, 26-Somali, 27-St. Luica, 28-Suudi Arabistan, 29-Tacikistan, 30-Tonga, 31-Vietnam, 32-Yemen. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Daire Başkanlığı, 1617 sayılı, 2006/1 numaralı ve 20.01.2006 tarihli Genelgesinden alınmıştır.



rinci fıkrasında belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmadan, ölüme bağlı tasarruflarında ise maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanarak karşılanması, karşılıklılık bulunmayan devlet vatandaşlarının ise kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazların ve sınırlı ayni hakların intikal işlemleri yapıldıktan sonra, ilgililere taşınmazların ve sınırlı ayni hakların tasfiyeye tabi olduğu bildirilerek tasfiyesi için ilgili defterdarlık veya mal müdürlüklerine bildirimde bulunulacak ve taşınmazın beyanlar hanesine bu yönde belirtme yapılacaktır<sup>64</sup>. Uygulamada tasfiye işlemi taşınmazın bulunduğu yerdeki Milli Emlak Müdürlüğü tarafından yapılmaktadır<sup>65</sup>.

#### IV. Yabancı Ülkeden Alınan Mirasçılık Belgesinin Tanınması

Yabancı bir ülkeden alınan mirasçılık belgesi Türkiye’de tanınabilir mi? Şimdi bu soruyu cevaplamaya çalışalım.

Yabancı bir ülkeden alınan bir mahkeme ilamı ancak Türkiye’de tanıma veya tenfiz kararı verildikten sonra Türkiye’de hukuki sonuç doğurur<sup>66</sup>. Yabancı mahkeme ilamları Türkiye’de tanınmadıkça veya tenfizine karar verilmedikçe, hukuki sonuç doğurmazlar<sup>67</sup>. Türkiye’de tanınmasına veya tenfi-

(64) Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Daire Başkanlığı, 1617 sayılı, 2006/1 numaralı ve 20.01.2006 tarihli Genelgesinden alınmıştır.

(65) Milli Emlak Müdürlüğü tasfiye işlemini kısaca şu şekilde gerçekleştirmektedir. Öncelikle tasfiye edilecek olan malın emsal değerini tespit ettirmektedir. Bu tespit, üç kişiden oluşan bilirkişi marifeti ile yapılmaktadır. Genellikle Tarım Müdürlüğü, Ziraat Odası ve Sanayi ve Ticaret Odasından birer kişinin katılımı ile oluşan bilirkişi heyeti tespit yapmaktadır. Bundan sonra Milli Emlak İhale Komisyonu taşınmazın kıymet takdirini yapmaktadır. Daha sonra taşınmazın satışa çıkarılması için ön izin alınır. Ön izin taşınmazın kıymet takdirine göre alınmaktadır. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla değeri 54.000 YTL olan taşınmazlarda defterdarlık izni ile değeri bu miktarı aşan taşınmazlarda Maliye Bakanlığından ön izin alınmaktadır. İhaleye çıkarılması için taşınmazın değeri dikkate alınarak onay alınır. Onaydan sonra 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 45. maddesine göre açık artırma usulü ile ihale yapılır.

(66) MARTINY Dieter, Annerkennung auslandischer Entscheidungen nach autonomem Recht, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/1, Tübingen 1984, s. 273; SCHURING Klaus, “Aktuelle Kernfragen der Annerkennung ausländischer Adoptionen”, (zu LG Tübingen 15.05.1985) IPRax 1986, s. 221; HOHLERNEIN Eva Maria, Internationale Adoption und Kinderwohl, Baden Baden 1991, 27-28.

(67) ERDOĞAN Mehmet Şirin, “Boşanma Kararlarının Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, sayı 2, Ankara 1997, s. 74 vd.

zine karar verilmeyen yabancı mahkeme ilamları herhangi bir ihtilafta ancak takdiri delil olarak mahkemeye sunulabilir<sup>68</sup>. Yabancı bir ilamın tanınması onu ülkede icra edilebilir hale getirmez. Yabancı bir mahkeme ilamını Türkiye'de icra edilebilir bir hale getirmek için tenfiz kararına ihtiyaç vardır<sup>69</sup>.

Tespit kararları ile inşai yani yenilik doğuran kararlar tanıma davasına konu olurlar. Eda kararları ise, tenfiz davasına konu olurlar. Mirasçılık belgesi davası, mahiyeti itibariyle mirasçılırları ve miras paylarını tespit eden bir tespit davasıdır. Dolayısıyla tanıma davasına konu olur. Yabancı ülkeden alınan mirasçılık belgesinin, Türkiye'de bir mirasçılık belgesine bağlanan etkiye sa-

---

"... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun gereğince yabancı mahkeme ilamları, Türk mahkemelerince tanınmasına ve tenfizine karar verilmedikçe hukukî sonuç doğurmazlar ve delil olarak bu ilamlara dayanılamaz. Kaldı ki, hükme esas alınan ilam da esasen uyumsuzluğu çözmeye yeterli ve elverişli değildir. Öyle ise taraflardan delillerinin sorulup toplanması, bütün delillerin birlikte incelenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yabancı mahkeme ilamı esas alınmak suretiyle davanın ret edilmesi usul ve kanuna aykırıdır. ...". Yargıtay 2. HD., 28.03.1985, E. 1985/640, K. 1985/2979. YKD., Cilt 11, Sayı 6, Haziran 1985, s. 797.

(68) RUHİ Ahmet Cemal, Boşanma İle İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2003, s. 113.

(69) KROPHOLLER Jan/NEUHAUS Paul Heinrich, Internationales Privatrecht, Tübingen 1990, s. 518; GEIMER Reinhold, Internationales Zivilprozessrecht, 2. neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Köln 1993, N. 2799, s. 68; ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz/GOTTWALD Peter, Zivilprozessrecht, München 1993, s. 942; SAKMAR Ata, Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, İstanbul 1976, s. 2003.

"... Tanınması dava yolu ile istenen yabancı mahkeme kararı, eda davası sonunda verilmiş olan ve belirli bir paranın tahsilini içeren bir karardır. Bu kararın Türkiye'de icra edilebilmesi ancak tenfizine karar verilmeyle mümkündür. Yabancı ilamın tanınması kesin hüküm kuvvetinin kabulü anlamını taşıdığından tanıma ancak (inşai mahiyette) yenilik doğurucu ve mal varlığına ilişkin olmayan yabancı kararlar için mümkündür. Olayda, yukarıda açıklandığı gibi mal varlığına ilişkin bir eda davası sonucu verilen karar söz konusu olduğundan ve bu karar cebri icrayı gerektirdiğinden tanınması değil tenfizi istenmelidir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda tanıma ve tenfiz ayrı ayrı düzenlenmiş olup tanıma ve tenfiz şartları birbirine uygun değildir. Bu davada tanıma istenemez. Bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmelidir. Bu nedenle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438/son maddesi gereğince mahkeme kararının gerekçesi değiştirilerek onanması gerekir. Sonuç: yukarıda açıklanan nedenle mahkeme kararının gerekçesi değiştirilerek onanmasına, oybirliği ile karar verildi. ...". Yargıtay 13. HD., 30.06.1989, E. 1989/1221, K. 1989/4636. YKD., Cilt 16, Sayı 7, Temmuz 1990, s. 1029-1030.

hip olabilmesi için Türkiye’de tanınması gerekir<sup>70</sup>. Tanıma kararı verildikten sonra verilen bu karar Türk mahkemesi kararı olarak hüküm ifade eder<sup>71</sup>.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığıнын mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımadaki 38. maddesinin a ve d bentleri uygulanmaz”<sup>72</sup>. Aynı Kanununun 42. maddesinin 2. fıkrasına göre, “İhtilafsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tabidir”. Yabancı bir mahkeme kararının tanınması için, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 42. maddesinin atfı ile 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 34 ve 38. maddesindeki (a ve d bentleri hariç) şartların gerçekleşmiş olması gerekir<sup>73</sup>.

(70) İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Ankara 2006, 6. Bası, s. 488.

(71) “... Geçersizliğine ve iptaline hüküm istenilen tenfiz kararı hasımsız alınmıştır. Hatalı da olsa yabancı bir ilamın tenfizine karar verilmiş olması o yabancı ilama tıpkı Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra kabiliyeti kazandırır (2675 sayılı Kanun madde 41). Kesin hükümler yönünden yargılamanın iadesi, kesin hüküm teşkil etmeyen kararlar yönünden de yetkili mahkemece iptali istenen kararlar tespit olmadan hukuki durumun aksi iddia ve ispat edilmek suretiyle karar ortadan kaldırılabilir. ...” Yargıtay 2. HD., 13.09.1999, E. 1999/7064, K. 1999/8854. KAÇAK Nazif, Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu, Ankara 2004, s. 867-868.

(72) “... Yabancı mahkeme kararının tenfizi ve tanınması 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 34 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş olup, tanıma için bir tenfiz kararına ihtiyaç bulunmamakta birlikte yabancı mahkeme kararının tenfiz şartlarını taşıdığıнын mahkemece tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 42. maddesinin 1. fıkrasında tanıma kararı verilebilmesi için aynı Kanununun 38. maddesindeki tenfiz şartlarından sadece (a) ve (d) bentlerin uygulanmayacağı belirtilmiş olduğundan diğer bentlerin mutlaka değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay 2. HD., 24.11.1994, E. 1994/10555, K. 1994/11467. Resmi Gazete 03 Şubat 1995, Sayı 22191, s. 6-7.

(73) “... Hükümün tanıma davası yönünden temyizine gelince, tanımadaki 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Yasasının 38. maddesinin (a) ve (d) bentleri hükmü uygulanmaz. Bu nedenle tanıma ile ilgili davanın red gerekçeleri doğru olmadığından hükümün bu yönden bozulması gerekmiştir. Mahkemenin yapacağı iş, tanımanın diğer koşullarının oluşup oluşmadığını araştırmak sonucuna göre karar vermektir. ...” Yargıtay 2. HD., 22.01.2004, E. 2003/16861, K. 2004/712. İlam olarak temin edilmiştir.



2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır"<sup>74</sup>.

Bugünkü yasal düzenlemeye göre yabancı ülkeden alınan bir mirasçılık belgesinin Türkiye'de tanınabilmesi için öncelikle yabancı mahkemelerden verilmiş bir karar olmalıdır. Verilen karar yabancı bir mahkeme tarafından verilmemiş ise, Türkiye'de tanınmaz. Dolayısıyla bir mahkeme niteliğinde olmayan idari bir makam olan nüfus müdürlüğünden alınan yabancı bir kararın tanınması mümkün değildir. Örneğin bir Yargıtay kararında noterlik tarafından verilen mirasçılık belgesinin bir mahkeme kararı olmaması dolayısıyla tanınması talebi reddedilmiştir<sup>75</sup>.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "yabancı mahkemelerden" şeklin-

(74) "... Yabancı mahkeme kararının tenfizi ve tanınması, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş olup, tanıma için bir tenfiz kararına ihtiyaç bulunmamakla birlikte yabancı mahkeme kararının tenfiz şartlarını taşıdığından mahkemece tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 42. maddesinin 1. fıkrasında, tanıma kararı verilebilmesi için aynı Kanunun 38. maddesindeki tenfiz şartlarının sadece (a) ve (d) bentlerinin uygulanmayacağı belirtildiğinden diğer bentlerin mutlaka değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay 2. HD., 21.11.1994, E. 1994/10554, K. 1994/11286. İlam olarak temin edilmiştir.

(75) "... Davacılar Fransa Noterliğince Fransa Medeni Kanununa göre verilmiş veraset belgesinin tanınmasına karar verilmesini istemiştir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 42. maddesi; yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığından mahkemece tespitine bağlı olduğunu hükmüne bağlamıştır. Aynı Kanunun 34. maddesinde de "kesinleşmiş bulunan ilamların tenfizine karar" verilebileceği belirtilmiştir. Tanınması istenilen veraset belgesi kesinleşmiş mahkeme ilamı niteliğini taşımadığı gibi Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde olan gayrimenkullerin intikal ettiğini gösterir biçimde tanınmaz (Y. 2. HD. 11.06.1990 tarihli 12861-5906 sayılı Kararı), (2675 s. MÖHUK. md 38-b, c). Gerçekleşen bu durum karşısında isteğin reddi gerekirken (Yargıtay 2. HD., 10.02.1986 tarihli 808-1284 sayılı kararı) yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır. ...", Yargıtay 2. HD., 12.07.2002 gün ve E. 2002/8254, K. 2002/9339. İlam olarak temin edilmiştir.

deki düzenleme yerinde değildir. Çünkü bu düzenleme mahkeme dışında başka bir makam tarafından verilen kararların tanınmasına engel teşkil etmektedir<sup>76</sup>. Bundan dolayı “yabancı adli veya idari makamlardan verilen” şeklindeki düzenleme verildiği ülkede yetkili olan adli ve idari makamlar tarafından verilen<sup>77</sup> kararların tanınması yolunu açacaktır<sup>78</sup>. Burada idari makamdan kast edilen, verildiği ülkede adli makamlar gibi karar vermeye yetkili kılınan makamlardır.

Yabancı mahkemeden verilen karar verildiği ülke hukuk sistemine göre kesin hüküm teşkil etmelidir. Mirasçılık belgesi, maddi anlamda kesinlik taşımayıp sadece şekli anlamda kesinlik taşıyan, yeni deliller ortaya çıktığında yeniden inceleme konusu yapılabilen kararlardır<sup>79</sup>. Dolayısıyla mirasçılık belgesi aksi ispat edilinceye kadar geçerli olup<sup>80</sup>, kesin hüküm teşkil etmediğinden 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Ka-

- 
- (76) "... Türkiye'de yerine getirilmesi istenen boşanma kararı Kopenhag Belediyesi tarafından verilmiştir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 34. maddesi gereği, ancak, yabancı mahkemelerde verilen hukuk davalarına ilişkin kararların Türkiye'de yerine getirilmesi istenebilir. Boşanma kararı bir mahkemenin verdiği hüküm niteliği taşımadığından kesinleşmiş mahkeme kararlarının yerine getirilebileceğine ilişkin yukarıda açıklanan yasal kuralın kapsamı dışında kalmaktadır. ...". Yargıtay 2. HD., 13.04.1995, E. 1995/3612, K. 1995/4567. İlam olarak temin edilmiştir.
- (77) Yabancı ülkeden alınan kararın bir mahkeme kararı olmasının zorunlu olmaması gerektiği hakkında bakınız. KROPHOLLER Jan/NEUHAUS Paul Heinrich, Internationales Privatrecht, Tübingen 1990, s. 521–522.
- (78) İngiliz Hukukuna göre, boşanma konusunda milletlerarası yetkiye sahip devlet makamı tarafından verilen ve verildiği ülkede hukukten geçerli olan adli veya adli olmayan makamlar tarafından verilen boşanma ilamlarının tanınması mümkündür. TİRYAKİOĞLU Bilgin, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 37. Dipnot. 100.
- (79) ÇELİKEL Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2000, s. 378.
- (80) "... Davacının dayandığı veraset ilamı hasımsız alınmıştır. Veraset belgesi aksi sabit oluncaya kadar muteber belgelerden olup, hukuka uygun olmadığı anlaşılması halinde her zaman iptali mümkündür. Veraset ilamları dâhil gayrimenkullerin mirasçı olan kişi tarafından tapu siciline tescil edilmeden iktisap edildiğini (MK. md. 633) belgelerdendir. Bu bakımdan gayrimenkul hakkında verilmiş bir karar niteliğindedir. ...". Yargıtay 2. HD., 22.06.1990, E.1990/6373, K.1990/6410. Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi, Cilt XIII, Sayı 8, Ağustos 1990, s. 1122.

nunun 34. maddesinin 1. fıkrası gereğince Türkiye'de tanınmasına karar verilemez<sup>81</sup>.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 34. maddesinin 1. fıkrasında "o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamlar" şeklindeki düzenleme yerinde değildir. Çünkü bu düzenleme sadece kesinleşmiş olan kararların tanınmasını mümkün kılmaktadır. Oysa kesinleşmemiş olan kararların da tanınmasını mümkün kılmak için, "verildiği devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan veya niteliği itibariyle kesinleşmesi mümkün olmayan fakat verildiği ülke hukukuna göre hüküm ifade eden kararlar" şeklinde düzenleme yerinde olacaktır<sup>82</sup>. Böylece kesinleşmemiş olan veya kesinleşmesi mümkün olmayan örneğin, mirasçılık belgesi, ara kararı şeklinde verilen tedbir nafakası, tedbir mahiyetindeki velayet kararı, tedbir mahiyetindeki aile konutundan yararlanma gibi yabancı mahkeme kararlarının tanınması mümkün hale gelecektir.

Tanınmasına karar verilmeyen yabancı mahkeme kararları Türkiye'de hukuki sonuç doğurmazlar. Bu kararlara dayanılarak Türkiye'de herhangi bir işlem yapılamaz. Bununla beraber bu kararlar hukuki değerden tamamen yoksun sayılmazlar. Bir ispat vasıtası olarak takdiri delil olarak mahkemeye sunulması mümkündür<sup>83</sup>. Mirasçılık belgesinin tanınması talebi reddedilme-

(81) "... Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle tanınması talep edilen Arnavutluk Cumhuriyeti Berat İli Mahkemesinin 31.03.2003 tarihli 682 nolu kararı, davacının mirasçılık sıfatını gösteren mirasçılık belgesi olup, bu belgenin geçersizliği her zaman ileri sürülebileceğinden kesin hüküm niteliği bulunmadığından (TMK. md. 598/3), Türk Milletlerarası Özel Hukuk hükümlerine göre, tanınması mümkün olmadığına (2675 sayılı MÖHUK. md. 42/1); 15.03.1997 tarihinde Tiran'da imzalanan, 17.07.1997 tarihli 4288 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunun 20.10.1997 tarihli 97/10147 sayılı kararı ile onaylanarak yürürlüğe konulan Türkiye ile Arnavutluk Cumhuriyeti arasındaki Hukuki, Ticari ve Cezaî Konularda Adli Yardım Sözleşmesinin 20. maddesinde de "... Hukuki ve ticari konularda nihai mahiyetteki adli kararların karar olarak kabul edildiğine göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, onama harcının temyiz edene yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.12.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ...". Yargıtay 2. HD., 21.12.2004, E. 2004/13533, K. 2004/15443. Noterler Birliği Dergisi, Sayı 126, Mayıs 2005, s. 146.

(82) RUHİ Ahmet Cemal, Nafaka Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 235.

(83) ŞANLI Cemal, "Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde "Tanınması" veya "Delil" Olarak Kullanılması", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 291-307.



si üzerine bu durumda yapılacak şey, Türkiye’de herhangi bir yer sulh hukuk mahkemesine müracaat ederek yeni bir mirasçılık belgesi talep edilebilir. Açılan mirasçılık belgesi davasında hukuki yararın ispat edilmesi yeterlidir. Açılan mirasçılık belgesi davasında, yabancı ülkeden alınan mirasçılık belgesi ve onaylı tercümeleri delil olarak mahkemeye sunulabilir.

## V. Yabancı Ülke Mahkemesinden Alınan Mirasçılık İlamının Tanınması

Hasımlı olarak açılan mirasçılık ilamı davası veya mirasçılık belgesi verilmesi davası görülürken kendisinin mirasçı olduğunu iddia eden kişinin görülmekte olan bu davaya katılması veyahut mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veyahut da mirasçılık belgesi davası görülürken bu davadan haberdar olmayan kişi daha sonra mirasçılık belgesinin iptali için dava açması halinde açılan dava çekişmeli yargıyı ilgilendirir. Bu şekilde alınan kararlar, mirasçılık ilamı olarak nitelendirilir.

İşte bu şekilde alınan yabancı mahkeme kararlarının tanınması mümkün müdür?

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38. maddesinin (b) bendinde yer alan “İlamın Türk münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması” şartı karşımıza çıkar<sup>84</sup>. Dolayısıyla

(84) “... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 42. maddesi hükmüne göre “yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartları taşıdığına mahkemece tespitine” bağlıdır. Tanımda aynı kanunun 38. maddesinin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz. Ancak tanıma kararı verilirken kanunların başka hükümlerinin de göz önünde tutulması gereklidir. “Türkiye’de bulunan Taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır (2675 sayılı Kanun md. 22 ) ve “Türkiye’de bulunan mallar hakkında hüküm verme Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girer” (2675 sayılı Kanun md. 38). Veraset ilamlarının gayrimenkulün tevarüs yolu ile iktisap edildiğinde belirlediği gözetilerek yabancı veraset ilamlarının gayrimenkul mülkiyetini de kapsar biçimde tanınması mümkün olmadığı gibi, mirasçılardan tabiiyeti ve diğer şartları araştırılarak 22.12.1934 günlü 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi hükümlerinin göz önünde tutulmaması da doğru görülmemiştir. ...”. Yargıtay 2. HD., 11.06.1990, E. 1990/12861, K. 1990/5906. SAKMAR Ata/EKŞİ Nuray/YILMAZ İlhan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2001, s. 354–355.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda yabancı mahkeme verilen ilam Türkiye'de tanınmaz<sup>85</sup>. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren ve konumuzla ilgilendiren düzenleme nedir?

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Gayrimenkule müteallik davalar gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunur". Aynı Kanunun 13. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde ise, "Gayrimenkule müteallik dava sebebi ne olursa olsun gayrimenkulün aynına veya gayrimenkul üzerindeki bir hakka veya muvakkat olsa bile anın zilyetliğine veyahut hakkı hapsine mütedair olanlardır". Bu hükme göre gayrimenkulün aynına ilişkin olan yabancı mahkeme ilamının Türkiye'de tanınması mümkün değildir<sup>86</sup>.

Yabancı ülkeden alınan mirasçılık ilamları, terekede Türkiye'de taşınmaz varsa taşınmazın aynına doğrudan doğruya etkili bir tasarruf niteliğindedir. Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin ihtilaflarda Türk mah-

(85) "... 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 42. maddesi hükmüne göre "Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartları taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımda 38. maddesinin (a) ve (b) bentleri uygulanmaz. İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tabidir". Tenfizin koşulları düzenleyen 38. maddesinin (a) bendi tanımda uygulanmayacağına göre: Türkiye ile ilamın verildiği Lübnan arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına dayanan bir anlaşma yahut Lübnan'da Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizine imkân veren bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması şartı da aranmaz. Ancak Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır (2675 sayılı Kanun md. 22/1). Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında hüküm verme Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girer (2675 sayılı Kanunun 38. maddesinin b bendi). Davacı vekili, yabancı veraset ilamının Türkiye'deki (Adalar 204 ada, 2 parsel sayılı) taşınmazın intikalinde uygulanacağını belirterek sözü edilen taşınmaza ait tapu kaydını sunduğuna göre Türkiye'deki bir gayrimenkulün intikalinde uygulanmak üzere yabancı veraset belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olmadığı gibi, yabancı veraset belgesi "hasımsız" alınmış olup, inşai nitelik taşımadığı tespit ettiği konu itibarıyla kesin hüküm teşkil etmediği de (Yargıtay 2. HD., 10.02.1986 tarih 808-1284 sayılı; 11.06.1990 tarih 12861-5906 sayılı ve 10.10.1995 tarih 7452-10151 sayılı kararları) gözetilmeden isteğin reddi yerine kabulü usul ve kanuna aykırıdır. Sonuç: Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen sebeplerle bozulmasına, temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi ...". Yargıtay 2. HD., 13.09.1999, E. 1999/6974, K. 1999/8850. İlam olarak temin edilmiştir.

(86) NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 13. Baskı, NOMER Ergin/ŞANLI Cemal, 13. Baskı, İstanbul 2005, s. 442-443.

kemelerinin münhasır yetkisi bulunduğundan, Türkiye'deki taşınmaza ilişkin mirasçılık belgelerinin yabancı mahkemelerden alınamayacağı sonucuna varılmaktadır<sup>87</sup>. Bundan dolayı tapu sicilinde doğrudan tasarruf yetkisi vermesi nedeniyle çekişmeli yargı yolu ile yabancı mahkemeden alınmış olan bir mirasçılık ilamı taşınmaz tereke bakımından Türkiye'de tanınmaz<sup>88</sup>. Buna karşılık Türkiye'de bulunan taşınır tereke için durum farklıdır. Taşınır tereke üzerinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu değildir. Dolayısıyla taşınır tereke bakımından yabancı mirasçılık ilamının Türkiye'de tanınması mümkündür.

## VI. Mirasçılık Belgesi Alındıktan Sonra Yapılan İşlemler

### A. Vergi Dairesine Veraset ve İntikal Beyannamesi Verilmesi

Mirasçılık belgesi alınması herhangi bir süre ile sınırlandırılmış değildir. Fakat veraset ve intikal vergisi beyannamesi verilmesi süreye tabidir. Bu beyannamenin verilebilmesi içinde mirasçılık belgesine ihtiyaç bulunmaktadır. Uygulamada mirasçılık belgesi alınmadan veraset ve intikal vergisi beyannamesi verilmesi mümkün değildir.

(87) NOMER Ergin, "Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 65, Sayı 10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık, İstanbul 1991, s. 790.

(88) "... İstek, Rodos Mahkemesince verilen mirasçılık belgesinin tanınmasına ilişkindir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 42. maddesi hükmüne göre "yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartları taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımda 38. maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz. İhtilâfsız kararların tanınması da aynı hükme tabidir". Tenfizin şartlarını düzenleyen 38. maddenin (a) bendi tanımda uygulanamayacağına göre, Türkiye ile ilamın verildiği Yunanistan arasında karşılıklık esasına dayanan bir anlaşma yahut Yunanistan'da Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizine inkan veren bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması şartı da aranmaz. Ancak Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır (2675 sayılı Kanun md. 22). Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında hüküm verme Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girer (aynı Kanun md. 38). Bu itibarla Türkiye'deki taşınmaz mallar hakkında yabancı mahkemeden verilen ilamın tanınması isteğinin reddinde bir yanlışlık yoksa da, taşınır mallar açısından isteğin reddi yukarıda gösterilen sebeplerle usul ve kanuna aykırı bulunduğundan hükmün bu açıdan bozulması gerekir. ...", Yargıtay 2. HD., 10.02.1986 gün ve E. 1986/808, K. 1986/1284. YKD., Cilt 12, Sayı 11, Kasım 1986, s. 1612-1623.



08.06.1959 tarih ve 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun<sup>89</sup> 9. maddesinin (b) fıkrasına göre, mirasbırakan ile mirasçılardan Türkiye'de bulunduğu durumlarda ölüm tarihinden itibaren dört ay içinde verilmelidir. Ölüm yabancı bir memlekette vuku bulmuş ise mükelleflerin Türkiye'de bulunması halinde ölüm tarihinden itibaren altı ay içinde, hem mirasbırakan hem de mirasçılar yurt dışında iseler ölüm tarihinden itibaren sekiz ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde usulsüzlük cezası söz konusu olur<sup>90</sup>. Veraset ve İntikal beyannamesinin verilebilmesi için öncelikle mirasçılık belgesine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla mirasçılık belgesi yukarıda belirtilen süreler içinde çıkarılmaktadır.

Veraset ve İntikal Vergisi Beyannamesi (1031 A form) mirasçılar tarafından doldurularak ve imzalanarak mirasbırakanın son yerleşim yeri vergi dairesine verilir. Beyannameye ayrıca, Sulh Hukuk Mahkemesinden alınan mirasçılık belgesi fotokopisi, Nüfus Müdürlüğünden alınan ölüm ve mirasçı bildirimi belgesi, taşınmazlar için tapu senedi fotokopisi, Belediyeden alınan emlak beyannamesi örneğinin tasdikli fotokopisi, motorlu taşıtlar için araç ruhsatnamesi fotokopisi, bankada para bulunuyorsa ilgili bankadan alınan resmi yazının eklenmesi gerekir.

01 Ocak 2006 tarihinden itibaren birinci zümredeki her bir mirasçı için 86.139 Yeni Türk Lirası muafiyet söz konusudur. Mirasbırakanın çocukları bulunmuyor sadece eşi sağ ise, 166.375 Yeni Türk Lirası muafiyet söz ko-

(89) Resmi Gazete 15.06.1959, Sayı 10231.

(90) Yasal süresi içinde beyanname verilmezse vergi dairesi mirasbırakanın mirasçılardan beyana çağrıda bulunur. Mirasçılar yapılan bu çağrıya uyar ve beyanname verilerse bu durumda V.U.K. 352/1. maddesi gereğince her bir mirasçı için 2. derece usulsüzlük cezası kesilir. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla 11,80 YTL'dir. Yasal süre geçtikten sonra beyana çağrıya icabet etmezlerse ilgili vergi dairesi, ilgililerden resmi yazı ile 15 günlük ek süre verir. Mirasçılar bu ek süre içinde beyanname verilerse V.U.K. 352/1. maddesi gereğince her bir mirasçı için ikinci derece usulsüzlük cezası kesilir. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla 11,80 YTL'dir. Mirasçılar, 15 günlük ek süre geçtikten sonra beyanname verilerse V.U.K. 352/1. maddesi gereğince her bir mirasçı için birinci derece usulsüzlük cezası kesilir. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla bu ceza miktarı 23,00 YTL'dir.

nusudur. Muafiyet haricinde kalan miktarlar ise değişen oranda vergiye tabidir<sup>91</sup>. Muafiyet içinde kalması halinde vergi söz konusu olmaz. Beyanname verilirken her beyanname için alınan damga vergisi alınır. Bu beyannamenin damga vergisidir. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla bu miktar 13,100 Yeni Türk Lirasıdır. İlgililerin istemi üzerine, ilgili vergi dairesi tarafından veraset ve intikal vergisi yönünden borcu yoktur yazısı verilir. Mirasçılar bu yazı ve mahkemeden almış oldukları mirasçılık belgesi ile tüm işlemlerini yürütebilirler.

## B. Mirasçılık Belgesine Dayanılarak Yapılan İşlemler

Mirasçılar, mirasçılık belgesi ile birlikte intikal işlemini sağlamak üzere ilgili mercilere başvururlar. Terekede yer alan bir taşınmazın intikali için taşınmazın bulunduğu yer tapu sicil müdürlüğüne<sup>92</sup>, motorlu taşıtların intikali için trafik tescil denetleme bürosuna<sup>93</sup>, bankadaki paraların alınması için ilgili banka şubesine<sup>94</sup> vs. müracaat ederler.

- 
- (91) 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla geçerli olan oranlar şunlardır. 130.000. YTL %1, 280.000 YTL %3, 600.000 YTL % 5, 1.200.000 YTL. %7 ve 2.210.000 YTL den itibaren % 10 oranında vergiye tabidir.
- (92) Tereke ile ilgili olarak taşınmazın bulunduğu yer tapu sicil müdürlüğünde yapılan intikal ve taksim işleri önemi dolayısıyla daha geniş olarak ele alınmıştır.
- (93) Hak sahipleri burada belirtilen belgelerle birlikte aracın tescilli bulunduğu Trafik Tescil Denetleme Bürosuna müracaat edeceklerdir. 1-Mahkemeden alınmış mirasçılık belgesi, 2- Veraset ve intikal yönünden borcu olmadığına dair yazı (bağlı olduğu vergi dairesi müdürlüğünden alınacaktır), 3- Motorlu taşıtlar yönünden bağlı olduğu vergi dairesi müdürlüğünden alınacak borcu olmadığına dair belge, 4- Reşit olmayan küçüklerin sahibi buldukları aracın, tescil kuruluşlarında tescil işlemlerinin yapılabilmesi için kanuni mümessillerince (anne, baba veya vasi tayin edilmiş kişi) noterden tanzim edilmiş, ilerde doğacak hukuki ve cezai sorumlulukları kabul ettiklerine dair tahhütnameyi tescil sırasında vermeleri zorunludur. 5- Veraset ilamında belirtilen varislerin noterden miras taksim sözleşmesi düzenlettirmeleri durumunda bu sözleşmeye istinaden varislerden birinin adına aracın tescilli mümkündür. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Hizmetleri Başkanlığı, Trafik Eğitim ve Araştırma Daire Başkanlığı Trafik Uygulama ve Denetleme Dairesi Başkanlığı, Trafik ve Sürücü Belgesi İşlemleri Uygulama Talimatı, Ankara Mayıs 2004, s. 17.
- (94) Uygulamada ölen kişinin bankada parası varsa ilgili banka şubesinden bir yazı alınmakta, bu resmi yazı veraset ve intikal beyannamesine eklenmektedir. Daha sonra ilgili vergi dairesinden veraset ve intikal dolayısıyla borcu yoktur yazısı alındıktan sonra bu yazı ve mahkemeden alınan mirasçılık belgesinin aslı veya onaylı sureti ile birlikte ilgili banka şubesine müracaat edilmektedir. Bankadaki para vadesiz hesapta ise, mirasçılardan birinin müracaatı halinde o mirasçının hissesine düşen miktar kendisine ödenmektedir. Mirasçılardan birinin müracaatı veya mirasçılardan bir

Tapu Sicil Tüzüğü'nün<sup>95</sup> 21/a maddesine göre, intikal işlemlerinin yapılabilmesi için mirasçılık belgesi ibrazı şarttır. Tapu Sicil Müdürlüğü mirasçılık belgesinin içeriğini tartışamaz. Mirasçılık belgesi veya mirasçılık ilamı ibraz edildiğinde taşınmazlar bakımından taşınmazın bulunduğu yerdeki Tapu Sicil Müdürlüğü gereğini yapmakla yükümlüdürler<sup>96</sup>. Taşınmazın bulunduğu yer Tapu Sicil Müdürlüğü gerekli belgeler tamamlanmış ise müracaat üzerine intikal işlemini yapar<sup>97</sup>.

---

rine diğer mirasçıların noterden vekâletname vermeleri halinde bu mirasçıya paranın tamamı ödenmektedir. Bankadaki para vadeli hesapta ve vade tarihi gelmemiş ise, mirasçılardan birinin müracaatı üzerine herhangi bir ödeme yapılmamakta vadenin dolması beklenmektedir. Mirasçıların tamamının müracaatı halinde veya mirasçılardan birinin diğer mirasçıları temsilen noterden vekâletname getirmesi halinde talepleri doğrultusunda vade çözümlerle mirasçılara ödeme yapılmaktadır.

(95) Resmi Gazete 07 Haziran 1994, Sayı 21953.

(96) "... Tapu Kanununun 35. maddesinde, "Taahhidi mutazammın kanunî hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye'de gayrimenkul mallara temellük ve tevârih edebilirler" hükmü yer almaktadır. Gerek bu hükmün ve gerekse 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri sebebiyle yabancı unsurlu veraset davalarında, hak ehliyetini tespit bakımından, kanunî taahditler ve müteakibliyet (ülkeler arasında karşılıklı işlem) esaslı unsurlardandır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan müzakereler sırasında veraset belgesinin münhasıran bir irs ilişkisi belgesi olduğu, mirasçının yabancı olduğunun belirlenmesi ile yetinilmesi görüşü bazı üyeler tarafından ileri sürülmüş ise de; özellikle taşınmaz mallar bakımından mirasçının mülkiyet hakkını tescilsiz iktisap edeceği (MK. md. 633) kuralının Medeni Kanun tarafından benimsenmiş olması ve Tapu Sicili Nizamnamesinin 19 ve Tapu Kanununun 37. maddesi uyarınca, kendisine Türk mahkemelerinden alınmış veraset belgesi ibraz edilen Tapu Memurunun intikal işlemini ret etmesinin mümkün olmayışı karşısında, bu görüş çoğunlukça kabul edilmemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.02.1993. E. 1992/2-717, K. 1993/39. YKD., Cilt 20, Sayı 8, Ağustos 1994, s. 1227-1232.

(97) Tapu Sicil Müdürlüğüne ibraz edilmesi gereken belgeler şunlardır. Sulh hukuk mahkemesinden alınmış mirasçılık belgesi, Vergi Dairesinden Veraset ve İntikal yönünden borcu yoktur yazısı, Tapuya müracaat edenlerin nüfus cüzdanı ile nüfus cüzdanı fotokopileri, birer fotoğrafları. Belediyeden alınan ve taşınmazların emlak beyan değeri ile ilgili yazısı ve miras yolu ile intikal eden tapu senetleri ile birlikte müracaat etmeleri gerekir. Tapu sicil müdür yardımcısı belgeleri kontrol eder. Belgeler tamam ise, ilgilileri tapu sicil müdürlüğüne yönlendirir. Tapu sicil müdürü başvuru formunu doldurur ve gerekli işlemleri yapmak üzere işlemleri yapacak olan memura havale yapar. Görevli memur öncelikle yatırılacak vergileri hesaplar ve vergi makbuzlarını tanzim eder. 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla taşınmazların emlak değeri üzerinden binde 9 harç oranında harç ve 37 YTL döner sermaye bedelinin Ziraat Bankasına yatırılmasını temin eder. Vergiler yatırıldıktan sonra intikal işlemlerini yapar. Müdür huzurunda imzalar alınır. Sonra yevmiye defterine kayıt edilir. Daha sonra tapu kütüğüne kayıt edilir. Tapu senedi tanzim edilerek verilir.



Tapu Sicil Müdürlüğüne mirasçılık belgesi ile birlikte tüm mirasçıların müracaat etmesi durumunda tapuda yapılan intikal müşterek mülkiyet şeklinde olurken, mirasçılardan her hangi birinin veya birkaçının yani tüm mirasçıların hazır bulunmadığı veya tüm mirasçıların bu konuda açık yetki verilmiş vekâletname ile temsil edilmediği durumlarda ise, tapu sicil müdürlüğü tarafından yapılacak olan intikal iştirak halinde mülkiyet şeklinde olacaktır<sup>98</sup>. İştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüştürülmesi mahkeme kararı ile de mümkündür (TMK. md. 644)<sup>99</sup>.

## VII. Sonuç

\*Bu çalışma uygulamacı kişilerle bizzat görüşülerek hazırlanmıştır. Bu çerçevede sağlık ocağı, mezarlık müdürlüğü, sulh hukuk mahkemesi hâkimi, yazı işleri görevlileri ve yazı işleri müdürü, tapu sicil müdürlüğü, vergi daire-

(98) "... Veraset belgesinde her bir mirasçının hissesi ayrı olarak gösterilir. Mirasçıların miras haklarının bu şekilde gösterilmesine rağmen, bunların tereke malları üzerindeki hakları, iştirak halinde bir hak sahipliğidir ve bu durum mirasın taksimine kadar devam eder. Bu sebeple, veraset belgesi ibraz olunarak, terekedeki taşınmazın tapuya tescilinin istenmesi halinde, bu tescil iştirak halinde mülkiyet şeklinde yapılması gerekir. ...". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.01.1953, E. 1953/1, K. 1953/44, Son İçtihatlar Dergisi, Sayı 77, s. 2048.

(99) "... Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesini mirasçılar isteyebilirler (TMK. md. 644). Bir kimsenin mirasçı olup olmadığı da mirasçılık belgesi ile belirlenir. Mirasçılık belgesinde gösterilen miras payları ile (bu oranlar dâhilinde) paylı mülkiyet oluşturulur. Muris F.'nin mirasçılarını ve miras paylarını gösteren mirasçılık belgesi dosyaya konulmamış, mahkemece de davacılarından murise ait mirasçılık belgesi istenmemiştir. Yapılacak iş, davacılar vekilinden muris F.'ye ait mirasçılık belgesini istemek ve bu belgelerde gösterilen oranlar dahilinde hüküm kurmaktan ibarettir. Bu yön gözetilmeden, eksik tahkikatla ve tarafların payları gösterilmeyerek, infazda durak-sama yaratacak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ...". Yargıtay 2. HD., 11.10.2005, E. 2005/11440, K. 2005/13913. KAÇAK Nazif, Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyesi. Ankara 2006, s. 693.

si veraset ve intikal bürosu, milli emlak müdürlüğü, trafik tescil denetleme bürosu, bir banka ve Yargıtay ilgili dairesinden yetkililerle bizzat görüşmeler yapılmıştır. Yapılan çalışma ile bu konuda problemle karşılaşan kişilerin problemlerine çözüm bulmak amaçlanmıştır. Bu çalışmada sadece teorik bilgiler değil uygulamanın kendisini imkânlar ölçüsünde anlatılmaya çalışılmıştır.

\*Mirasçılık belgesi; mirasçıya talebi üzerine sulh hukuk mahkemesince verilen, mirasçının mirasçılık sıfatını ispat etmesine yarayan ve mirasçıların miras paylarını gösteren ve bu sıfatla tereke üzerinde tasarrufta bulunmasına yarayan bir belgedir. Mirasçılık belgesinin hangi makam tarafından verilmesinin uygun olacağı konusuna gelince kanaatim şu şekildedir.

Mahallinde yapılan araştırmada yapılan kanun değişiklikleri çerçevesinde sulh hukuk mahkemesinin işlerinin azaldığı, dolayısıyla mirasçılık belgesini kısa zaman içerisinde verdikleri, 01 Ocak 2006 tarihi itibarıyla az bir masrafla 22,5 Yeni Türk Lirası masraf ile mirasçılık belgesinin alındığı, çekişmesiz yargı şeklinde görülen mirasçılık belgesi ile ilgili bazı davalarda hukuki problemler ile karşılaşıldığı bunun ise ancak bir yargılama neticesinde tespit edileceğinden dolayı mirasçılık belgesi davasının sulh hukuk mahkemesinde kalmasının uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Şayet mirasçılık belgesi sulh hukuk mahkemesinden alınacaksa, Nüfus Kanununda yapılacak değişiklik ile bu durumda mirasçılık belgesi verilmesi işinin nüfus müdürlüklerine verilmesi, nüfus müdürlüğünde stajını tamamlamış ve o konuda özel eğitim görmüş hukukçu kişilerin istihdam edilmesi ve bu kişiler vasıtasıyla mahallinde mirasçılık belgesi verilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Bu husus işleri çabuklaştıracak ve daha masrafsız hale getirecektir.

\*2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır".

Buna göre yabancı ülkeden alınan bir mirasçılık belgesinin Türkiye'de tanınabilmesi için öncelikle yabancı mahkemelerden verilmiş bir karar olmalıdır. Verilen karar yabancı bir mahkeme tarafından verilmemiş ise, Türkiye'de tanınmaz. Örneğin nüfus müdürlüğü veya noterlik tarafından verilen mirasçılık belgesinin bir mahkeme kararı olmaması dolayısıyla tanınması talebi reddedilmektedir. Yabancı mahkemeden verilen karar verildiği ülke hukuk sistemine göre kesin hüküm teşkil etmelidir. Mirasçılık belgesi aksi ispat edilinceye kadar geçerli olup, kesin hüküm teşkil etmediğinden Türkiye'de tanınmasına karar verilemez.

\*2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38. maddesinin (b) bendinde yer alan "İlamın Türk münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması" şartı karşımıza çıkar. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda yabancı mahkemece verilen ilam Türkiye'de tanınmaz. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk mahkemeleri münhasır olarak yetkilidir.

Çekişmeli yargı yolu ile yabancı mahkemeden alınmış olan bir mirasçılık ilamı taşınmaz tereke bakımından Türkiye'de tanınmaz. Yargıtay'a göre, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında ancak Türk mahkemeleri karar verebilir. Buna karşılık Türkiye'de bulunan taşınır tereke için durum farklıdır. Taşınır tereke üzerinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu



değildir. Dolayısıyla taşınır tereke bakımından yabancı mirasçılık ilamının Türkiye'de tanınması mümkündür.

—oOo—

## ADİL YARGILAMA HAKKI (AIHS<sup>1</sup> IŞIĞINDA)

**Celal ARAS (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: Giriş, 1- Mahkemelerin Bağımsız ve Tarafsız Olması, 2- Mahkemenin Kanunla Kurulmuş Olması, 3- Yargılamanın "Makul Süre"de yapılması, 4- Alenilik İlkesi, 5- Hakkaniyete Uygun Bir Yargılama ve Hüküm, 6- Şüpheli veya Sanığın Yasal Haklarının Gözetilmesi, I- Yasama Organı Olarak Yapılması Gerekenler, Yargı, II- Yürütme Organı Olarak Yapılması Gerekenler, III- Yargı Organları ve Yargı Mensupları Olarak Yapılması Gerekenler, Sonuç.*

### GİRİŞ

Büyük önder Atatürk'ün "Adalet mülkün temelidir." tümcesi sorumluluk bilincindeki her Hukukçunun rehberi olmuştur. Devlet olmanın temel koşulu olan Adalet herkesin haklarına riayet edilmesini ve yasalar önünde eşit sayılmasını gerektirir. İnsan onurunu ve vicdanını adaletsizlik kadar inciten, rahatsız eden, başka bir şey daha yoktur. Parmağımıza haksız yere diken batarsa "Adalet !" diye bağırmanın ondandır. Hak ve adalet herkese ve her zaman lazımdır. Hak ve adaleti gözetmeyen toplumların tarih sürecinde uzun süre ayakta kalmaları olanaklı olmamıştır. Hukukun olmadığı yerde kaos ve kargaşa hüküm sürüyor demektir.

(\*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Üyesi

(1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

I.ve II. Dünya savaşlarında yaşanan ağır tahribat, zulüm, işkence, açlık, kıtlık ve sefalet dünya kamuoyunu bundan sonra artık bu tür insanlık dışı savaşlara ve hukuksuzluğa karşı çare aramaya yöneltmiştir. Bu arayışlar sonunda 10 Aralık 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda "**İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**" kabul edilmiştir.

Bildiride insanlık ailesinin tüm üyelerinin vazgeçilemez, devredilemez, temel haklara sahip olduğu, insan haklarının hukuken güvence altına alınmasının zorunluluğu vurgulanmıştır. Ancak bildiride yer verilen temel hak ve özgürlüklere uymakla yükümlü olan taraf ülkelerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde her hangi bir yaptırım uygulama gücü olmadığı için bildiride yer alan tüm özgürlükleri ve hakları koruyacak bir düzen o tarihlerde ne yazık ki kurulamamıştır.

II. Dünya savaşı sonrasında Avrupa'nın içine düştüğü öncekinden daha ağır ekonomik ve sosyal buhran Avrupa ülkelerinin insanlığa karşı işlenen suçlarda bir ortak güç oluşturma fikrine ve en azından müşterek olan ilkele-ri koruma ve geliştirme düşüncesine itmiştir. Ekonomik yönden kalkınmayı sağlamak; toplumsal yönden de insan hak ve özgürlüklerini tesis etmek amacıyla 1949 yılında "**Avrupa Konseyi**" kurulmuştur.

Avrupa Konseyi "**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini**" (AİHS.) hazırlamış ve üye on devletin Roma'da imzalaması neticesinde 3 Eylül 1953 te yürürlüğe konulmuştur. AİHS. Türkiye tarafından da 18.5.1954 yılında onaylanarak bir iç hukuk kuralı niteliğini kazanmıştır.

3.10.2001 gün ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonunda anayasasının 36/1 maddesinde bir anayasa kuralı; ve 5275 sayılı yeni CMK ile de bir usul kuralı olarak yerini almış bulunmaktadır.

Avrupa uyum yasaları çerçevesinde Anayasamızın 90. maddesinde 22.5.2004 tarihinde 5187 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonunda da usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar ile kanunların farklı hü-



kümler içermesi halinde anlaşma hükümlerinin esas alınacağı açıkça kabul edilmiş ve böylece anlaşma hükümlerinin yasalardan daha üstün olduğu vurgulanmıştır.

AIHS bağlayıcı bir sözleşmedir. İnsan Hakları Evrensel bildirisini imzalayan devletler ona uymakla yükümlü oldukları halde uymadıklarında herhangi bir yaptırım uygulama olanağı yok iken, AIHS.ni imzalayan devletler hem AIHS kurallarını iç hukuklarında uygulamakla yükümlüdürler, hem de sözleşmeye uymadıkları taktirde Avrupa insan hakları mahkemesinin yaptırım uygulamasına maruz kalmaktadırlar. Hiçbir devlet, kendi Anayasa'sının buna olanak vermediğini ileri sürerek AIHS ne uymak ve uygulamaktan geri duramaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "adil yargılama" ile ilgili maddeleri aşağıdaki hususları düzenlemektedir.

**AIHS'nin En önemli ilkesi "*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması*" dır.**

Sözleşmenin:

- 2.maddesinde; yaşama hakkı,
- 3.maddesinde; işkence yasağı,
- 4.maddesinde; kölelik ve zorla çalıştırma yasağı,
- 5.maddesinde; özgürlük ve güvenlik hakkı,
- 6.maddesinde; adil yargılanma hakkı.
- 7.maddesinde; cezaların yasallığı,
- 8.maddesinde; özel hayatın ve aile hayatına konması;
- 9.maddesinde; düşünce, din ve vicdan özgürlüğü,

- 10.maddesinde; ifade özgürlüğü,  
11.maddesinde; dernek kurma ve toplantı özgürlüğü,  
13.maddesinde; etkili başvuru hakkı,  
14.maddede; ayrımcılık yasağı,  
18.maddesinde; hakların kısıtlanmasının sınırları düzenlenmiştir.

**(AİHS) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde:**

I-“Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yükletilen suçlamalar karşısında, karar verecek olan yasa ile kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir, ancak...”

II-Bir suç ile itham edilen herkes suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

III-Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir.

a-Kendisine yükletilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına;

b- Savunmasını hazırlamak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanma (avukat tutmak için mali olanaktan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa para ödemeksizin bir avukatın yardımından yararlanma) hakkına;

c- İddia tanıkları'nı sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkına;

d- Yargılamada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından yararlanma hakkına” sahiptir.

Hükmüne yer vermiştir.

1982 tarihli T.C. Anayasası 2.maddesinde: "**Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta (başlangıç metninde) belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir.**" hükmüne yer verdikten sonra;

AIHS nin en temel ilkesi olan "**insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması**" ile ilgili olarak da;

**17.maddede**; yaşama hakkı ile işkence ve haysiyet kırıcı davranışta bulunma yasağına,

**18/1.maddede**; kölelik ve angarya yasağına,

**19/1.maddede**; kişi özgürlüğü ve güvenliğine,

**20.maddede**; özel hayatın gizliliği ilkesine,

**21.maddede**; konut dokunulmazlığı ilkesine,

**22.maddede**; haberleşme hürriyetine,

**24.maddede**; din ve vicdan hürriyetine,

**25.maddede**; düşünce hürriyetine,

**36.maddede**; (3.10.2001 gün ve 4709 SK ile değ.) yargı mercileri önünde iddia, savunma ve adil yargılanma hakkına,

**38/1-3.maddede**; suç ve cezaların kanuniliği ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine,

**90. maddede** (22.5.2004 gün ve 5187 SK. ile değ.) usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar ile kanunların farklı hükümler içermesi halinde anlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmüne,

yer vermiştir.



Adil yargılanma hakkı artık medeni ÷lkeler ve özellikle de batı hukuk sisteminde Hukuk devleti olmanın bir işareti ve bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunmasının da bir güvencesi olarak anayasalarla teminat altına alınan kişi haklarının başında yer almaktadır. Bu ilke ayrıca medeni ve siyasi haklar sözleşmesinin de 14/1 maddesiyle de teminat altına alınmıştır.

Türkiye 28.Ocak.1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bireysel yargılama yetkisini de kabul ettiğinden adil yargılama kuralına riayet-sizlik halinde açılacak davalarla Devletimizin büyük tutarlara varan tazminat ödemeye mahkûm edilmekten kurtarılması amacıyla "adil yargılanma hakkı" üzerinde önemle durulması gereken konuların başında yer almaktadır.

Adil yargılanma hakkı madde başlıkları ile kısaca şöyle özetlenebilir;

### **1- MAHKEMELERİN BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ OLMASI:**

Mahkemelerin bağımsız olması herhangi bir kişi makam veya organdan emir almamasını, yasama ve özellikle yürütmenin etkisi dışında kalabilmesini ifade eder.

Mahkemenin tarafsızlığı ise hem mahkeme üyesi olan yargıcın birey sıfatıyla davanın taraflarına karşı eşit mesafede olmasını gerektirir.(ki buna sübjektif tarafsızlık denir.) Hem de bir makam olarak bizzat mahkemenin de tarafsız bir görünüşe sahip olması taraflar üzerinde makul sayılabilecek bir şüphe uyandırmaması anlamına gelir .( buna da objektif tarafsızlık denir.)

### **2- MAHKEMENİN KANUNLA KURULMUŞ OLMASI:**

Yani davaya bakacak olan mahkemenin dava konusu olay ya da uyuşmazlık ortaya çıkmazdan önce kanunla (idari kararlarla değil) kurulmuş ve yetki ve yargılama usulünün de gene önceden belirlenmiş olması demektir.

### **3-YARGILAMANIN “MAKUL SÜRE” DE YAPILMASI:**

“*Gecikmiş adalet adaletsizliktir.*” sözünden hareketle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi zorunludur.(istisnalar hariç) . Makul süre'nin ne olduğu yasalarda belirtilmiş değildir. Her olayın kendine özgü özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Önemli olan husus yargılamanın makul sürede bitirilememiş olmasının bu iddiada bulunan kişinin kusurundan kaynaklanmamış olmasıdır. Gecikme, (iddiada bulunanın değil de) kamu makamlarının kusurundan kaynaklanmışsa Devletin tazminat sorumluluğu doğmaktadır.

Ceza davalarında, “yargılama süresi”nin tespitinde süre, kişinin hakkındaki iddiayı (suçla ilgili kovuşturmayı) öğrendiği günden başlar ve istinaf veya temyiz sonucu davanın kesin hükümlerle sonuçlanmasıyla nihayet bulur.

Hukuk davalarında ise süre dava dilekçesinin yargılama makamlarına verilmesiyle (hâkim havalesiyle) başlar, istinaf veya temyiz sonucu hükmün kesinleşmesi ile son bulur.

İç hukuktaki düzenleme gereğince dava açılmazdan önce bir idari makama başvurulması gereken hallerde süre bu makamlara başvuru tarihinden başlar.

### **4- ALENİLİK İLKESİ:**

Alenilik ilkesi Tarafların mahkeme önünde ve herkese açık olan duruşmada dinlenilmelerini ve isteyen kimselerin de duruşmaya katılıp yargılamayı izleyebilmelerini ifade eder. Aleniyetin bir unsuru da hükmün mutlaka açık olarak verilmesi gerekliliğidir.

Kovuşturma safhasında “**açıklık ilkesi**” esas olmasına rağmen, soruşturma safhasında daha ziyade “**gizlilik ilkesi**” esas tutulmuştur. Bunun sebebi de hazırlık aşamasında delillerin karartılmasını ve sanığın lekelenmesini önlemektir.

Alenilik ilkesi aynı zamanda tarafların dosyadaki mevcut bilgileri incelemelerini ve gerektiğinde belgelerden örnek alma hakkını da içermektedir. AİHS ne paralel olarak Aleniyet ilkesi 5271 sayılı CMK.nın 182/1 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alenilik ilkesinin istisnaları ise 182/2, 184/1, 185/1, 186/1, 187. maddelerde gösterilmiştir. Ancak duruşmanın kapalı yapılması hususundaki karar ile hüküm fıkrasının, mutlaka açık duruşmada verilip açıklanması zorunludur. (Md.182/3)

### **5- HAKKANİYETE UYGUN BİR YARGILAMA VE HÜKÜM:**

a- Silahların denkliliği (tarafların eşit muamelelere tabi tutulması) ilkesi gereğince Taraflar mahkeme önünde haklar yönünden eşit olmalıdır. Taraflardan birinin ileri sürdüğü delillerin toplanmaması veya getirdiği tanığın dinlenmemesi ya da sanığa karşı ileri sürülen iddiaya karşılık vermesinin engellenmesi bu kuralın ihlali niteliğini taşır.

b- Taraflarca mahkemeye sunulan delillerin önyargısız değerlendirilmesi; Bu konuya daha önce "mahkemenin tarafsızlığı" başlığı altında değinildiği için burada tekrardan kaçınılmıştır.

c- Mahkemenin her türlü kararlarının(arar kararları da dahil) mutlaka gerekçeli olmasını gerektirir. Mahkeme kararlarının mutlaka gerekçeli olması yasa kuralıdır.

Gerekçe; delillerle sonuç arasındaki bağıdır, yani hâkimin takdir hakkının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun olarak değerlendirilmesi ve açıklanmasıdır. Mahkeme kararları olaya ışık tutması ve karara muhatap olan kişilerde hiçbir tereddüt ve duraksamaya yer vermemesi bakımından açık ve tatmin edici olmalıdır.

**Bir mahkeme kararında bulunması gereken unsurlar şunlardır.**

- **Sorun:** Maddi olayın açıklanmasını içeren kısımdır.
- **Gerekçe:** Elde edilen deliller ile sonuç arasında kurulan hukuki bağı



ifade eder. Suçun hukuki nitelendirilmesidir. Hakimin taktir hakkının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun olarak açıklanmasıdır.

• **Sonuç:** Verilen kararın, uygulanan yasa maddesinin ne olduğunun ve başvurulacak kanun yolu, süresi ve merciinin gösterilmesinden ibarettir.

### **Bu açıklamalar sonucunda mahkeme kararlarının gerekçesinin :**

Anayasanın 141, 5271 sayılı CMK.nın 34/1, 223, 230. ve 232. maddeleri gereğince öncelikle davanın taraflarını, iddia ve savunma makamlarını, ve daha sonra da kamuyu ikna edecek ve güven telkin edecek şekilde açık, istinaf ve temyiz denetimini olanaklı kılacak biçimde gerekçeli yazılması, gerekçelerde tutarlılık denetiminin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi açısından kararın dayandığı bütün verilerin ve bu verilerin tartışılması neticesinde mahkemenin ulaştığı sonuçların, reddedilen ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği kabul edilen delillerin açıkça gösterilmesi; iddia savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmenin gerekçeye yansıtılması, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ile bunun yasal nitelendirilmesi, uygulanan yasa maddeleri, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimini ve başvurulacak kanun yolu ile süresini ve merciini ihtiva etmesi gerekmektedir.

Gerekçeden yoksun bir hüküm yargı yolu muhakemesinde öncelikle gerekçesizlikten bozulmaya mahkûmdur.

### **Hüküm:**

5271 sayılı CMK.nın 225/1. maddesinde “Hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen fiil ve fail hakkında verilir” hükmü yer almaktadır. Bunun anlamı mahkemenin iddianamedeki sevk maddeleriyle bağlı olmadığıdır. Mahkeme ancak fiile ilişkin anlatımla bağlıdır ve kuracağı hüküm de bu anlatımla sınırlı kalmak zorundadır.

### **6- SÜPHELİ VEYA SANIĞIN YASAL HAKLARININ GÖZETİLMESİ:**

**a- Masuniyet karinesi;** Bir suçla itham edilen kişi suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masumdur (AlHS md. 6/2; 2709 Sayılı Anayasa Md. 38/4). Sa-

nık, masum olduğunu ve hakkındaki iddiaların aksini ispat etmek zorunda değildir. Tam aksine iddia makamı sanığın suçluluğunu ispat edecektir. Bu bir anayasa hükmüdür. İddianın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanamaması halinde ise "masuniyet karinesi" gereğince sanığın "beraati'ne" karar verilmesi gerekecektir.

#### **b- Sanığın hakkındaki suçlamadan haberdar edilmesi;**

Sanık hakkındaki iddiadan en kısa süre içinde haberdar edilmelidir. Bu süre kovuşturmaya başlandığı tarih veya en geç hakim önüne çıkarıldığı andır. 5271 sayılı CMK. 176/4. maddesine göre en az duruşma gününden bir hafta (7 gün) önce iddianamenin sanığa tebliği gerekmektedir.

#### **c- Şüpheli veya sanığın savunmasını hazırlaması için yeterli süre verilmesi.**

Olayın özelliği göz önünde tutularak sanığa savunmasını hazırlamasına yetecek kadar süre verilmesi zorunludur. Savunma hakkı 2709 sayılı Anayasamızın 36/1. maddesinde hüküm altına alınmıştır. 5271 sayılı CMK'nın genel sistematığına göre artık davanın tek celsede bitirilmesi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeyi ihlale yönelik olmadıkça ya da sanığın (veya müdafinin) bu hakkı açıkça kötüye kullandığına dair makul şüphe olmadıkça sanığa bu hakkın tanınması gerekmektedir.

Şüpheli ve sanık suçlamalar karşısında savunmasını kendisi yapabileceği gibi tutacağı müdafii ile de yaptırabilecektir. Eğer avukat tutmak için maddi olanakları yetersizse ve bir müdafinin yardımından faydalanmak istediğini bildirmişse kendisine baro tarafından bir avukat görevlendirilecektir. (5271 sayılı CMK.147/1-c,150/1)

Şüpheli veya sanık 18 yaşını doldurmamışsa veya sağır dilsiz ya da kendisini savunamayacak derecede malül ise veya üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçla yargılanmakta ise talebi aranmaksızın kendisine bir müdafii görevlendirilecektir. (5271 sayılı CMK.150/2)

**d- Sanığın tanıklarının çağırılması ve delillerin toplanmasını isteme hakkı:**

ALHS. nin 6/3-d maddesi ve 5271 sayılı CMK 177/1, 178/1, 179/1 maddeleri gereğince sanık, iddia tanıklarını sorguya çekmek ve çektirmek, kendi tanıklarının da aynı şartlar altında mahkemece çağırılmasını ve dinlenmesini istemek hakkına sahiptir. Mahkemenin bu konudaki talebin reddine dair vereceği kararlar mutlaka gerekçeli olmalıdır.

Sanık savunma delillerinin toplanmasını isteme hakkına da sahiptir. (CMK.177/1)

**e- Sanığın tercüman yardımından ücretsiz yararlanma hakkı.**

ALHS nin 6/3-e maddesinde mahkemede kullanılan dili anlamadığını veya konuşamadığını ifade eden sanığa ücretsiz tercüman isteme hakkı tanınmıştır. Sağır ve dilsizler de bu haktan yararlanabilecektir. Bu takdirde yapılan giderler devletçe karşılanacaktır. Yani bu yargılama giderleri devlete yüklenecektir.

**HIZLI, ETKİN VE ADİL BİR YARGILAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR, YARGININ GENEL SORUNLARI VE ÇÖZÜM**

Bugün yargının içinde bulunduğu sorun sadece yargının değil devletin topyekün sorunudur. Yargının bu büyük sorununun altından tek başına kalkması beklenmemelidir, beklenemez de. Devlet olarak tüm kurumları ile ve elbirliğiyle herkes üzerine düşeni yapmadıkça bu sorunun altından kalkılması olanaklı değildir.

O halde Adaleti layık olduğu yere oturtmak, hukuku üstün kılmak, adaleti sağlamak için yapılması gerekenler nelerdir? diye sorulduğunda; hemen ilk planda yapılması gerekenleri şu şekilde sıralamak yanlış olmayacaktır. (Bu salt bizim düşüncemiz olmayıp aynı zamanda Türkiye'nin altına imza koyarak bir iç hukuk kuralı olarak benimsediği ALHS nin de önerdiği tedbirlerdir.)



## **I- YASAMA ORGANI OLARAK YAPILMASI GEREKENLER**

### **1-Yargı bağımsızlığı :**

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Aralık 1985 tarihinde onayladığı ve Genel Kurulunu, bütün üye devletleri milli mevzuatlarında ve uygulamada bu kurallara uymaya davet ettiği "**Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri**"<sup>2</sup> nin tam metni konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla aynen aşağıya alınmıştır.

### **Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri:**

Birleşmiş Milletler Şartının, adaletin ancak insan hakları ve temel hürriyetlerin ayırım gözetmeden uygulanmasının teşvik edilmesi maksadı ile işbirliği yapılarak muhafaza edilebileceği görüşünü teyit ettiği göz önüne alınarak,

İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde, özellikle kanun önünde eşitlik, masumluk karinesi ve kişinin kanunla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede kamuya açık olarak adil bir şekilde yargılanma hakkına yer verildiğini tespit ederek,

Yargının her ülkede bu ilkelere uygun olarak teşkilatlanması ve bunların tam olarak gerçekleştirilmesi için bütün çabaların gösterilmesi gerektiğine inanarak,

Yargı görevinin ifasını düzenleyen kuralların, hâkimlerin bu ilkelere uygun davranmasını sağlama amacına yönelik olması gerektiğine işaret ederek,

Hâkimlerin, vatandaşların hayatı, hürriyeti, hak ve görevleri ve malları hakkında nihai karar verme görevi ile yükümlü oldukları düşünülerek,

---

(2) T.C.Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayınları/...

Birleşmiş Milletler 6.Suç Sorunları Kongresinin 16 sayılı kararında, Suç Sorunları Komitesini, hâkim ve savcılarının bağımsızlığı, seçimi, mesleki eğitimi ve statüleri konusunda rehber kurallar hazırlamaya davet ettiğini not ederek,

İlk önce hâkimlerin yargı sistemindeki rolleri, seçimleri ve eğitimi konularına önem verilmesi gerektiğini düşünerek,

Üye devletlere yardımcı olmak amacıyla aşağıdaki temel ilkeleri kabul etmiştir.

Bu ilkeler özellikle profesyonel hâkimler düşünülerek hazırlanmıştır. Ancak elverdikleri ölçüde meslekten olmayan hâkimler hakkında da uygulanabilir.

### **Temel İlkeler**

Yargı bağımsızlığı ülkenin anayasası ve kanunlarında yer verilmek suretiyle devlet tarafından teminat altına alınacaktır. **Yargı bağımsızlığına riayet ve onu gözetmek** bütün resmi ve diğer kurumların görevidir.

Yargı, önündeki işler hakkında tarafsız, olayın özelliklerine ve hukuka uygun olarak hiçbir kısıtlamaya, etki, baskı, tehdit ve her ne sebeple olursa olsun hiçbir taraftan müdahale'ye maruz kalmadan karar verecektir.

Yargı, adli nitelikteki bütün konular hakkında yargı yetkisine ve karar verilmek üzere kendisine sunulan bir davanın kanun çerçevesinde kendi yetkisine girip girmediği konusunda münhasır karar verme yetkisine sahip olacaktır.

Davaya yetkisiz ve uygunsuz olarak müdahale edilmeyecek ve adli kararlar yeniden gözden geçirilmeyecektir. Bu ilke yetkili makamların kanunlara uygun olarak kararın gözden geçirilmesi için kanun yollarına başvurabilme hakkını etkilemez.

Herkes yerleşmiş muhakeme usulü kurallarını uygulayan düzenli mahkemelere başvurma hakkına sahiptir. Düzenli mahkemelerin yargı yetkisine giren konularda bu yetki bertaraf edilerek başka mahkeme kurulmayacaktır.

Yargı bağımsızlığı ilkesi yargılamanın adil bir şekilde yapılmasının ve tarafların haklarına riayet edilmesini gerektirir.

Yargı'nın görevini amacına uygun bir şekilde yapabilmesi için uygun kaynakların sağlanması, her üye Devletin görevidir.

#### Hâkimlerin İfade Ve Dernek Kurma Hürriyeti

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine uygun olarak, Hâkimler de diğer vatandaşlar gibi, düşünce ve ifade hürriyeti ve toplanma ve dernek kurma hürriyetine sahiptir. Ancak, bu hakların kullanılmasında hâkimler daima görevlerinin fazilet ve tarafsızlığını ve yargı bağımsızlığını muhafaza edecek şekilde davranmak zorundadır.

Hâkimler, menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak amacı ile serbest bir şekilde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahip olacaktır.

#### Hâkimlerin Yeterlik, Seçim Ve Eğitim

Hâkimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hâkimlerin seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak, ancak hakim adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.

#### Hâkimlerin Görev Şartları ve Süresi

Hâkimlerin görev süreleri, bağımsızlıkları, güvenlikleri, aylıkları, görev şartları, emeklilik yaşı ve aylıkları, amacına uygun bir şekilde kanunla teminat altına alınacaktır.



Yargı, kamuya kapalı olarak görülen davalar ve bu sırada edinilen gizli bilgiler bakımından Seçilmiş veya atanmış olsun hâkimleri zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerinin dolmasına kadar görevde kalmaları teminat altına alınacaktır.

Hâkimlik sıfatının kazanılması, objektif esaslara, özellikle kişilik, yetenek ve tecrübeye dayanmalıdır.

Bir mahkeme içinde bakacakları davalar açısından hâkimler arasındaki iş bölümü yargının kendi iç işidir.

### Meslek Sırrı ve Teminat

Hâkimler meslek sırrı ile bağlı kalacak ve bunları açıklamaya zorlanmayacaktır.

Milli hukuk uyarınca, disiplin soruşturması, kanun yoluna başvurma veya Devletten tazminat talep etme hakkı saklı kalmak üzere, hâkimler hakkında görevlerini ifa sırasında almış oldukları yanlış kararlar dolayısıyla maddi tazminat davası açılmamalıdır.

### Disiplin Soruşturması. Görevi Durdurma Ve Göreve Son Verme

Bir hâkim hakkında adli veya mesleki yeteneği konusunda yapılan herhangi bir itham veya şikâyet, uygun bir yöntemle, süratle ve adil bir şekilde çözümlenecektir. Hâkim kendisini savunma hakkına sahip olacaktır. Olayın incelenmesi, hâkim tarafından aksi talep edilmedikçe başlangıçta gizli tutulacaktır.

Hâkimler ancak ehliyetsizlik veya kendilerini görevlerini yapmaktan alıkoynabilecek davranışları sebebiyle geçici veya sürekli olarak görevden alınabilir.

Geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin işlemler, kökleşmiş yargı ilkeleri çerçevesinde yapılacaktır.

Disiplin işlemleri veya geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin kararlar hakkında, bağımsız yargı organlarında kanun yoluna başvurulabilir. Bu ilke, yüksek mahkemelerin kararları, yasama organının yüce divana sevk ve benzeri kararları hakkında uygulanmaz.

2709 sayılı 1982 anayasamızın Yargı bağımsızlığı ile ilgili 138 ve 139. maddeleri hükümleri ise şöyledir.

## **YARGI**

### **A-Mahkemelerin bağımsızlığı**

**MADDE 138.** *Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*

*Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*

*Görölmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.*

*Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değıştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*

### **B-Hâkimlik ve savcılık teminatı**

**MADDE 139 –** *Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istenmedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğör özlük haklarından yoksun kılınamaz.*

*Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğı kesin olarak anlaşılan veya*

*meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.*

Hukuk Devleti olmanın ön koşulu yargı bağımsızlığıdır. Yargı bağımsızlığı aynı zamanda adil yargılamanın da temel garantisidir. Yargının bağımsız olması Hâkimin bağımsız olmasını ve hâkimlik teminatını gerektirir. Bu da Hâkimin doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir organ, kişi ve kurumdan emir almamasını, bu kişi organ ve kurumlardan gelebilecek her türlü baskı, tehdit, telkin, teşvik ve yönlendirmelerden tecrit edilmiş olmasını ve tamamen hukuka ve vicdani kanaatine göre karar verebileceği bağımsız bir ortamın sağlanmasını gerektirir.

**Bu bağlamda yasama organınca, yargı bağımsızlığı'nın sağlanmasına yönelik olarak:**

a- Bugün Anayasanın 159.maddesine göre mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulması öngörülen, Hakim ve Savcıların özlük hakları, tayin, terfi ve nakil işlemlerinde nihai söz sahibi olan ve kararlarına karşı (Anayasanın 125/1 maddesi hükmüne açık aykırılık oluşturmasına rağmen) yargı yoluna başvurulamayan "**Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu**" yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatını sağlamak bir yana, tam tersine bu ilkeleri zedeleyecek bir yapısal oluşuma sahiptir. Çünkü Hâkimler Savcılar Kurulunu oluşturan yedi üyeden biri Adalet Bakanı, diğeri Adalet Bakanlığı Müsteşarıdır. Bu kişiler idarenin temsilcisi durumunda ve tamamen siyasi bir yapı içindedirler. Yani tarafsız değillerdir. Bu nedenle bu durum bir an önce düzeltilerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun tamamen birinci sınıfa ayrılmış yüksek Yargıçlar arasından ve gene birinci sınıf hâkimler tarafından kendi usul kurallarına göre seçilmelerini sağlayacak yasal düzenleme yapılmalıdır.

b- Halihazırda Adalet Bakanlığı bünyesinde yer alan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu sekreteryası'nın Bakanlıkla ilişkisi kesilerek tamamen bu Yüksek Kurul ile irtibatlandırılması sağlanmalıdır.



c- Bugünkü uygulamada Adalet Bakanlığı tarafından yapılmakta olan “ÖSS sınavlarında (yazılı’da) başarı gösteren Hakim-Savcı adaylarının” sözlü sınavlarının (mülakat) ve mesleğe kabullerinin mutlaka Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılıp karara bağlanması kaçınılmaz bir zorunluluktur.

d- Hakimler ve Savcılar hakkında görev yönünden denetleme ve soruşturma yetkisine sahip olan ve Hakimler Savcılar Kanununun 99.maddesi gereğince doğrudan *Adalet Bakanına* bağlı olan “**Teftiş Kurulu**” yaptığı görev ve bağlı bulunduğu makam itibariyle Hakimlik Teminatını ve yargı bağımsızlığını ihlal edebilecek ve hakimler üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanabilecek yapıya sahiptir. Bu kurulun da Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu’na bağlanması için yasal düzenlemeler bir an önce hayata geçirilmelidir.

Bunlar yargının “olmazsa olmaz”larıdır. Bunlar sağlanmadıkça yargının tarafsızlığından ve bağımsızlığından söz edilmesi hep sözde kalacaktır.

Bu hususlar Birleşmiş Milletler “Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri”nde altı kalın çizgilerle çizilerek yer verilen ve önemle üzerinde durulan hususlardır.

## 2-Yargı Yetkisi ve Hâkim ödeneği;

2709 sayılı Anayasamızın 6.maddesinde: “**Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.** Türk milleti egemenliğini anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanılacağı....” ,

7.maddesinde: yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM’ne ait olduğu ve devredilemeyeceği,

8.maddesinde: yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği,

9.maddesinde: ise yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerde kullanılacağı,

hükmü yer almaktadır.

Millet adına egemenlik yetkisini kullanma hakkına sahip olan Yasama Yürütme ve Yargı organlarından hiçbirinin diğerine astlığı-üstlüğü, önceliği-sonralığı ve bir sıralaması söz konusu değildir. Tamamen eşit haklara sahip oldukları açık anayasa hükmüdür. Eşit hak ve yetkiye sahip kurumların aylık ve ödenek yönünden de eşitliği ve denkliği gerektireceği şüphesizdir.

O halde yasama organı; Hâkim ve Savcılarının aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin Anayasanın 140/3 maddesinin amir hükmünün gereğini bir an önce yasal düzenlemeye bağlayarak Anayasanın 86.maddesinde belirtilen TBMM üyelerinin ödenek, volluk ve emeklilik haklarına paralel bir düzenleme ile artık hâkim ve savcıları mali haklar yönünde idareye bağlı olmaktan kurtararak, hâkimlerin statülerini ve maaşlarını yürütükleri görev onuru ile yükledikleri sorumlulukları yansız ve tarafsız bir şekilde yerine getirebilmelerine uygun ve elverişli bir seviyeye ulaştıracak yasal düzenlemeyi hayata geçirmelidir. Bu husus aynı zamanda "**Avrupa Konseyine Üye Devletler Bakanlar Komitesi**"nin (R (94) (12) sayılı "Tavsiye Kararı"nın da gereğidir<sup>3</sup>.

### 3- Bütçeden Pay

Külfette eşitlik, nimette (paylaşımında) de eşitliği gerektirir. Bugün burada sıralayamayacağımız pek çok olumsuz etkenin birleşmesi neticesinde oluşan ağır iş yükü altında ezilen yargı mensuplarının başta sağlıklı çalışma mekanları olmak üzere, araç-gereç-personel ve ekipman yönünden Avrupa'lı meslektaşlarının seviyesine çıkartacak bir düzeye kavuşturulması için bütçeden yeterli oranda pay ayrılması zorunludur. Yeri geldiğinde Türk mah-

(3) Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Gen.Müd.nün 11.11.2003 tarihli tercümelere.

kemelerinin kararlarını Avrupa mahkemelerinin kararlarıyla mukayeseye kalkışmakta mahzur görmeyenler, yargıya genel bütçeden “*devede kulak*” denecek kadar küçük oranda ayrılan paylarla bunun mümkün olamayacağını da görmeli ve bilmelidirler.

#### 4- Af Yasaları:

Genel ve özel af çıkarma görev ve yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri başlığını taşıyan Anayasanın 87.maddesi ile TBMM ne verilmiş bir yetkidir. Yasama organının bu görevini yerine getirirken son derecede hassas davranması gerektiği yaşanan acı tecrübelerle sabit olmuştur. Af üzerine söylenecek pek çok söz vardır elbet. Ancak burada değineceğimiz husus sadece Af'ın toplum ve yargıdaki yansımaları üzerinedir. Olur-olmaz yere ikide bir af çıkarılması toplumda “*nasıl olsa yakında gene af çıkar*” beklentisini yaygınlaştırıp yerleştirerek kişiler arasında adaletsizliğe ve toplumun devlete olan güven ve saygınlığını yitirmesine yol açmaktadır.

*Suç işleyen bir kişinin affedilmesi veya cezasız kalması ile masum bir kişinin haksız yere cezalandırılması arasında fazlaca bir fark yoktur.* Çünkü suç işleyen ya da toplumdaki borç ve yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi affedilmekle sonuçta suç işlememiş muamelesi görmekte ve yasalara saygılı, toplumdaki görevlerini sadık bir şekilde yerine getiren kişi ile denk tutulmuş, onunla aynı kefeyle konmuş olmakla adaletsizlik yaratılmış olmaktadır.

1950 den 2002 yılına kadar çıkarılan af yasaları (1950 de 5677 sayılı, 1958 de 7132 sayılı, 1960 da 113 sayılı, 1963 de 218 sayılı 1966 da 780 sayılı, 1974 te 1779 sayılı, 2001 de 4616 sayılı 2002 de 4758 vd.) ne yazık ki toplumumuzda şöyle yanlış ve yaygın bir anlayışın yerleşmesine neden olmuştur: “Kardeşim Devlet senden bir şey istiyorsa durma kaç, çünkü her nasılsa günün birinde af çıkar, ya da devlet alacağından vazgeçer; Ancak devlet sana bir şey verecekse, dağıtacaksa koş, durma koş; çünkü tükenebilir, sonra sana bir şey kalmayabilir”.



Toplumları hukuka ve yasalara saygılı olmaya iten şey cezaların çokluğu ve ağırlı değil, ceza ne kadar hafif olursa olsun günün birinde devletin mutlaka yakasına yapışarak alacağını zorla da olsa alacağına ve cezasını mutlaka çekeceğine olan toplumsal inançtır. Ne yazık ki yukarıda belirtilen af yasaları toplumumuzdaki bu inancı temelinden sarsmıştır.

1950 – 2002 yılları arasında çıkarılan af yasalarına dikkat edilecek olursa ortalama her 3–4 yıla bir af yasası düşmektedir. Bu da ortalama her seçim döneminde bir af yasasının çıkarıldığı anlamına gelmektedir. Çıkarılan her af yasasının birlikte getirdiği ve önceden öngörülebilmesi olanaksız pek çok sorun ve iş yükü birikimi yargının sorunlarını her seferinde bir kat daha artırmıştır.

## II- YÜRÜTME ORGANI OLARAK YAPILMASI GEREKENLER

### **a) Etkin, adil ve hızlı bir yargı sistemi için olanak sağlanması:**

Etkin, adil ve hızlı bir yargı sistemini gerçekleştirmek yargıya tanınan olanaklarla bire bir ilintilidir. Hükümetler yargının ve dolayısı ile hâkimlerin rolünü geliştirici, bağımsızlığını ve etkinliğini güçlendirici tedbirleri alması hem anayasamızın, hem de Devlet olarak uymakla yükümlü olduğumuz Avrupa Konseyi Üye Devletler Bakanlar Komitesinin tavsiye kararlarının (R (94) 12) gereğidir.

Yargı, teknolojinin getirdiği tüm yeniliklerden yürüttüğü görevin önemi, mesleğin saygınlığı ve onuruna münasip bir oranda yararlandırılmalıdır. “**Alt yapısız üst yapı olmaz**” yargının alt yapısı sadece bina –araç-gereç-personel-yardımcı personelden ibaret değildir. Yargının işleyişinde onunla beraber çalışan ve ona yardımcı olan diğer kurum ve müesseseler de yargının alt yapısına dahildir. Bir yapının sağlamlığı o yapının inşasında kullanılan malzemenin sağlamlık ve kalitesi ile doğrudan ilintilidir.

Mahkeme binalarının gerçekten “**adalet sarayı**” sözcüğünün özüne uygun nitelik ve niceliğe kavuşturulması AB na üye olmaya aday Türkiye için artık kaçınılmaz bir zorunluluktur. Araç gereç ve ekipman yönünden de çağın ve teknolojinin getirdiği yenilikler yargının hizmetine sunulmalıdır.

Şöyle bir düşünce sistemi doğru kabul edebilir mi?

— Yargı “ Adliye Sarayı” demeye bin şahit isteyen köhne, konforsuz, sağlıksız, genellikle hükümet binalarının terkedilmiş köşelerinde toz ve sigara dumanı içinde, tozlanmış, kurtlanmış, böceklenmiş dosyalar arasında hizmet vermek zorunla bırakılmış olsa da **yargı bağımsız, yargı kararları etkin adil ve hızlı olsun.**

— Hâkim karar yazdırmak için kâtip, karar yazmak için kâğıt, tebligat yaptırmak için posta pulu bulamasa da, hatta vazifeşinaslık uğruna soruşturma geçirmeyi bile göze alarak bankalardan ve avukatlardan kâğıt, kamu kurumlarından karar yazmağa yardımcı kâtip istemek zorunda bırakılmış olsa da, üstüne vazife olmadığı halde posta pulu yokluğu nedeniyle tebligat işlerini zabıta aracılığı ile yaptırmak zorunda kalsa da yargı **bağımsız, yargı kararları etkin adil ve hızlı olsun.**

— Bir dakika bile geciktirilmeye tahammülü olmayan otopsi, delil tespiti, keşif ve benzeri acele işlemleri yerine getirmek için araç-gereç ve yakıt bulamasa da, bunun için mülki amirlikler ve yerel yönetimlerden araç, gereç istemek zorunda bırakılsa da **yargı bağımsız, yargı kararları etkin, adil ve hızlı olsun.**

— Yeri geldiğinde verdikleri kararları Avrupalı meslektaşlarının kararlarıyla mukayese edilen Hâkimler, aşırı iş yükü altında boğulmuş olsalar da,

Bir ilk derece mahkemesi hâkimine yılda ortalama olarak

Finlandiya’da 457,

İngiltere’de 556,

Portekiz'de 342,

İsveç'te 21 iş;

Yüksek mahkeme hâkimlerine

Danimarka'da 48,

İsveç'te 90 iş düşerken<sup>4</sup>;

Türkiye'de ilk derece mahkemesi hâkimlerine icra ve infaz evrakları hariç 1044 iş,<sup>5</sup> Yüksek Mahkeme olan Yargıtay'ın her üye sayısı başına 2071 iş yüklenmiş olsa da,

Yargıtay'ın **hukuk ve ceza** dairelerinden oluşan 32 dairesi yılda gelen toplam 654.031 adet dosyadan<sup>6</sup> yoğun çabalara rağmen ancak 517.918 adedini karara bağlayabilirken, bunun yaklaşık % 20 si kadarını da (136.113 adet dosya ) bir ertesi yıla devir vermek zorunda kalıyor olsa da;

Sırf bu iş yoğunluğu nedeniyle ceza davalarından pek çoğu zamanaşımına uğrayarak onca emek ve yapılan masraflar heba edilmiş olsa da,

35 yıl gibi bir ömür denecek kadar uzun bir zaman dilimi içinde bile bitirilemeyen bazı hukuk davalarının verdiği bıkkınlık ve yılgınlıkla "*adil yargılanma istiyorum*" diye feryat eden vatandaşların açtığı davalar nedeniyle Türkiye "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin" kararları ile devlet bütçesini sarsacak oranda ağır tazminatlar ödemeye mahkûm edilmek durumunda bırakılıyor olsa da, Hatta bu yüzden devlet onurumuz yara alıyor olsa da, ***yargı bağımsız, yargı kararları adil, etkin ve hızlı olsun.***

(4) Ad.Bak.Avrupa Birliği Tetkik Hakimleri Ceyda Ümit ve Celalettin Dönmez'in "Bazı Avrupa ülkelerinde bir hakimin yılda baktığı ortalama dava sayısı "Ankara-2004 adlı çalışmalarından

(5) İstanbul barosu "yargı sorunları ve yargı reformu komisyonunun yaptığı araştırma yazılarından

(6) Yargıtay'a gelen iş yükü ile ilgili Yargıtay Başkanlar Kurulunun 30.1.2006 gün ve 1 sayılı kararı.



—Yargı; yasama ve yürütme erkini kullanan diğer erkdaş'larına oranla devlet bütçesinden %0 7 (binde yedi) gibi cüzi bir pay alsa da, 7,500-8,000 YTL. olan maaşlarının yetmediğinden yakınan milletvekillerinin beyanları her gün basın-yayın organlarında boy, boy yer alırken; birinci sınıfa ayrılmamış 14 yıllık hizmeti olan bir hakimin yaklaşık 1.350 YTL, 1.sınıfa ayrılmış bir hakimin 1.650 YTL, yüksek yargı tazminatını hak etmiş bir hakimin 2.000 YTL. ve yüksek mahkeme olan Yargıtay başkan ve üyelerinin yaklaşık 3.000 YTL. den ibaret olan maaşları Hakimlik statüsü, görev onuru ve yüklendikleri sorumluluklar ile orantılı olmasa da; Hatta anayasa'nın açık hükmüne rağmen ödenekleri halen vasa ile teminat altına alınmış olmasa da **yargı bağımsız, yargı kararları adil, etkin ve hızlı olsun.**

— İkide bir çıkarılan af yasaları nedeniyle toplumdaki adalet duygusu ve hukuk inancı temelinden sarsılmış olsa da, birbiriyle çelişen, birbirini yok sayan, en usta hukukçuların dahi anlamakta ve yorumlamakta güçlük çektiği birbiriyle uyumsuz yasalarla hukuk kuralları arapsaçına çevrilse de **yargı bağımsız ve yargı kararları doğru, adil ve hızlı olsun.**

— Yargıyı işine geldiğinde baş tacı, gelmediğinde ise ona güvenmediğini uluorta ifade etmekten çekinmeyen yetkisiz ve sorumsuz kişilerin her gün görsel ve yazılı basında yer alan beyanları ile toplumdaki adalet duygusu her gün biraz daha yıpratılmış olsa da, görülmekte olan (henüz yargılaması devam eden) davalar hakkında mesnetsiz yorum ve eleştirilerle yargı peşinin etkilenmek ve yönlendirilmek istense de yargı **bağımsız, yargı kararları, etkin, adil ve hızlı olsun.**

— Karakolda *doğru söyler mahkemede şaşar*" tekerlemesi ile ifade edilen ve Türkiyede delil müessesesinin ilk sırasında yer alan ikrar ve tanıklık mahkemede şaşsa da **yargı kararları etkin, adil ve hızlı olsun.**

— Bilirkişi her arandığında bulunamasa da, yoğun iş yükü nedeniyle Adli Tıp tan bir rapor altı aylık zaman diliminde mahkemesine intikal ettirilememiş olsa da yargı **kararları etkin adil ve hızlı olsun.**

— Deliller kanunların açıkça yasaklayıp men ettiği hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olsa da **yargı kararları etkin hızlı ve adil olsun.**

— Organize suç örgütlerinin cirit attığı, rüşvet ve yolsuzlukların artık kanıksanır hale geldiği, kirlenmenin had safhaya ulaştığı günümüzde bu kirliliğin gölgesi zaman, zaman bilerek yada bilmeyerek yargının üzerine düşürülme istenip işin içinden sıyrılmaya çalışılsa da **yargı bağımsız yargı kararları etkin, adil ve hızlı olsun.**

— Yukarıda sıralananlar ve bunlara ilave edebileceğimiz daha pek çok nice olumsuz etkenin mevcut olduğu böyle bir ortamda Hakim ne kadar yargı etiği yüksek bir kişilik sahibi olursa olsun, ne kadar özveri ile çalışırsa çalışsın; ne kadar tarafsız ve adil olursa olsun; tek başına bu işin altından kalkabilir mi?, yargı bağımsız, yargı kararları etkin, adil ve hızlı olabilir mi?

Sorulan sorunun cevabı belli ve açıktır. Hayır. Çünkü değil adalet terazisi hiçbir terazi bu yükü kaldıramaz. Taşıma suyla değirmen dönmez. Yukarıda sayılan sorunlar temelinden tek, tek ele alınıp çözüme kavuşturulmadıkça yargının tek başına bu sorunların altından kalkma olanağı ne yazık ki bugünkü koşullarda mümkün görünmemektedir.

### **b- Yargı kararlarına saygı gösterilmesi.**

Hükümet ve idare anayasanın 138/son maddesinin buyurucu hükmüne riayet etmekte titizlik gösterilmelidirler. Yargı kararları mutlaka ve zamanında uygulanmalıdır. Yargı kararlarını ve onun sonuçlarını etkisiz kılacak hareketlerden kaçınılmalıdır. Anayasanın 125/1 maddelerinde yer verilen "idarenin her türlü eylemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünün gereklerine titizlikle uyulmalıdır. Yargı kararlarının etkinliğini zayıflatacak söz ve davranışlardan sakınılmalıdır. **Çünkü Yargı bağımsızlığına riayet ve onu gözetmek** bütün resmi ve diğer kurumların görevidir.<sup>7</sup>

(7) *Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri.*

### c- Yargının ve işleyişinin tanıtımı

Yürütme organı, Üniversiteler, Barolar ve diğer toplumsal ve sosyal kurumlar Yargı organları ile işbirliği içinde son yıllarda hızla hayata geçirilen yasalar ve bu yasaların bireylere ve topluma tanıdığı hak ve yükümlülükler konusunda tanıtıcı ve aydınlatıcı Radyo ve TV. programları ile diğer görsel yayınlara yer vermelidir. Özellikle 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında hangi eylemlerin suç sayıldığı ve hangi yaptırımı gerektirdiği açıkça anlatılarak toplum bilgilendirilmelidir.

5237 sayılı TCK.nun 4.maddesinde: "**Kanunu bilmemek suç sayılmaz.**" hükmü aynen muhafaza edilmiştir. Kanunu bilmemek suç sayılmasa da suç işlenmeden önce toplumu bilgilendirmenin büyük oranda caydırıcı rol oynayacağı ve herkesi hak ve hukukuna riayete teşvik edeceği kuşkusuzdur.

Türk toplumu artık, Türk filmlerinde izlediği C.savcısı rolündeki kişinin: "tutukladım bunu alın götürün" demesiyle bir kişinin özgürlüğünden yoksun kılınarak tutuklanamayacağı, hakim kararı olmadıkça kimsenin hürriyetinden mahrum edilemeyeceği; ya da duruşmada sanık hakkında tam hüküm fıkrasının okunduğu sırada; "durun, gerçek suçlu benim hakim bey o masumdur." diye bağırarak içeri giren kişinin bu beyanı üzerine hemen zabıt değiştirerek bu kişi hakkında mahkumiyet hükmü kurulmasının ancak rüya ve hayal aleminde yaşayanlar için söz konusu olabileceği, filmlerde izledikleri bu sanal görüntülerin gerçeklerle uzaktan-yakından bir ilgisinin olmadığı hususunda ve en azından gerçek yargılamanın ne şekilde yapıldığı konularında yeterince bilgilendirilmelidir.

### d- Manevi öge (moral)

Yürütme bireysel ve kurumsal olarak yargıya olan güveni artırma ve yargının manevi gücünü yükseltme çabası içinde olmalıdır. Hukuk herkese ve her zaman gereklidir.



**e- Mahkemelerin iş yükünün azaltılması için gereken tedbirlerin alınması :**

Yukarıda (a) bendi başlığı altında etraflıca değinildiğinden tekrar edilmemiştir.

**III- YARGI ORGANLARI VE YARGI MENSUPLARI OLARAK YAPILMASI GEREKENLER**

**Meslek Etiği:**

Hâkimlerin görevleri sırasında nelere dikkat edip nelerden kaçınmaları gerektiği Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen “**yargı etiği ilkeleri**”nde detaylı bir şekilde açıklanmaktadır.

23 Nisan 2003 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen “**yargı etiği ilkeleri**”<sup>8</sup> şu hususları içermektedir.

Bunlar Hâkimlere yönelik meslek ahlaki standartlarını oluşturmak amacıyla oluşturulmuş prensiplerdir.

**a- Ehliyet ve liyakat: Ehliyet** ve liyakat Yargıcılık mesleğinin gerektirdiği verimliliğin ön koşuludur. Bu nedenle adayların mesleğe kabullerinde bu unsurun üzerinde titizlikle durulmalıdır. Üstün liyakat göstermeyenlerin mesleğe kabul işlemi asla yapılmamalıdır.

**b- Yargı bağımsızlığı :**

“Yasama organı olarak yapılması gerekenler” başlığının (a) paragrafı altında bu hususa yer verildiğinden burada tekrardan kaçınılmıştır.

(8) Hâkimlerin rolü, etkinliği ve bağımsızlığı konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar komitesi Tavsiye kararları [R (94) 12]. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğünün 11.11.2003 tarihli tercüme belgesinden.

**c- Tarafsızlık:**

Hakim yargısal görevini yerine getirirken tarafsız ve ön yargısız olmalıdır. Taraflara güven telkin edici davranış içinde bulunmalıdır. Taraflardan birine karşı yakın yada uzak olduğu izlenimini vermemelidir. Yargılamayı etkileyebilecek yorumlarda bulunmamalıdır.

**d- Doğruluk, dürüstlük ve tutarlılık:**

Kişi sözünden tutulur. Hâkim özü ve sözü doğru, hal ve davranışlarında ise tutarlı olmalıdır. Kişiler ve kurumlarla ilişkilerinde dikkatli ve ölçülü olmalıdır. Herhangi bir kişi, kurum ve makamın kendisini etkileyebileceği izlenimini yaratmamalıdır. Kısacası Hâkim doğru olmakla kalmayıp, görüntü olarak da bu imajı sergilemek durumundadır. Hâkimler her zaman olduğu gibi doğruluk ve dürüstlük abidesi olmayı sürdürmek zorundadırlar. Hâkimler ve onun aile bireyleri yargısal görevlerinin yerine getirmesiyle ilgili olarak kim-seden bir hediye, ödenti, kredi, vaat ya da iltimas talep ve kabul edemeyecekleri gibi bunları başkalarına dahi teklif etmemelidirler.

**e- Eşitlik İlkesine saygı:**

Hâkim önüne getirilen uyuşmazlığın çözümünde ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi düşünce, genç, yaşlı, fakir, zengin v.b ayrımı gözetmeksizin tüm kişilere eşit muamele yapmakla yükümlüdür. Bu; yasaların, yazılı olmayan hukukun, hukuki teamül ve geleneklerin kendisine yüklediği bir sorumluluktur.

**f- Meslek sırrı :**

Hâkim görevini yerine getirirken görevi gereği olarak vakıf olduğu sırları korumak, bunları kimseye söylememekle ve ifşa (yayma) etmemekle yükümlüdür.

**g- Hak ve Özgürlükleri Koruma Görevi:**

Hâkimler tüm bireylerin anayasal hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlü kılınmışlardır.

### **h- Vakar ve haysiyet:**

Hâkim ağırbaşlı, haysiyetli ve itibar sahibi olmalıdır. Kibirli ve mağrur olmamalıdır. Ağırbaşlılık her hal ve konumda sessiz ve pasif kalmak demek değil, olur olmaz yere her konuda ortaya atılıp görüş beyan etmekten ve davranış sergilemekten özenle kaçınmak anlamına gelmektedir. Ancak yeri geldiğinde de konuşmasını ve çevresini aydınlatmasını, kendini savunmasını da bilmelidir. İnsan olmanın birinci koşulu başkasının hakkına el uzatmamak ise, ikinci koşulu da kendi hakkını bilmek ve başkasının tecavüzüne göz yummamaktır. Kendi hakkını savunamayan kimse başkasının hakkını koruduğu yolunda çevresine güven telkin edemez. Hâkimler zaman, zaman altında ezildikleri ağır iş yükünün altından başlarını kaldırıp kendilerini bu hele getiren nedenleri sorgulamasını ve kendi özeleştirilerini yapmasını bilmelidirler.

Hâkimlerin sahip olduğu yegâne silahın bilgisi, kalemi ve onuru olduğu asla unutulmamalıdır.

### **i-Dayanışma birlikleri:**

Hâkimler de diğer vatandaşlar gibi düşünce ve ifade hürriyeti ile toplanma ve dernek kurma hürriyetine sahiptirler. Tek başlarına veya herhangi bir organ ile birlikte hareket ederek kişisel ve mesleki çıkarlarının korunması amacıyla birlikler oluşturma ve mesleki dayanışma hak ve yetkisini kullanmada özgür olmalıdır.<sup>9</sup>

## **SONUÇ**

Demokratik ve medeni ülkelerde "**Hukuk devleti**" ilkesini güçlü kılmak için genelde Yargı'nın, bireysel olarak da Hâkimlerin gücünü artırmak ve ge-

---

(9) 13 Ekim 2004 te kabul edilen Avrupa Konseyi Üye Devletler Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları



liştirmek için, yargı ve yargıçlar toplum içinde saygın ve özel bir konuma sahip kılınmışlardır. Yargıyı ve yargıcı diğer meslekler ile o meslek mensuplarına nazaran daha üstün tutan, daha saygın kılan düşünce elbette hâkimlerin insanüstü bir güce veya daha gelişmiş vücut ve beyin yapısına sahip insanlar olmalarından değil, hak ve adalet gibi zor ve kutsal bir görevin ağır sorumluluğunun Anayasa'lar ve yasalarla onların omuzlarına yüklenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Yargı; Devleti, onun mahvedici ve kudret sahibi gücünü temsil etmektedir. Bireylerin hakları, hürriyetleri, malları ve hatta en kutsal hakları olan yaşam (hayat) hakları üzerinde dahi her türlü nihai karar verme görev ve yetkisini buradan almaktadır.

Netice olarak, Adalet herkesin yasalar önünde eşit sayılmasını ve haklarının korunmasını gerektirir. Adalet herkese her zaman gereklidir. Toplumları ayakta tutan adalet inancı ve onun manevi gücüdür. Hak ve adaleti muhtaç olduğumuz dar zamanlarda hemen başucumuzda hazır görmek isterken, geniş zamanlarda tanımamazlıktan gelirse bir daha ihtiyaç duyduğumuzda olmasını istediğimiz yerde bulamayacağımızı asla hatırdan çıkarmayalım.15.2.2006

## İHTİYATİ HACİZİN HACZE İŞTİRAKI

Seyit ÇAVDAR (\*)

**ANLATIM DÜZENİ: 1. İHTİYATİ HACİZİN HACZE İŞTİRAKI I-4949 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikten Önceki Uygulama II-4949 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerle Getirilen Düzenleme 1- İhtiyati Haczin Hacze İştirakinin Şartları a) İhtiyati Haczin Varlığı b) İhtiyati Haczin Düşmemiş Olması c) Öncelik Şartı d) Öncelik Şartının Belgelendirilmesi aa) Borç Ödemeden Aciz Belgesi bb) İlam cc) Resmi veya Tarih ve İmzası Onaylı Senet dd) Resmi Dairelerin veya yetkili makamların Yetkileri Dahilinde ve Usulüne Göre Verdikleri Makbuz veya Belgeler 2. İHTİYATİ HACİZİN HACZE İŞTİRAK USULÜ I- İhtiyati Hacizden Sonra Aynı Malın Kesin Olarak Haczedilmesi II- Birden Fazla İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak III- Kesin Olarak Haczedilen Malların Daha Sonra İhtiyati Haczi IV- İhtiyati Hacizden Sonra Aynı Gün Kesin Haciz Konulması V- Aynı Gün Uygulanan İhtiyati Hacizlerin Farklı Günlerde Kesin Hacze Dönüşmesi VI- Farklı Günlerde Uygulanan İhtiyati Hacizlerin Aynı Kesin Hacze Dönüşmesi VII- İhtiyati Hacizden Sonra Rehin Konulması VIII- İhtiyati Hacizden Sonra Alacağın Temlik Edilmesi IX- İhtiyati Hacizden Sonra Kamu Alacağına Dayalı Haciz Konulması X- Tasarrufun İptali Davalarında Söz Konusu Olan İhtiyati Haczin Hacze İştiraki 3. HACZE İŞTİRAKIN SONUÇLARI**

(\*) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi

## 1. İHTİYATİ HACİZİN HACZE İŞTİRAKI

### I-4949 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikten Önceki Uygulama

İİK.nın 268. maddesinde değişiklik yapılmadan önce, ihtiyaten haczedilen mallar, haciz yoluyla takip hükümlerine göre icrai hacze dönüşmeden önce bir başka alacaklı tarafından haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi bu hacze kendiliğinden ve muvakkaten iştirak etmekteydi<sup>1</sup>.

İcra ve iflas Kanunu'nun 268. maddesinde, İİK.nın 100. maddesine atıf yapılmadığından, ihtiyati haczin hacze iştirakinde 100. maddede sayılan belgelerin aranıp aranmayacağı konusu doktrinde tartışmalı idi .

Bir görüşe göre, ihtiyati haczin hacze iştiraki için İİK.nın 100. maddesinde belirtilen belgelerin aranması gerekir. Bir başka deyişle ihtiyati hacizlerin kesin hacze iştiraki 100. maddede öngörülen koşulların varlığı halinde mümkündür<sup>2</sup>.

Diğer görüş ise, İİK.nın 100. maddesinde öngörülen koşullar 268. maddenin uygulanmasında aranmamalıdır şeklindedir.

Uygulamada da bu görüş doğrultusunda, 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, İİK.nın 268. maddesine göre uygulanan ihtiyati hacizlerin hacze iştirakinde, İİK.nın 100. maddesinde gösterilen şartlar aranmıyordu<sup>3</sup>.

### II- 4949 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerle Getirilen Düzenleme

17/7/2003 tarih ve 4949 sayılı Kanununun 64 maddesi ile 2004 sayılı kanununun 268. maddesinde getirilen değişiklikle, ihtiyati hacizlerin hacze iştirak

(1) Ansay, s. 334 vd.

(2) Özekes, s 302, Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 301, Deyneki/Kısa, s. 24.

(3) Akyazan, İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak Dereceferi, s. 83.



etmeleri halinde İİK'nın 100. maddesinde belirtilen şartların aranıp aranmayacağı konusundaki tartışmalara son verilmiştir<sup>4</sup>. Bu değişiklik ile ihtiyati haciz koydurucu ve ilk hacze iştirak edecek olan alacaklı, aynı zamanda İİK'nın 100. maddesinde belirtilen koşulları da taşımalıdır. Madde de açıkça; "...*ih-tiyatî haciz sahibi alacaklı, bu hacze 100 üncü maddedeki şartlar dairesinde kendiliğinden ve muvakkaten iştirak eder...*" denilmek suretiyle, 100. maddede belirtilen şartlar dairesinde ihtiyati haciz sahibi alacaklı, hacze iştirak edebileceği belirtilmiştir.

### 1- İhtiyati Haczin Hacze İştirakinin Şartları

İhtiyati haczin hacze iştirak edebilmesi için; ihtiyati haczin konulmuş olması, ihtiyati haczin düşmemiş olması, öncelik şartının gerçekleşmesi, öncelik şartının bir takım belgeler ile ispat edilmesi gerekmektedir.

#### a) İhtiyati Haczin Varlığı

Alacaklı tarafından alınan ihtiyati haciz kararının ilk hacze iştirak edebilmesi için, ihtiyati haczin uygulanmış olması gerekir. İhtiyati haciz kararı hacizli mal veya para üzerinde, yasal 10 günlük süresi içerisinde uygulanmalıdır<sup>5</sup>. Bu nedenle sadece ihtiyati haciz kararının alınmış olması, yeterli değildir.

#### b) İhtiyati Haczin Düşmemiş Olması

Verildiği tarihten itibaren yasal 10 günlük süresi içerisinde uygulanmayan ihtiyati haciz kararı, kendiliğinden kalkar. Bu nedenle ihtiyati haciz ka-

---

(4) Akcan, s. 90-91.

(5) Bkz. 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu, madde 261.

rarını veren mahkemenin yargı çevresi içerisindeki icra müdürlüğü aracılığı ile ihtiyati haciz kararının uygulanması gerekir<sup>6</sup>.

Yasal süresi içerisinde uygulanmayan veya ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan icra dairesinde yerine getirilmeyen ihtiyati haciz kararı hükümsüz kalır ve bu haldeki ihtiyati haciz kararına dayanarak hacze iştirak istemek mümkün değildir.

Yine İİK'nın 264. maddesi uyarınca davanın açılmasından veya icra takibine başlanılmadan önce alınan ihtiyati haciz kararının tatbikinden, haciz giyabında yapılmış ise haciz varakasının kendisine tebliğinden (İİK'nın 262/II) itibaren yedi günlük süre içerisinde, takip yapmaması veya dava açmaması durumunda yine ihtiyati haciz kararı düşer ve bu karara dayanarak hacze iştirak edilemez<sup>7</sup>.

Alacaklı icra takibinden sonra ihtiyati haciz talebinde bulunmuş ve ihtiyati haciz kararı almış ise, borçlunun ödeme emrine itirazı halinde, alacaklının itirazın kaldırılması veya itirazın iptali için yasal yollara başvurması gerekir. Alacaklının bu yasal süreleri geçirdikten sonra başvurması veya hiç başvurmaması durumunda ihtiyati haciz kararı hükümsüz kalır ve hacze iştirak söz konusu olamaz<sup>8</sup>.

İhtiyati haciz kararı görülmekte olan bir davada alınmışsa, alacaklı mahkemenin esasla ilgili kararını vermesinden itibaren kararın tebliği ile başlayan bir aylık süre içerisinde takip talebinde bulunmalıdır<sup>9</sup>. Bu süreye uyulmama-

(6) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 7.3.2002 tarih ve 8085/1520 nolu kararında, " İİK'nın 261. maddesine göre alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde karar veren mahkemenin yargı çevresinden infazını istemesi gerekir..." denilmiştir. Bkz. Deyneklî/Kısa, s. 216.

(7) Kuru, İcra ve İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, s. 41vd.

(8) Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 380 vd.

(9) Deyneklî/Kısa, s. 43vd.

sı halinde verilen ihtiyati haciz kararı hükümsüz kalacağından, alacaklı ilk hacze iştirak edemeyecektir.

### c) Öncelik Şartı

İhtiyati haczi uygulayan alacaklının alacağı, ilk haczi uygulayan alacaklının takibinden önce doğmuş olmalıdır. Öncelik tarihi, ilamsız takiplerde takip tarihine göre, ilamlı takiplerde ise ilamın dayanağı olan davanın tarihi esas alınarak belirlenmelidir.

### d) Öncelik Şartının Belgelendirilmesi

İhtiyati haczin ilk hacze iştirak edebilmesi için, hacze iştirak etmek isteyen alacaklının alacağın önce doğduğunu belgelendirilmesi gerekir.

İlk haczin konulduğu takip bir ilama dayanıyorsa, öncelik şartı bu ilamın alındığı dava tarihi esas alınarak hesap edilmelidir. Şayet ilamsız takibe dayanıyorsa, takip tarihi dikkate alınarak öncelik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır.

İlk.nın 100. maddesinde sayılan ve 4949 sayılı Yasayla getirilen değişiklik sonucunda, ihtiyati haczin hacze iştirakinde de bulunması gereken belgeler tahdidi olarak sayılmıştır. Artık bu belgelerin kıyas yoluyla veya farklı yorum şekilleri ile çoğaltılması mümkün değildir. Mesela, imzası ikrar edilmiş adi senede dayanarak hacze iştirak mümkün değildir<sup>10</sup>.

Yargıtay icra kefaletnamelerini, noter tasdikli kredi sözleşmelerini hacze iştirak için öncelik şartını ispata yarayan belgelerden saymamaktadır<sup>11</sup>.

(10) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 283, dipnot: 47.

(11) Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 28.6.1994 tarih ve 4588/6938 nolu kararı; 28.3.1995 tarih, 1984/2922 nolu kararı bu yöndedir. Bkz. Deyneklî/Kısa, s. 203-205.



İİK.nun 100. maddesinde sayılan, öncelik şartını ispata yarayan belgeleri kısaca şöyle inceleyebiliriz:

### aa) Borç Ödemededen Aciz Belgesi

Borçlunun haczedilebilir herhangi bir malı bulunmaz ise, tutulan haciz tutanağı aciz belgesi hükmündedir. Eğer alacaklının alacağını alması için başlattığı takipte icra dairesince yapılan kıymet taktirine göre borçlunun malları alacaklının alacağının tamamını karşılamaya yetmiyorsa, bu durumda da haciz tutanağı geçici aciz belgesi hükmünde olup, alacaklıya İİK.nın 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davasını açma hakkını verir<sup>12</sup>.

İİK.nın 105. maddesinde açıkça geçici aciz belgesinin alacaklıya vereceği imkanlardan bahsedilmiştir. İİK.nın 100. maddesinde ise geçici aciz belgesinden bahsedilmemiş olması nedeniyle geçici aciz belgesine sahip olan alacaklı ilk hacze iştirak edemez<sup>13</sup>.

Borçlunun haczedilebilir hiçbir malının bulunamaması nedeniyle, aciz belgesi hükmünde olan haciz zabıt tutanağı, borçlunun başkaca haczedilebilir bir malının bulunduğu bir şekilde anlaşılması halinde kesin aciz belgesi olma hükmünü yitirir.

Alacaklı tarafından borçlunun haczedilen mallarının satışı, yeterli bedel verilmemiş olmasından dolayı mümkün olmaz veya satış yapılmış olmakla birlikte satış bedeli alacağı tamamen veya kısmen karşılamamış, borçlunun başkaca hacze kabil malının bulunamamış olması halinde, paraların paylaşılması safhasında bulunduğu için icra dairesi aciz vesikası düzenlen-

(12) Uyar, İhale Bedelinin Ödenmesinin Sonuçları, s. 248-249.

(13) Deynekli/Kısa, s. 46.

mesi için gerekli şartlar yerine gelmişse, İİK.nun 143. maddesi hükmü gereğince, kesin aciz belgesini düzenler<sup>14</sup>.

Yapılan takip neticesinde borçlunun haczolunan malları satılır ve satış sonunda elde edilen para alacağı karşılamaya yetmezse verilen borç ödemedi aciz belgesi iflas yolu ile yapılmış olan takipler içinde söz konusu olabilir<sup>15</sup>. Hatta aynı nitelikteki rehin açığı belgesi de İİK.nın 100. maddesi anlamında kullanılabilecek aciz belgesidir<sup>16</sup>.

Hacizde alınan, iflasta alınan aciz belgeleri geçici aciz belgesi niteliğinde olmamak kaydıyla alacaklının ilk hacze iştirak etmesini sağlar. İflastaki aciz belgesinde takip tarihi olmadığından, aciz belgesinin alındığı iflasın açıldığı tarihin esas alınarak öncelik şartının kontrolü gerekir<sup>17</sup>.

## bb) İlam

Alacaklının dayanağı bir mahkeme ilamı olabilir. İhtiyati haciz alacaklısının sahip olduğu ilamın öncelik şartını taşıması gerekir. Öncelik koşulunun gerçekleştirilebilmesi için ilamın öncelik tarihinden önce alınması gerekmez, ilamın alındığı davanın bu tarihlerden önce açılmış olması gerekir<sup>18</sup>.

Elindeki ilamın dayanağı olan davanın açıldığı tarihe göre, hacze iştirak imkanı elde etmiş olan alacaklı, ilk haczin uygulandığı tarihten sonra ek dava açmış ise, ek dava konusu yapılan alacak bakımından hacze iştirak hakkı yoktur.

(14) Akyazan, Borç Ödemeden Aciz Belgesi, s.324.

(15) Etili, s. 597.

(16) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 284. Ayrıca bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 3.7.1997 tarih ve 4082/6974 nolu ilamı, Deyneklî/Kısa, s. 190.

(17) Gürdoğan, s. 31-32.

(18) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 285, dipnot: 54.

Öncelik tarihi ile aynı gün açılan davadan elde edilen ilam ile ihtiyati haciz alacaklısının hacze iştiraki mümkün değildir. Çünkü İİK'nın 100. maddesinde, açıkça öncelik tarihinden önce davanın açılması şartı aranmıştır<sup>19</sup>.

### **cc) Resmi veya Tarih ve İmzası Onaylı Senet**

İhtiyati haciz sahibi alacaklının borçlunun mallarına konulan ilk hacze iştirak edebilmesi için, senedin tarihinin öncelik tarihinden önce olması koşulu ile, elinde bulunan resmi senet veya tarih ve imzası onaylı senet ile hacze iştirak etmesi mümkündür<sup>20</sup>.

Resmi senetten anlaşılması gereken, tapu memurları tarafından düzenlenen tapu ve ipotek senetleri ile noterler tarafından re'sen düzenlenen borç ikrarlarını kapsayan senetler olmalıdır. Tarih ve imzası onaylanmış senetler ise noterler tarafından düzenlenen senetlerdir<sup>21</sup>.

### **dd) Resmi Dairelerin veya yetkili makamların Yetkileri Dahilinde ve Usulüne Göre Verdikleri Makbuz veya Belgeler**

Resmi senet kavramından daha geniş bir kapsama sahip olan bu belgeler, öncelik tarihinden önceki bir tarihte düzenlenmiş olması kaydıyla ihtiyati haciz alacaklısına, ilk hacze iştirak imkanı verir. Bu belgelerin içerisine resmi dairelerin yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bütün belgeler girebilir. İK'nın 105 ve 143. maddesine göre verilen borç ödemededen aciz belgeleri<sup>22</sup>, rehin açığı belgesi, Bankalar Birliğinin para cezaları hakkındaki icra dairesine yazdığı belgeler gibi belgeler, İİK'nın 100. maddesi uyarınca öncelik tarihinden önceki bir tarihte düzenlendiği taktirde hacze iştirak imkanı verir<sup>23</sup>.

(19) Deynekli/Kısa, s. 47.

(20) Bkz. 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu, madde 100, 1/3.

(21) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 285.

(22) Arık, s. 940.

(23) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 286.



Bu madde düzenlemesinde adı geçen makbuzların -posta makbuzları gibi- kayıtsız şartsız borç ikrarı sayılabilmesi için diğer belgelerle desteklenmesi halinde, hacze iştirak imkanı vermesi mümkündür.

## 2. İHTİYATİ HACZİN HACZE İŞTİRAK USULÜ

İhtiyati haczin hacze iştirak edebilmesi için İİK'nın 100. maddesinde düzenlenen şartlar arandığından, usul de bu maddeye göre belirlenecektir. İİK'nın 268. maddesine göre alacaklı ihtiyati haciz kararı ile borçlunun mal veya mallarına ihtiyati haciz koydurduğundan, ayrıca hacze iştirak etmesi için talepte bulunmasına gerek yoktur<sup>24</sup>. İİK.100 ve 268. maddesinde belirtilen şartlara uygun olduğu takdirde talep olmaksızın, ihtiyati haciz alacaklısı hacze iştirak eder.

İhtiyati haczin hacze iştirak usulünü çeşitli ihtimallere göre değerlendirerek incelemek gerekmektedir.

### I- İhtiyati Hacizden Sonra Aynı Malın Kesin Olarak Haczedilmesi

İhtiyati haciz konulan borçluya ait mal veya mallar daha sonra kesin olarak haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi alacaklı bu hacze iştirak edebilir<sup>25</sup>.

Maddede belirtilen haczin kesin haciz olduğu konusunda herhangi bir tartışma yoktur.

Alacaklı tarafından koydurulan ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmemiş olsa bile, ilk hacze iştirak etmiş ise bu alacaklıya pay ayrılır ve ihtiyati haciz kesin hacze dönüştüğü takdirde ödenmek üzere İİK'nın 138. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak muhafaza edilir<sup>26</sup>. İhtiyati haciz hükümsüz kalır

(24) Saldırım, s. 61.

(25) Bkz. 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu, madde 268.

(26) Akyazan, İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak Dereceleri, s. 85.

ise, ihtiyati haciz sahibi alacaklıya ayrılan pay diğer alacaklılara, onlar yoksa borçluya ödenir<sup>27</sup>.

## II- Birden Fazla İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak

Borçlunun bir malına birden fazla ihtiyati haciz konulmuşsa, kesin hacze dönüşen ihtiyati haciz ilk haciz sayılır ve bu hacze iştirak edilebilecek alacaklılar İİK'nın 100, 101 ve 268. maddelerine göre belirlenir<sup>28</sup>.

Bir ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesi halinde, kesin hacizden sonra konulan ihtiyati haciz, İİK'nın 100. maddesinde belirtilen şartlarda bir alacağa sahip ise ihtiyati hacizden kesinleşmek suretiyle ilk hacze dönüşen hacze iştirak eder<sup>29</sup>.

## III- Kesin Olarak Hacedilen Malların Daha Sonra İhtiyati Haczi

Kesin hacizden sonra, bir başka alacaklı tarafından alınan ihtiyati haczin, hacze iştirak edebilmesi için, hacizli malların satış bedelinin icra veznesine girmesinden önce konulmuş olan ihtiyati haczin, kesin hacze dönüşmesi gerekir. İhtiyati haczin kesin hacze dönüşmesi ve alacaklının alacağının da İİK'nın 100. maddesinde belirtilen belgelere dayanması halinde, hacze iştirak mümkündür<sup>30</sup>.

## IV- İhtiyati Hacizden Sonra Aynı Gün Kesin Haciz Konulması

İİK'nın 268. maddesi hükmünde, bir ihtiyati haczin ilk hacze iştirak edebilmesi için, kesin olan bu ilk hacizden önce olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, İhtiyati haczin aynı anda icrai hacizle birlikte konulması durumunda, ihtiyati haczin icrai hacze iştirak imkanı olmayacaktır<sup>31</sup>.

(27) Saldırım, s. 62.

(28) Yılmaz, s. 305.

(29) Saldırım, s. 66.

(30) Yılmaz, s. 303.

(31) Deyekli/Kısa, s. 51.

Aynı gün olmakla birlikte eğer tespit edilebiliyorsa, ihtiyati haciz icrai hacizden saat olarak önce uygulanmış ise ve ihtiyati haciz sahibi alacaklının elinde İLK'nın 100. maddesinde belirtilen belgelerden birisi mevcut ise, İLK'nın 268. maddesi anlamında kesin hacze iştiraki mümkün olacaktır.

#### **V- Aynı Gün Uygulanan İhtiyati Hacizlerin Farklı Günlerde Kesin Hacze Dönüşmesi**

Birden fazla ihtiyati hacze iştirakte olduğu gibi, aynı gün uygulanan ihtiyati hacizlerin birinin diğerlerinden sonra kesin hacze dönüşmesi halinde, İLK'nın 268 ve 100. maddelerinde belirtilen şartların mevcut olması durumunda, kesin hacze dönüşen ihtiyati hacze, diğer ihtiyati hacizlerin iştiraki mümkün olacaktır<sup>32</sup>.

#### **VI- Farklı Günlerde Uygulanan İhtiyati Hacizlerin Aynı Günde Kesin Hacze Dönüşmesi**

İLK'nın 268. maddesine göre bir ihtiyati haczin kesin hacze iştirak edebilmesi için, ihtiyati haczin evvel konulması gerekmektedir. Yani önceki haczin ihtiyati, sonrakinin kesin olması gerekir. Bu durumda farklı tarihlerde uygulanan ihtiyati hacizler, eğer aynı gün hep birlikte kesinleşirse, artık birin diğerine iştiraki söz konusu olmayacak, alacakların değerine göre malın satış bedeli bu alacaklar arasında garameten paylaşılacaktır. Yargıtay uygulamalarında da bu görüş benimsenmiştir<sup>33</sup>.

#### **VII- İhtiyati Hacizden Sonra Rehin Konulması**

İLK'nın 206. maddesi gereğince rehinli alacak her zaman rüçhan bir hakka sahiptir. Bu nedenle ihtiyaten haczedilen bir malın, daha sonra rehnedil-

(32) Saldırım, 64. ; Deynekli/Kısa, s. 51.

(33) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24.5.2001 tarih ve 2705/4038 nolu kararı, bkz. Deynekli/Kısa, s. 52, 220.



mesi halinde kanaatimizce ihtiyati haczin rehinli alacağa iştiraki söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay kararlarında da , ipotekli alacağın öncelik hakkına sahip olduğunu ve bu nedenle de malın satış bedelinden ipotek alacaklısının önce yararlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>34</sup>.

### **VIII- İhtiyati Hacizden Sonra Alacağın Temlik Edilmesi**

İhtiyati haciz ile borçlunun ihtiyaten haczedilen şeyin üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Bu nedenle, borçlunun temlik ederek üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkı bulunmamaktadır.

İİK'nın 100. maddesinde belirtilen şartlara uygun belgeye de sahipse, ihtiyati haciz alacaklısına öncelik tanınarak alacağı verilmeli, ondan sonra borçlu tekrar tasarruf yetkisine sahip olacağından gerekirse hakkını temlik etmelidir<sup>35</sup>

### **IX- İhtiyati Hacizden Sonra Kamu Alacağına Dayalı Haciz Konulması**

4949 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeden önce, bu konuda uygulamada birlik yoktu. Bir görüşe göre, ihtiyati hacizden sonraki kesin haczin konusunun neye dayalı olduğunun öneminin olmadığını, şartların oluşması halinde ihtiyati haczin kamu alacağına dayalı olarak sonradan konulan kesin hacze iştirak edebilecekti<sup>36</sup>.

Diğer bir görüş ise, ihtiyati hacizden sonra bu malların kamu alacağı nedeniyle haczedilmesi halinde öncelik kamu alacağından doğan hacze verile-

(34) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 4.3.1993 tarih ve 195/1626; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 14.9.1988 tarih ve 13849/9573 nolu kararları, bkz. Deynekli/Kısa, s. 52, 232, 236.

(35) Deynekli/Kısa, s. 54.

(36) Saldırım, s. 67, Özekes, s. 303.

cek ve ihtiyati haciz alacaklısı şartlara uygun alacağa ve belgeye sahip olsa bile, bu hacze iştirak edemeyecekti<sup>37</sup>.

4949 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle, İLK'nın 268. maddesinde; ihtiyaten haczedilen mallar, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden evvel bir başka alacak nedeniyle haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi alacaklı, İLK'nın 100. maddesindeki şartlara uygun alacağa sahip olmak kaydıyla bu hacze iştirak edebilecektir. Sonraki haczin konusunun İLK'dan kaynaklanan bir alacağa veya diğer kanunlardan kaynaklanan bir alacağa ilişkin olmasının bir önemi yoktur<sup>38</sup>.

#### **X- Tasarrufun İptali Davalarında Söz Konusu Olan İhtiyati Haczin Hacze İştiraki**

İLK'nın 281. maddesinde, "Hakim iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında, alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece tayin olunur, şu kadar ki davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat gösterilmeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez." denilmektedir<sup>39</sup>.

Yani iptal edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında, davacının istemi üzerine ihtiyati haciz kararı verilebilir<sup>40</sup>. Genel hükümlerden farklı olarak, iptal davalarında ihtiyati haciz kararı alabilmek için güvence göstermeye gerek yoktur, bu konuda taktir yetkisi hakime aittir<sup>41</sup>. Ancak eğer ihtiyati haciz talebi İLK'nın 283/II maddesine göre, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların değerine ilişkin ise güvence gösterilmesi zorunludur<sup>42</sup>.

(37) Deynekli/Kısa, s. 54.

(38) Bkz. 2004 sayılı İcra ve İflas kanunu, madde 100, 268.

(39) Bkz. 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu, madde 281.

(40) Uyar, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, s. 107.

(41) Umar, s.96.

(42) Uyar, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, s. 108.

İİK.nın 281/II tasarrufun iptali davası artık bir eda davasına dönüştüğü için bu şartlarda verilecek ihtiyati haczin, diğer ihtiyati hacizlerden bir farkı yoktur<sup>43</sup>. Bu ihtiyati hacizlerin başlangıcı, kesin hacze dönüşmesi ve hacze iştirakleri açısından usulen bir farklılık yoktur. Zira bu ihtiyati haciz İİK.nın 264. maddesine göre icrai hacze dönüşecek, 268. maddeye göre de hacze iştirak edecektir. İİK.nın 100. maddesinde gösterilen şartlara uygunluk sağlandığı takdirde, ihtiyati haciz koyduran bu alacaklı da hacze iştirak edebilecektir. Böyle bir durumda tasarrufun iptali davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesi beklenmeden ihtiyati haciz kesin hacze dönüştüğünden alacaklı doğrudan satış isteyebilecektir<sup>44</sup>.

### 3. HACZE İŞTİRAKİN SONUÇLARI

Hacze iştirak talebi kabul edilirse ( ihtiyati haciz için talebe gerek yok ) hacze iştirak edenler bir topluluk meydana getirir. Tüzel kişiliği olmayan bu topluluktaki alacaklılar arasında sadece menfaat birliği vardır<sup>45</sup>.

Hacizli malın satılması için hacze iştirak edenlerden birinin talebi yeterlidir. Alacaklılardan birinin hakkı feragat veya ödeme ile son bulsa bile bu durum sadece o alacaklıyı bağlar ve hacizli mal diğer alacaklılar için saklı tutulur<sup>46</sup>.

Hacizli malın satılması ile elde edilen paradan önce haciz, paraya çevirme ve paylaşırma gibi bütün alacaklıları ilgilendiren masrafların alınacağı Kanunda düzenlenmiştir. Hacizli malın muhafaza, idare ve işletmesine ilişkin masraflar, müşterek masraflardır<sup>47</sup>.

(43) Deynekli/Kısa, s. 55.

(44) Bkz. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, madde 264, 281, 283.

(45) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 310 .

(46) Yılmaz, Hacze Takipli Katılma, s. 310.

(47) Akyazan, Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, s. 103.



Hacizli malın satılmasından sonra malın satış bedelinden ilk önce çıkarılacak olan müşterek masraflardan sonra, kalan miktar alacaklıların aslı, takip giderleri ve talep halinde faiziyle birlikte alacaklar, alacaklılara alacak oranlarına göre dağıtılır<sup>48</sup>. İşlemiş faizler, hacizli malın satış gününe kadar işleyen faizlerdir<sup>49</sup>.

Paraya çevirme sonucu elde edilen para bütün alacaklıların alacağını karşılayacak durumda ise ve paraların paylaşılmasını önleyen başkaca yasal bir neden yoksa, icra müdürü satış parasını re'sen alacaklılara paylaşır<sup>50</sup>.

Daha öncede belirtildiği gibi, muvakkat hacizler varsa haczedilen mal üzerinde bunlara ayrılan paylar muvakkat hacizlerin durumu kesinlik kazanıncaya kadar bunlara ayrılan pay bir bankaya, mahkemeye veya icra sandıklarına yatırılır<sup>51</sup>.

Hacizli malın satış parası, alacaklıların alacağını tamamen karşılamaması halinde icra müdürü tamamlama hacizleri yapar. Tamamlama hacizlerine rağmen, elde edilen paranın miktarı bütün alacaklıların alacağını karşılamıyorsa, icra müdürü bir sıra cetveli yapar ve bunun kesinleşmesini takiben paraları paylaşır<sup>52</sup>.

Sıra cetveline göre, hacze iştirak eden alacaklıların alacakları dağıtılır ancak alacağını alamayan alacaklı kalırsa, bunlara İLK.nın 143. maddesine göre borç ödemedен aciz belgesi verilir<sup>53</sup>.

—oOo—

(48) Bkz.2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu, madde 138 ; Seviğ, s. 225-226..

(49) Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18.03.1999 tarih ve 1220/1769 nolu kararında ; " Satış tarihinden sonra işleyen faizler paylaştırmada dikkate alınmaz." diye açıkça belirtilmiştir. Bkz. Deyneklî/Kısa, s. 376.

(50) Üstündağ, s. 353.

(51) Bkz . 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu, madde 138/son, Deyneklî/Kısa, s. 110.

(52) Akyazan, İhtiyatî Haciz ve Hacze İştirak Dereceleri, s. 68-69.

(53) Postacıoğlu, s. 403.

**Kaynaklar**

- AKCAN, Recep** : Hacze İştirak, Ankara 2005.
- AKYAZAN, Sıtkı** : İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak Dereceleri, İstanbul 1958.
- AKYAZAN, Sıtkı** : Borç Ödemeden Aciz Belgesi, (AÜHFD 1964 S. Şakir Ansay Armağanı, s.315-324 ).
- AKYAZAN, Sıtkı** : Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1959.
- ANSAY, Sabri Şakir** : Hukuk İcra ve İflas Usulleri, B.5, Ankara 1960.
- ARIK, Kemal Fikret** : Borç Ödemekten Aciz Vesikası, (Adliye Dergisi, 1943/11 s. 939-945).
- DEYNEKLİ, Adnan/**
- KISA, Sedat** : Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, B.3, Ankara 2005.
- ETİLİ, Tülin** : Yasalar, İçtihatlar ve Doktrin ile Birlikte Aciz Vesikasının İflas Hukukundaki Yeri Hakkında Bir Araştırma, (Adalet Dergisi, 1984, Mayıs-Haziran, s. 592-615 ).

- GÜRDOĞAN, Burhan** : Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar, ( BATIDER 1965/III, s.14-37 ).
- KURU, Baki** : İcra ve iflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, Ankara 1962.
- KURU, Baki / YILMAZ, Ejder ARSLAN, Ramazan/** : İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1992.
- ÖZEKES, Muhammed** : İcra ve iflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- POSTACIOĞLU, İlhan** : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- SALDIRIM, Mustafa** : Öğretide ve Uygulamada Bütün Yönleriyle İhtiyati Haciz, Ankara 1997.
- SEVİĞ, Vasfı Raşit** : Doktrin ve İçtihatlar Açısından Türk İcra ve iflas Kanunu, C.II, Ankara 1967.
- UMAR, Bilge** : Türk İcra ve İflas Hukukunda İptal Davası, İzmir 1963.
- UYAR, Talih** : İhale Bedelinin Ödenmesinin Sonuçları, ( TBBD, 1988, S.2, s. 248- 257 ).
- UYAR, Talih** : İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, Manisa 1984.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995.



**YILMAZ, Ejder** : Hacze takipli Katılma, (AÜHFĐ, 1973, C.XXX,s. 270- 315 ).

**YILMAZ, Orhan** : İhtiyati Tedbirler, Konya 1963.

## TEMEL HAKLAR VE İLGİLİ KAVRAMLAR

*Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ (\*)*

*ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş, II- Hak ve Özgürlük, III- İnsan Hakları, IV- Kavramı Netleştirme, V- Temel Haklar, VI- Temel Haklar Arasında Ayırım, VII- Temel Hakların Doğrudan Uygulanması, VIII- Sonuç.*

### I-GİRİŞ

Bu çalışmada hak ve özgürlük, insan hakları ve insan hakları içerisinde özel bir yere sahip olan temel haklar ile temel haklar içerisinde de kimi hakların özel olarak korunmaları üzerinde durulacaktır. Çünkü insan hakları kavramı hak ve özgürlük ile insan arasındaki bağlantı ve insan hakları olarak kabul edilen değerlerin ne zaman somutlaştıkları ve somutlaşan hakların hangi adla anıldıkları, bunların korunmalarında öncelik ve sonralık ile bir önem derecesinin bulunup bulunmadığı; kimi hakların özellikle korunmasına gerek olup olmadığı hususları büyük önem taşımaktadır. Zira insan hakları arasında ayırımı/hiyerarşiye gerek var mı? sorusunun yanıtlanabilmesi, bu kavramlara açıklık getirilmesiyle mümkündür.

### II-HAK VE ÖZGÜRLÜK

İnsan hakları kavramının ekseni ve amacı insan, yani hak sahibi olan kişidir. Hukukun insana yüklediği niteliğe **kişi** denmektedir. Kişi kavramı hem

---

(\*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

gerçek hem de tüzel kişileri ifade etmektedir. Bu nedenle temel haklar, bu hakların nitelikleri izin verdiği ölçüde tüzel kişilere de uygulanırlar.

Hak ve özgürlük kavramları hakkındaki açıklamalara göz atacak olursak:

Kişinin hak sahibi olması, o'nun özgür olma niteliğine de sahip olduğu nu gösterir. Bu nedenle özgürlük, hukuksal varlık olan bireye ilişkin bir özellik olmaktadır. Bu niteliğinden dolayı bireyin hak sahibi kılınması, o'nun özgürlük durumunun da hukuksal bir forma kavuşturulmasını sağlar. Böyle bir anlayış Doğal Hukuk/Doğal Haklar anlayışına dayanır<sup>1</sup>.

### Özgürlük Hukuk Öncesi Durumu İfade Etmektedir

Esasen birbirinden farklı sayılabilecek yorumlara gidilmekle beraber, **özgürlük sonuçta bir haktır**. Hak ve özgürlük arasındaki farklı yaklaşımlara rağmen, özgürlüğün hukuk öncesi serbestlikleri ifade eden, "geniş kapsamlı ve soyut";hakkın ise, özgürlüğün "somutlaştırılmış", sahibine talep yetkisi veren bir kavram olduğu da dile getirilmektedir. Her ne kadar hak ve özgürlük kavramları birlikte kullanılmakta ise de<sup>2</sup>; özgürlük, "hukuk öncesi/düzenlenmemiş"liği ifade ederken; hak, hukuk düzenince tanınmış menfaatleri dile getirmektedir<sup>3</sup>. Bu nedenle hakkın toplumsal yaşama geçiş ile ortaya çıktığı<sup>4</sup> ve böylece toplumsal kuruluşun arkasından devlet gücünün de yine bu haklarla sınırlandığı söylenebilir<sup>5</sup>. İnsan hakları ve özgürlükleri, pozitif hukukun sınırlarını taşan özelliklere sahip olduklarından, içeriklerinin belirlenmesinde hukuki-pozitivist ölçünün göz önünde bulundurulması ge-

- 
- (1) Gemalmaz, Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayını, İstanbul 1997, s.315.
  - (2) Akın, İlhan F.:Kamu Hukuku, İstanbul 1987, s.257; Uygun, Oktay:Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, Ankara 1996, s.9.
  - (3) Akıllıoğlu, Tekin: Temel Haklar ve Özgürlükler, Ankara 1993, s.4.
  - (4) Paine, Thomas:İnsan Hakları, Ç.:O.Dostel, İstanbul 1964, s.54-58.
  - (5) Çeçen, Anıl: İnsan Hakları, Ankara 1990, s.44, 49.



rekmedir. Hak ve özgürlüğün birlikte kullanılmasına karşın özgürlük, "hukuk öncesi/düzenlenmemiş"liği ifade ederken, hak, hukuk düzenince tanınmış menfaatleri dile getirmektedir.

### Doğuştan mı?

Hak ve özgürlük, doğal haklar öğretisi ekseninde temellendirilmekle beraber; insanların doğuştan bir takım haklara sahip olmaları, metafizik bir köke dayandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>6</sup>. Léon Dugit'den esinlenen Akın'a göre, toplum halinden önce herhangi bir haktan söz edilemez; "Hak, ancak örgütünü tamamlamış, düzenli bir toplumda ortaya çıkabilir. (...) Hak, ancak toplum içinde doğabildiğine göre, insan hakları doğuştan gelme değil, toplumca tanınan haklardır". Dolayısıyla hakların doğuştan var olduklarına olan inanç zayıfladıkça, insan hak ve özgürlüklerinin yasama(anayasa/yasa koyucu) ve yargı organlarının kararlarıyla korunması çabası da artmaktadır<sup>7</sup>. Çünkü insan haklarının doğuştan geldiklerine ilişkin varsayım, belli bir dönem için insan haklarının tanınması ve güçlendirilmesi için önemli işlevlere sahip olmakla beraber, toplumsal gerçeklik bunun doğru olmadığını ortaya koymuştur. Zira, toplumsal gerçekliğin gerektirdiği hak kullanımlarını, yine bu gerçeklik içerisinde kabul etmek ve insanın gereksinimi arasına almak yerine, sadece varsayım ile kabul etmek inandırıcı olmadığı gibi, somutlaştırılması kolay olmadığından ve zaten gereksinim duyuldukça hakların tanınmaları söz konusu olduğundan, varsayımı kabul etmemek gerekir.

Konuyu şu şekilde değerlendirmekte yarar var:

Haklarla ilgili olarak farklı yaklaşımlar var. Bunlardan tabii hukuk görüşünün temel hakların kaynağı bakımından önemli bir yere sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

---

(6) Akın, 1987, s.387.

(7) Akın, 1987, s.390.

Tabii hukuk hakkında da farklı yaklaşımlar var. Ulpianus'a göre tabii hukuk, "doğanın canlılara öğrettiği şeydir. Çünkü bu hukuk, yalnız insanlara özgü değil, ister karada, ister denizde doğmuş olsun, kuşları da içine almak üzere, bütün canlıları ortaklaşa ilgilendiren bir hukuktur"<sup>8</sup>.

Romalı hukukçu Çiçero'ya göre tabii hukuk, "Kuşkusuz asıl yasa doğrudur. Bu yasa, tabiata uygun her yerde varolan, değişmez, ilksiz ve sonsuzdur. Emir verirken göreve çağırır, yasaklarken insanı hileden uzak tutar. Dürüst insanlara ise emir vermez, yasaklar koymaz; dürüst olmayan insanlar da bu emir ve yasaklarla kışkırtmaz"<sup>9</sup>.

Tabii hukuk kimi zaman tanrının, kimi zaman da doğanın yasasından kaynaklı olarak kabul edilmektedir. Her iki yaklaşımın ana ortak noktası, insan bilincinin üstünde bir varlığın kabul edilmesidir. Dolayısıyla tabii hukuk fikrinde, hukukun oluşumunda insan aklının ikinci derecede kalışı önem kazanmaktadır.

Ortaçağda insanların özgürce düşünmeleri kabul edilmediğinden, hukuku yaratması da düşünülemezdi. Çünkü dinsel kabullere aykırı düşünce ile sürülmesi mümkün olmadığı gibi, aksi durumda Tanrıya karşı suç işlemiş sayılırlardı. Ancak aydınlanma çağına gelince, insan aklı batıl inançları yıkmış ve akli ön plana çıkarmaya başlamıştır. Aydınlanma çağında tabii hukuk fikri devam etmekle beraber, biçim değiştirerek tabiat hali ve toplum sözleşmesiyle açıklanmaya başlamıştır<sup>10</sup>.

Tabiat hali anlayışına göre, tabii halde insanların tek başlarına yaşamaları kolay değildir. O nedenle güven içerisinde yaşamak isteyen insanın, zor-

(8) Hirş, Ernest: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Güncel Dile Uyarlayan:Selçuk Baran(Veziroğlu), Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001/XII, s.77.

(9) Hirş, s.77.

(10) Hirş, s.80 vd.

luklara karşı ortak savunmaya geçmeleri ve dolayısıyla da tabiat halinde sahip oldukları varsayılan sınırsız özgürlüklerinin bir bölümünden kendi istekleriyle vazgeçmeleri veya doğanın olumsuz koşulları karşısında yalnız kalıp, tabiat kurallarına yenik düşmeleri gerekmektedir. O nedenle insanlar aralarında varsayımsal olarak kabul ettikleri kurallar çerçevesinde sözleşme yapmışlardır.

Mutlakiyetçi yaklaşım, madem ki böyle bir anlaşma var ve insanlar toplu yaşamak adına sözleşme imzalamışlar, öyleyse sözleşmenin diğer tarafının (yönetici) uyrukluluğunda ve ona tabi olmak zorundadır. Buna karşın hükümdarın da sözleşme gereği insanların haklarını çiğneyemeyecek, aksi halde sözleşmeyi bozmuş olacağı için, yetkilerinin elinden alınması gerektir.

Görülüyor ki toplum sözleşmesi görüşü sonuçta hakları insan aklına bağlamaktadır. Dolayısıyla tabiat veya tanrı iradesi değil, insan aklı hukukun kaynağı olmaktadır. Buna akli hukuk da denmektedir. Çünkü insanın aklının her yerde ve her zaman, ufak farklılıklarla beraber, aynı olduğu kabul edildiğinden, hukuk her yerde insanı takip eder ve aynı kalır.

Buradan çıkan sonuç tabii hukukun insan aklının ürünü oluşu ve toplu halde yaşama zorunluluğu nedeniyle, insanlar bu hukuku her yerde akıllarıyla bulabilirler. İşte bu bulabilme nedeniyle insan hakları aynı zamanda evrenselleşebilir de.

Bu yaklaşım, hükümdara itaati sözleşme gereği kabul ederken, aynı zamanda insan aklına ters gelen ve tabii hukuk kaynaklı anlayışa aykırı uygulamalar karşısında da insanların hükümdarın (devletin) yetkilerini insan haklarının ihlali yönünde kullanmalarına karşı insanların sözleşmeyi sona erdirmeye hak ve yetkilerinin olduğunu da kabul, dengeli bir yaklaşım yoluyla hakların korunabileceğini de kabul etmiş olmaktadır.



Kapani'ye göre, "ferdiyetçi doktrin, insan haklarını artık devletten önce mevcut olduğu ileri sürülen tabiat haline ve hayali bir sözleşmenin hükümlerine dayandırmıyor. Kişi hak ve hürriyetlerini, doğrudan doğruya, insanın yaradılışı itibarile irade sahibi, hür ve sorumlu tek gerçek varlık oluşundan ve devletin temel yapıcı unsuru bulunuşundan çıkarıyor"<sup>11</sup>.

Günümüzde etkileri çeşitli biçimde devam eden tabii hukuk yaklaşımlarının motor gücü yanında, asıl olarak insanın güncel durum ve gereksinimlerine yanıt verebilen hak arayış ve kabullerinin de gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. İnsanlar haklara gereksinim ve bu gereksinimin akıl süzgecinden geçirilerek somutlaştırılmasıyla sahip olduklarından, varsayımsal olarak hak kabulü gerçekçi değildir. Hakların zamanla zenginleşmesi ve bir kısmının zamanla daha ön plana çıkması bunu doğrulamaktadır.

### **Hak ve Özgürlük Farklı**

Ancak özgürlüğün bir hak olduğunun kabul edilmesine karşın, tüm hakların özgürlük olmadıkları ifade edilmektedir. Çünkü hakkın biçimi sağlama-sına karşın, bu biçimi sağlamak özgürlüğü gündeme getiriyor. Hatta hakkın, tanınan özgürlük olması nedeniyle; özgürlüğün "usuli güvencesi ve gerçekleşme aracı" olduğundan söz edilmektedir<sup>12</sup>.

"Özgürlük bir hak'tır; fakat bütün haklar özgürlük değildir. Özgürlük, herkese tanınmış bir insan hakkıdır.(...) 'Hak' biçimi sağlar; bununla özgürlük ifade edilir, dışa vurulur; onun varlığı anlaşılır. Hak daha çok özgürlüğün, usuli güvencesi ve gerçekleşme aracı olarak nitelenebilir. Özgürlük, fiili durumu ifade eder (...) haklar normatif alanda yer alır. Hak'ta, doğru addolunan davranış meşruiyet kriterine vurulduğundan, özgürlük ve haklar aynı düzlemde bulunmazlar"<sup>13</sup>.

(11) Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981, s.40.

(12) Kaboğlu, İbrahim Ö.:Özgürlükler Hukuku, AFA, İstanbul 1994, s.12-13.

(13) Kaboğlu, 1994, s.12-13.

“ ‘Özgürlük’, aslında bir hak olmasına rağmen, özel bir yere ve değere sahip ‘insan haklarından’ önce hukuk ve siyaset alanlarının konusu olmuştur” 14.

### **Toplumsal Kökenliler**

Özgürlük ve hak kavramlarının her ikisi de toplumsal kökenlidir. Ne var ki, özgürlük bir inanç birliği ile oluşurken, hak teknik bir işlem sonucu doğmaktadır.

Hak, “hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanılma şekil ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür” 15.

### **Birlikte Kullanılmaları**

“Hak ve hürriyet kavramları, çoğu zaman aynı anlamda kullanılır. Bununla beraber, hürriyetler kaynaklarını insanın doğumunda, kişiliğinde bulurlar. İnsanın, insan olduğu için sahip olduğu bir gücün, serbest hareket etme gücünün, daha doğrusu bir bağımsızlığın (otonomi) ifadesidirler. Haklara gelince, yazılı hukuk belgeleriyle, kanunlarla, hürriyetleri sağlamak için, kişiye tanınan yetkililerdir (...) Hakların ve hürriyetlerin tümü kamu hürriyetleri olarak ifade edilebilir” 16.

Hak ve özgürlüğün birbirine yakın kavramlar olmaları nedeniyle birlikte kullanılmaları bize, bu iki kavramın aslında bir tek gerçeğin iki yönü olduğunu göstermektedir. Zira özgürlük bir haktır. Ve her hak ancak özgürlükle gerçekleştirilebilir. Hakkın özgürlüğün konusu, özgürlüğün ise hakkın vasıtası olduğu söylenmektedir. Bu nedenle hak yoksa özgürlük gereksiz, özgürlük yoksa hak yararsızdır denmektedir 17.

(14) Mumcu, Ahmet: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1994, s.13.

(15) Aktaran Mumcu, 1994, s.21.

(16) Tunaya, T.Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980, s.187.

(17) Kubalı, H.N.:Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1971, s.164.

### Hak ve Onur

Hak ile onur kavramı üzerinde de durmak gerekir. Çünkü, hak insan onurunu da korumaktadır. Ancak hakkın sahibine sorumluluk(ödev) yüklediğini kabul etmek gerekir. Bu konuda şu hususlar dile getirilmektedir:“Her şeyden önce ‘haklar’ dediğimiz şeyi onur ve özgürlükle karıştırmamalıyız. Onur çok değerli kılınmış bir şeyin özelliğidir. İnsan onuru insanın hakkı olan hakları alması sonucu ortaya çıkabilir. (...) Eğer bir insana bazı haklar verilmişse, bunun karşılığında bazı ödevleri kabul etmelidir. (...) Özgürlük hiçbir şekilde bir kişinin her istediğini yapabilmesi, hele bu hakka sahip olması anlamına gelmez. Özgürlük, daha çok, birlikte getirdiği bazı güçlük ve engellere rağmen bir şeyde ısrar etme, onu halletme ve aşma olanağıdır. Özgürlük bir kişinin istediğini yapması, özellikle demek değildir. Çünkü her zaman için bir hak, ya kabul görmüş bir kurum tarafından meşru kılınmıştır; ya da ikna, gelenek hatta şiddet yoluyla oluşan toplu bir uzlaşma sonucu meşru kılınmıştır.(...) Özgürlük ve haklar, elbette birbirleriyle ilişkisi olmayan şeyler değildir. (...) özgürlük (...) özgür olmak (,) özgür olmadığını bilmek, itiraf etmek ve bunu kabullenmektir”<sup>18</sup>.

### Özgürlüğün Sınırsızlığı ve Hakkın Sınırlılığı

Hak, kişiye, özgürlükleri sağlamak için hukukun tanımış olduğu meşru yetkidir<sup>19</sup>. Esasen hakkın, “hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanılma şekli ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür” şeklinde tanımlandığı da görülmektedir<sup>20</sup>. Özgürlükte bir “kısıtla-

(18) Mercier, André: “İnsan Haklarının Temelleri”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İoanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.15-23.

(19) Kaboğlu, 1994, s.13.

(20) Arsal’dan aktaran Mumcu, 1994, s.21.



ma” olmaması söz konusu iken<sup>21</sup>; hakta bir “somutlaşma”<sup>22</sup>, dolayısıyla, hem devlet tarafından tanınmış olma, hem de sınırlanma söz konusudur<sup>23</sup>. **Haklar hukuksal güven altına alındıklarında özgürlüklerin sağlanmasından söz edilebilir**<sup>24</sup>. Böylece hakkın, özgürlüklerin yasalarla güvence altına alınmış biçimi olduğundan söz edebiliriz<sup>25</sup>.

“Özgürlük, bütün hakların ortak kökenidir; haklar ise, özgürlükleri sağlamak için kişiye hukukça tanınan meşru yetkilidir”<sup>26</sup>.

“Özgürlük(...)hakların bir ürünüdür(...). Haklar olmadan, özgürlük olmaz; çünkü haklar olmadan insan, kişi olmanın gerektirdiği gereksinimlerle ilgisi olmayan kanunların bendesi olacaktır”<sup>27</sup>.

“Bir hakkı almak demek (,) başkalarından bir şeyler isteyebilecek bir durumda olmak demektir. (...) Hak, bir hakka sahip olmak hakkı değildir- yiyecek gibi, özgürlük gibi başka bir şeyden yararlanma hakkıdır. Bazen bir insanın ‘bir hakkı olduğu’ndan şöylece söz ederiz, ama asıl söylemek istediğimiz şey bir insanın bir hakkın özü demek olan şu ya da bu şeye sahip olduğu, belki de ona bir hak olarak sahip olduğudur. Örneğin, özgürlük hakkına sahip olmak demek özgürlüğe sahip olmak demektir. Özgürlüğün bir hak olduğu bilinciyle özgürlüğe sahip olmak anlamına da gelebilir”<sup>28</sup>.

(21) Akın, İlhan F.: Kamu Hukuku, İstanbul 1987, s.260; Mumcu, 1994, s.13-14;Kaboğlu, Ö.İ.: Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır, 1989, s.15.

(22) Kaboğlu, 1989, s.15.

(23) Mourgeon, Jacques:İnsan Hakları, Ç.:Ayşen Ekmekçi-Alev Türker, İletişim Yayıncılık, İstanbul 1990, s.72. Yazara göre, “Hakların hukuki onayı, hepsi aynı sonuca-hakların sınırlanması-yol açan farklı yöntemlerle gerçekleştirilir”. Mumcu, s.21: “hak, devlete tanınır, sınırlanır, kaldırılır”.

(24) 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisininin 16 ncı maddesine göre, “hakların güven altına alınmadığı(...) toplumda anayasa yoktur”.

(25) Gemalmaz, 1997, s.317.

(26) Kaboğlu, 1994, s.13;Kaboğlu, 1989, s.15-17.

(27) Harold Laski'den aktaran Gemalmaz, 1997, s.318.

(28) Shue, Henry: “Temel Hakların Evrenselliği”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan:Ioanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.26-27.

“Özgürlük-doğa içinde içgüdüden, toplum içinde de saf ustan ibaret olan o cevher-yeryüzünde somutlaşınca, bundan ‘haklar’ doğar. Bir başka deyimle; özgürlük somutlaşınca, o, bir takım ‘olanak’lara, bir takım ‘ayrıcalık’lara dönüşür. Özgürlük, somutlaşınca, ondan insanlar için bir takım olanaklar, bir takım serbestlikler, bir takım yapma ya da yapmama yetenekleri doğar ki, bunlara ‘haklar’, ‘İNSAN HAKLARI’ deriz”<sup>29</sup>.

“Hak, yaygın kabul bulan yaklaşımla, özgürlükleri koruyan, onu kurumsallaştıran, yani yapma ya da yapmamaya ilişkin herhangi bir baskının yokluğu biçim(in)de somutlaşan bir özgürlüğün, başka bir adlandırma ile devrim serbestisinin hukuksal kimlik altında görünmesidir”<sup>30</sup>.

“Bir seçme olanağı demek olan özgürlükten beslenen hak, aynı zamanda, o olanakları değerlendirebilme seçeneklerini kurumsallaştırır. Onun içindir ki, bazı yazarlar, hakkın, zamana, mekana koşullara göre değişebileceğini, ancak özgürlük ilkesinin, insan haklarının temeli olmasının hep saklı kaldığını vurgulamaktadırlar”<sup>31</sup>.

Tüm bunlardan çıkan sonuca göre hak, ödev ve yetki kavramlarından hareketle, bazen, “geçerliliği olan bir istem”; bazen, bir istem olmaktan çok bir “yetki” olarak tanımlanmaktadır. Ancak hakkın, meşru ya da makul istemler olarak açıklanmasında yanlıgı olabileceği, zira, böyle bir yaklaşımın, hakları, mutlaka ve her zaman diğer bir kişiye/kişilere karşı haklar olarak temellendirebileceği; hakkın ödev biçiminde açıklanmasının da yerinde olmayacağı, çünkü, tüm haklar bakımından ortak hususun, ödevde ilişkin olmayıp, yetki olduğu da savunulmaktadır<sup>32</sup>.

(29) Savcı, Bahri: “Yaşam Hakkı” “Felsefi Açısından Pratiğe Doğru”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İoanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.57-63.

(30) Gemalmaz, 1997, s.318.

(31) Gemalmaz, 1997, s.319.

(32) Gemalmaz, 1997, s.319-320.

Hakkın temellendirilmesinde, hakkın “çıkar” kavramı ile bağlantısı üzerinde durduğumuzda, hakkın yalnız mevcut değil, gelecekteki çıkarı da kapsadığını kabul etmemiz gerekir. Ancak buradaki “çıkarı”, “menfaat” karşılığı olarak almamız şarttır. Ancak “menfaat”in hak sahibi yönünden “doğrudan” ilgili olmasını aramak gerekir; aksine, yani “dolaylı menfaat”in hak talebi için yeterli olduğunu her zaman söylemek zordur<sup>33</sup>.

Hak, hak sahibi ile hak sahibi olmayan arasında bir ayrıcalığın ifadesidir. Bu da hak sahibinin yetkili kılındığını gösterir. Aynı zamanda hak, hak sahibinin kimi durumlardan yasal bağışıklığını da ifade etmektedir. Bunu Wesley Hohfeld, dört ana başlık altında sınıflandırmaktadır: İstem, özgürlük, erk/yetki ve bağışıklık<sup>34</sup>.

Haklar prensip olarak yararlanıcısına mutlak yetki verir şeklinde anlaşıl-makla beraber, sadece yetki boyutundan değil, ödev ve sorumluluk boyu-tundan yaklaşıldığında mutlak sayılamaz. Bir yazar bunu şu şekilde izah ediyor: “hak ile, aksini zorunlu kılan nedenler olmadıkça tatmin edilmesi ya da yararlanılması gereken bir kabulü/varsaymayı meşrulaştıran, bir yetkiyi, ah-laki açıdan haklaştırılmış bir istemi, bir gereksinimi ya da bir çıkarı anlıyorum. Bu tanımlayıcı açıklamaların sonucunda, haklar, kural olarak mutlak değildir”<sup>35</sup>.

Buradan çıkan sonuç; hukuk, özgürlüğü tanımak suretiyle, onun korun-masını ve kullanım tarzlarını belirler. Bu anlamda insan hakları ile özgürlük-ler örtüşürler. Ancak bu bakışa göre her özgürlüğün sonuçta bir hakka dö-nüşmesine karşın, bütün hakların özgürlük olduğundan söz edilemez. Zira özgürlük “herkese” tanınmış insan hakkı olup kimi zaman hukukça tanınmış

(33) Gemalmaz, 1997, s.320’de, “bireyin çıkarlarının tümü değil, ancak bir bölümü onun açısından hak sayılabilir” denirken; aynı sayfada, Moris Ginsberg’den şu husus aktarılmaktadır: “hak, hukuk ile kavranması ya da güvenceye kavuşturulması gereken bir çıkardır”.

(34) Aktaran Gemalmaz, 1997, s.320, dip.25.

(35) Vernon Van Dyke’den aktaran Gemalmaz, 1997, s.321.



olmayabilirken; temel haklar hukuk tarafından tanınmış olmaları nedeniyle özgürlüğe oranla daha güvencelidirler. Ancak özgürlüğün hakka dönüşmemiş(tanınmamış) hali, sınırlarının çizilmemiş(çerçevelenmemiş, ödev ve sorumluluk yüklenmemiş olması) nedeniyle, hakka dönüşmüş özgürlüğe oranla daha serbesti ve sınırsızlığa sahiptir. Yani, hakka dönüşen özgürlük, bireye talep edebilme yetkisi verirken güvencelenmekle beraber(pozitif), tanınmamışlığındaki kadar dokunulmaz değildir. Bu nedenle temel hakka dönüşen özgürlüklerden, temel haklar arasında olup, hiç dokunulamayacak(en temel) hakların, müdahale edilmeme bakımından hakka dönüştürülmemiş özgürlüklere denk geldikleri(en yakın oldukları) söylenebilir.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın ilk bölümü Temel Haklar başlığı altında düzenlenmiştir(m.1-19). Fakat bu başlığa rağmen, temel haklar içinde özgürlüklerden de söz edilmektedir<sup>36</sup>. Ancak Alman Anayasası özgürlükler olarak nitelediği temel hakların bir kısmını, bunlara dokunulmaması nedeniyle, Devletüstü Temel Haklar; buna karşılık bir kısmını, dokunulabilir hak olmaları nedeniyle, Devletçe tanınan Temel Haklar olarak düzenlemiştir.

1961 ve 1982 Anayasalarımızın bu görüşten etkilenmelerine karşın, hak ve özgürlük ayırımını net olarak yaptıklarını söyleyemeyiz. Zira 1982 Anayasasının kimi maddelerinde özgürlük<sup>37</sup>, kimi maddelerinde hak<sup>38</sup>, kimi maddelerinde hak ve özgürlük<sup>39</sup>, kimi maddelerinde de hak ve özgürlük kavram-

- 
- (36) Federal Alman Anayasası : "Din ve İnanç Özgürlüğü"(m.4); "Açıklama Özgürlüğü"(m.5); "Toplanma Özgürlüğü"(m.8); "Dernek Kurma Özgürlüğü"(m.9);"Seyahat Özgürlüğü"(m.11); "Meslek Seçme Özgürlüğü"(m.12) gibi
- (37) Örneğin: Haberleşme(m.17);yerleşme ve seyahat(m.23);din ve vicdan(m.24); düşünceyi açıklama(m.26) ;basın (m.28) gibi.
- (38) Örneğin: süreli ve süresiz yayın hakkı(m.29);kitle haberleşme araçlarından yararlanma(m.31);düzeltilme ve cevap(m.32);mülkiyet(m.35) gibi.
- (39) Örneğin: Dernek kurma özgürlüğü başlıklı 33 ncü maddenin birinci cümlesinde "hak"tan söz edilmektedir.

larının yanında dokunulmazlık(m.17,21), gizlilik(m.20), güvenlik(m.19), yasak(m.18), yararlanma(m.43), koruma(m.41, 45, 56, 58, 63 ve 64) ve sağlama(m.55) kavramlarına yer verilmektedir<sup>40</sup>.

### III-İNSAN HAKLARI

Kavram olarak insan hakları, kapsamı konusunda yaşanan karmaşaya rağmen<sup>41</sup>, gelecek kuşaklara bırakılabilecek önemli "miras" ve "insanlık değeri" olarak kabul edilmelidir<sup>42</sup>.

İnsan hakları kavramının içeriğinin gittikçe zenginleşmesi, bir yandan arzulanan çok sayıda konunun bu kavram içerisinde değerlendirilmesine yol açarken; diğer yandan da, kimi dayatmalar kavramın içeriğinin belirlenmesinde sakıncalara sebebiyet vermektedir<sup>43</sup>.

Esasen insan hakları, çok boyutlu bir kavramdır. Yani, insan haklarına birden çok disiplin açısından yaklaşmak mümkündür. Her disiplinin kendine özgü mantığı, terminolojisi, akıl yürütme biçimi vs. mevcuttur. Buradan çıkan sonuç, insan haklarının farklı disiplinler açısından ele alınması demek, her bir disiplinin kendine özgü özellikleriyle bu kavrama yaklaşması demektir. Böyle bir yaklaşım sonucu, kavramda belirsizlik olmakta, sınırları silikleşmekte ve kavramlar birbirlerinin yerine kullanılmaya başlanmaktadır. İnsan haklarına farklı disiplinler açısından yaklaşılması, kavramı disiplinler arası geçişin

(40) Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000, s.163.

(41) Kuçuradi, İoanna: "Felsefe ve İnsan Hakları", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İoanna Kuçuradi. Ankara 1982, s.49-54. Yazar, "Bir kavram ne zaman tehlikeli olur? İçeriği bulanık olduğu halde, herkes bu kavramı bildiğini sanınca. Korkarım, insan hakları tehlikeli bir kavram olmuştur bile"(s.49) demektedir.

(42) Gemalmaz, 1997, s.311.

(43) Gemalmaz, 1997, s.312. Yazar insan hakları kavramının içeriğinin belirlenmesinde "ulusal" veya "uluslar arası" düzlemde olmak üzere iki dayatma sakıncasından söz etmektedir. Bu "dayatma"ların "tek yanlı biçimde, insan haklarından ne anlaşılacak gerektiği" yönünde olduğunu ve "evrensel ölçekte ortak bir dilin, ortak değerlerin yansıma alanı olması gereken insan hakları"nın, "güçlünün işine geleni insan hakları olarak sunma ve benimsetmeye çalışma çabalarının konusu ve alanı" olduğuna dikkat çekmektedir.

söz konusu olabildiği, yani inter disiplinler bir alan olmaya yönelmektedir. İşte bu özellik nedeniyle, insan hakları konusunda çalışma zorlaştığı gibi, çok boyutluluğu nedeniyle de o'nun bir "cazibe merkezi" olmasını sağlamaktadır<sup>44</sup>.

Bir başka açıdan da, insan hakları kavramında netleşmeyi, "kavramsal bileşke" önlemektedir. Zira "insan" ve "hak" sözcüklerinden oluşan bir kavram ile yüzyüze gelmesi güçlük doğurmaktadır. Bunlardan "insan" sözcüğü ilk bakışta algılandığından fazla anlama sahiptir. Hak kavramı da öyle, tarih boyunca hukuk öğretisinde çok sayıda inceleme ve tartışmanın konusu olmuştur. Hak kavramı farklı disiplinlerce değişik değerlendirmelere tabi tutulduğu gibi, hukukta da halen farklı yaklaşımlarla zenginleşmektedir. Dolayısıyla, çok sayıda anlamı bağrında taşıyan bu iki kavramdan oluşan "kavram öbeği"nin de netleşmesi zorlaşmaktadır<sup>45</sup>.

### İnsan Hakları Kavramında Alan Sınırlaması

İnsan hakları kavramında netleşmeyi sağlayabilmek için, öncelikle kavrama hangi disiplin açısından yaklaşıldığının belirlenmesi gerekir. Ancak böyle bir yaklaşımdan sonra insan haklarının alanı sınırlanabilir. Zira insan haklarının sayısı belli değildir. Her dönem yeni yeni insan haklarından söz edilmektedir. Hatta haklar, toplumlara göre değişmekte; aynı toplumda da yeni hak, eski hakkı geride bırakmaktadır. Dolayısıyla insan haklarının tam bir listesini vermek mümkün değildir<sup>46</sup>. Çünkü, insan hakları insanın sahip olması gereken "ideal haklar" listesi olarak düşünülmektedir<sup>47</sup>.

(44) Gemalmaz, 1997, s.313.

(45) Gemalmaz, 1997, s.313.

(46) Çeçen, Anıl:İnsan Hakları, Ankara 1990, s.19 vd.; Ünal,Şeref:Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.22 vd.; Batur, Süheyl: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul 1996, s.17 vd.; Uygun, Oktay:Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, Ankara 1996, s.7.

(47) Gemalmaz, 1997, s.326.



İşte dinamizmi nedeniyle tam bir listesi verilemeyen insan haklarından bir kısmı, zamanla ulusal ve uluslar arası metinlere aktarılmaktadır. İnsan haklarının ulusal metinlerce tanınmasından sonra uygulama kabiliyeti kazandıkları görülür. Bir başka deyişle, insan hakları listesinden **pozitif hukuk metinlerine aktarılıp**, belirgin haklar katalogu haline gelenleri **temel haklara dönüşmektedirler**<sup>48</sup>. Bu nedenle insan haklarının “mevzuatla” ya da “yargı kararıyla tanınması” halinde “temel hak” niteliğine kavuşabildikleri ifade edilmektedir<sup>49</sup>.

Esasen insan hakları deyimine yakın olan başka kavramlar da vardır: kişi hak ve özgürlükleri, temel hak ve özgürlükler, kamu özgürlükleri vb. Bu sonuncular, insan hakları kavramına oranla daha dar kapsamlıdır. **Temel hak ve özgürlükler** deyimini, hak ve özgürlüklerden temel olan ve olmayan ayrımını içinde taşıdığı için eksiktir. Bu deyim, daha çok **anayasaların tanıdığı** hak ve özgürlükleri ve sadece bunları anlatmak için kullanılmaktadır. Dolayısıyla, anayasa koyucunun dışladıklarının göz ardı edilmesi ya da anayasanın tanıdıklarıyla yetinilmesinin sakıncaları vardır<sup>50</sup>.

İnsan hakları, “yalnız olanı, yani kamu otoritelerince tanınanı değil, olması gerekeni de içine alır. O kadar ki, kamu otoritelerince reddedilenler bile insan hakları kavramı çerçevesinden süzülüp çıkartılmış sayılmazlar”<sup>51</sup>. İnsan hakları deyimini, sürekli bir arayış ve yürüyüşü ifade eder. Bir başka deyişle insan hakları, her zaman, anayasa ve yasaların tanıdığı hak ve özgürlükler katalogunun önünde koşar<sup>52</sup>. Çünkü insan hakları katalogu sadece yasalarla tanınmış olanlardan ibaret olmayıp, dinamikdir. Bu dinamiklik nede-

(48) Gören, Zafer: Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997, s.76 vd.; Kaboğlu, 1989, s.18 vd.; Uygun, 1996, s.8; Soysal, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s.189; Akıllıoğlu, 1993, s.4 (yazar, insan hakları ile temel hak ve özgürlükler arasında bir fark görmemektedir).

(49) Gören, 1997, s.76; Mourgeon, Jacques: İnsan Hakları, İletişim Yayınları, Ç: Ayşen Ekmekçi-Alev Türker, İstanbul 1990, s.70 vd.

(50) Tanör, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayını, İstanbul 1990, s.15.

(51) Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s.16.

(52) Tanör, İnsan Hakları Sorunu, s.17.

niyle, sürekli yenilerini üretmeye, bir öncekinin daha etkin kullanımını sağlamaya yardımcı olan ve onları zenginleştiren hakların üretim alanındadır. Bu nedenle, insan haklarını sadece mevcutların tespitinden ibaret kabul etmek yanlıştır. İnsana gerekli ve zorunlu olan her şey için insan haklarına ihtiyaç vardır. Bu anlamıyla da insan hakları, sürekli olarak arttığı, gelişerek zenginleştiği oranda birbirinden ayrılmaz bir bütünlük oluşturur. İnsan hakları kavramı, hakların birbirleriyle yakın bağlantılı oluşu ve birbirini zenginleştirmesi nedeniyle de tekil değil, çoğul olarak kullanılmaktadır. Bu bize insan haklarından bazılarının tanınmaması halinde bir eksiklik olacağını da göstermektedir. Denebilir ki insan hakları olmazsa olmaz “çokuzlar” şeklinde tanındıklarında doğal ortamlarında hep birlikte ve güvenceli olarak yaşatılabilirler.

Ancak insan hakları ile özgürlüklerinin pozitif hukuk sınırlarını taşıyan özelliklere sahip oluşları nedeniyle<sup>53</sup>, içeriklerinin belirlenmesinde hukuki-pozitivist ölçünün göz önünde bulundurulmasına ihtiyaç vardır.

#### IV- KAVRAMI NETLEŞTİRME\_

İnsan haklarının temel eksenini “hukuk” disiplini biçimlendirmektedir. “**Hukuk**” sözcüğü Türkçe’de, Arapça olan “**haklar**” karşılığı olarak ve tekil kullanılır. Hukukun alt disiplinlerinin/dallarının hukuk sözcüğü kullanılarak ifade edilmesi nedeniyle, insan haklarını hukukta, “**insan hakları hukuku**” olarak adlandırmak gerekmektedir<sup>54</sup>.

İnsan Hakları kavramı, temelde doğal hukuk anlayışına dayanmaktadır. İnsanın insan olması, doğası gereği, vazgeçilmez, devredilmez haklarının ol-

(53) Kaboğlu, İbrahim Ö.:Özgürlükler Hukuku, AFA, İstanbul 1994, s.12.

(54) Gemalmaz, 1997, s.314. Yazar burada, “sözün gelişi Özgürlükler Hukuku, vb. adlar kullanıldığında ise, hem hukuk ve diğer bilim çevrelerinde, hem de ulusal ve uluslararası kamuoyunda yaygın ve kabul bulan, benimsenen İnsan Hakları adlandırmasından tümüyle vazgeçilmiş olmaktadır” demektedir.

duğunu gösterir. İnsanın niteliği ve onuru, o'nun iktidarlar ve dolayısıyla yürürlükteki hukuk düzeni tarafından korunan hakları, bunların güvenceye bağlanmasını zorunlu kılmaktadır. İktidar ve hukukun insan haklarını tanımaması, bunlara saygı göstermemesi, bu hakların insandan ayrılamaması nedeniyle, niteliklerinin kaybını getirmez<sup>55</sup>.

İnsan Hakları Bildirisini kaleme alan ve o'na son biçimini verenlerden biri olan ünlü Fransız bilim adamı Rene Cassin, insan haklarını bir "bilim" olarak nitelendirmektedir<sup>56</sup>. Bu bilimde **ölçü** "insan onuru" olup; konusu ise, insan onuruna saygıyı sağlayan hak ve özgürlüklerin araştırılmasıdır<sup>57</sup>. İnsan hakları ile ilgili araştırma/inceleme konusu, "ulusal" ve "uluslararası düzeyde" tanınmış olan, "insan kişiliğine saygı ve korunması" ile "kamu düzeninin sürdürülmesi"nin uzlaştırılmasıdır<sup>58</sup>.

İnsan haklarının tanımlanmasında üç öge üzerinde durulmaktadır<sup>59</sup>: İlk öge hakkın yararlanıcısı yani "**kişi**"<sup>60</sup> ; ikinci öge bu disiplinin konusu olan "**haklar**" kavramı; ve üçüncü öge, yararlanma araçları: "**koruma sorunu**".

İnsan haklarının doğal hukuktan, iç hukuktan ve uluslararası hukuktan kaynaklanan özellikleri vardır. İnsan haklarının sadece iç hukuktan kaynaklanan kurallarla değil, git gide artan biçimde uluslararası hukuk kuralları nedeniyle de sağlandığı görülmektedir. Bu da ister istemez sözleşmelerin iç hukuklara etkisi konusunu gündeme getirmektedir. Zira insan haklarının iç

(55) Kaboğlu, 1989, s.18 vd.; Akılhoğlu, 1993, s.1 vd.

(56) Madiot, Yves: Droits de l'Homme et Libertés Publiques, Masson 1976, s.13.

(57) Kaboğlu, 1989, s.19; Kaboğlu, insan haklarının bir "bilim" olarak nitelendirilmesinin bir "doğma" tehlikesi eleştirisi alabileceğine, ancak insan haklarının bir "ideoloji" haline getirilmesinin önlenmesi ve "politizasyondan arındırılması"nın önemine dikkat çekmektedir.

(58) Kaboğlu, 1989, s.20; Madiot, 1976, s.13; Temel haklar çatışması ve uyumlaştırılması konusunda bkz. Kanadoğlu, O.Korkut: Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yayını, İstanbul 2000.

(59) Madiot, Yves: Droits de l'Homme et Libertés Publiques, Masson 1976, s.14; Kaboğlu, 1989, s.20.

(60) Buradaki kişi tekil olarak kullanılmakla beraber, toplu olarak kullanılan insan haklarının öznesi kuşkusuz "birey toplulukları"dır. Kaboğlu, 1989, s.20-21, dip.35.



hukukça tanınmasının yanında, zamanla imzalanan uluslararası sözleşmeler tarafından da tanındığı ve imzacı ülkelerin bunların kurallarına uyma yükümlülüğü getirdiği görülmektedir. Hal böyle olunca, uluslararası sözleşmelerin iç hukuka aktarılması, iç hukuk tarafından doğrudan uygulanması sorunu önem arz etmektedir.

İnsan haklarının **sayısı belli değildir**. Her dönem yeni yeni insan haklarından söz edilebilmesi bundandır. Bu nedenle listelenmesi mümkün olmadığı gibi, buna gerek de yoktur. Ancak belli bir dönem veya ülkede insan haklarının neler olduğu sorusuna yanıt arandığında, yine de bir liste ile karşılaşmak mümkündür.

### V-TEMEL HAKLAR<sup>61</sup>

Temel haklar kavramı ilk kez 1770'de ortaya çıkmıştır<sup>62</sup>. Ancak pozitif hukuka ilk aktarılışı, 1776 Virginia "Bill Of Rights"ı ile gerçekleşmiştir. Bu bildirinin birinci maddesindeki düzenlemede, tüm insanların doğuştan eşit, özgür ve bağımsız oldukları; devlet topluluğuna katılmakla kendilerinden sonra gelen kuşakları bir sözleşmeyle yoksun bırakamayacakları belli haklara sahip olduklarına yer verilmiştir. Bu bildiri daha sonra birçok devlet tarafından daha da detaylandırılarak kabul edilmiştir. 1789 Fransız bildirisini temel haklar olarak birçok hakkı tanıdığı gibi, hakların güvenceye alınmadığı, kuvvetler ayrılığının kabul edilmediği toplumların anayasaya sahip olmadıkları(m.16) ve dolayısıyla bu tür toplumlarda temel haklardan söz edilemeyeceğine yer vermiştir. İnsan haklarına bu şekilde önem verilmesi ve bunların zaman içerisinde giderek zenginleştirilmesi temel hakların ortaya çıkmasını sağlamıştır.

(61) Gören, 1997, s.14 vd.

(62) Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, s. 9 vd.

İnsan hakları Anayasalarda somutlaşınca temel haklar haline gelirler. Başka bir deyimle temel haklar, insan hakları katalogundan pozitif hukuk metinlerine geçen, somut, özelliği belirgin haklardır. Yani insan hakları mevzuatla ya da yargı kararıyla tanındığında temel hak niteliğini kazanmaktadırlar.

Türkiye'nin, taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklar AİHK'na "bireysel başvuru hakkı"nı bazı "çekince beyanı" ya da "yorum beyanı" ve "bütün hukuk yollarının tüketilmiş olması" koşuluyla tanıdığını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 28 Ocak 1987 tarihinde bildirmesiyle o zamana kadar Anayasamızda yer alanlar dışındaki haklar, mevzuatla Türk pozitif hukukuna geçerek "temel haklar" arasına girmiştir.

İnsan haklarının tabii hukuk anlayışına göre devletten önce de var oldukları ve bunlara devlet güvencesinin sağlanmasıyla "temel hak" olarak adlandırıldıkları ifade edilmektedir. Nadiren de olsa Uluslararası Sözleşmelerde olduğu gibi, temel haklar ve temel ilkeler deyimleri aynı zamanda insan hakları anlamında kullanılmakla birlikte, çoğunlukla temel haklar ile insan hakları anayasalarda farklı düzenlenmektedir. Alman Anayasası, 1 nci maddesinin II.fıkrası "toplumun temelini oluşturan dokunulmaz, vazgeçilmez insan hakları"ndan; III.fıkrasında "temel haklar"dan söz ederek bu iki kavramı kesin olarak birbirinden ayırmaktadır. Bu fıkraya göre temel haklar yasama, yürütme ve yargıyı doğrudan doğruya bağlayan, uygulanması zorunlu haklardır. Buna benzer bir düzenleme Türk Anayasasında da mevcuttur. Anayasanın 2 nci maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti; 14/1 nci maddesi, "insan haklarına dayanan" demokratik ve laik Cumhuriyet; 12 nci maddesi herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğundan söz etmektedir. Benzer düzenlemeler, Portekiz ve İspanyol Anayasalarında da yer almaktadır.

Bazı Anayasalarda temel haklar sınırlı sayıda tutulmuş ve Avrupa Konseyi, yüksek yargı organlarının içtihatları veya yasalarla yeni temel haklar yürürlüğe konulmuştur.

Temel hakların çoğaltılmasında İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, AİHS ve diğer uluslararası sözleşmeler rol oynamıştır.

Anayasalarda soyut olarak yer alan bu kavramlar gerçek değerlerine ve anlamlarına ancak yasama, yürütme ve yargının uygulamasıyla kavuşmaktadır.

### **Anayasal Haklar**

Anayasa yargısının niteliği gereği, Anayasada açıkça yer almasa da Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla (anayasa hükümlerini yorumlarıyla) tanıdığı haklar anayasal hakları oluşturmaktadır. Yani bazı haklar, yazılı metinlerde (anayasa, yasa vs.) yer almadıkları halde, yargıcın bunları hak olarak kabul etmesiyle anayasal hak haline gelmektedir. Şu halde anayasal hak, yargıcın tanıdığı bir "temel hak türüdür". Anayasa yargıcısı, Anayasa metni yanında, hukukun genel prensiplerinden, İnsan Hakları Bildirisi ve AİHS'den kaynaklanan bazı hakları da anayasal hak olarak nitelendirebilir.

Örneğin, Anayasa Mahkememiz yargı erkinin vazgeçilmez koşulu olarak nitelediği "yargı bağımsızlığı" nı "temel hak ve özgürlüklerin en büyük ve en etkili güvencesi" olarak kabul ederek, "yargı erki" ile "yargı bağımsızlığı" nı iki anayasal ilke halinde "temel hak" olarak kabul etmiştir<sup>63</sup>.

İnsan Hakları Bildirisi ve AİHS'nin öngördüğü insan hakları türlerinin bir çoğu Anayasamızda olduğu gibi, bazı Anayasalarda da somutlaştırılmış, ayrıca başka insan hakları türleri de kabul edilerek anayasa kurallarına yer verilmiştir.

(63) Anayasa Mahkemesi kararı, 1988/32, 1989/10, RG:22.6.1989/20203, s.28-33.



İşte insan hakları olarak soyut biçimde kabul edilen kimi haklardan “mevzuat” ya da “yargı kararı” ile tanınanlarına temel haklar denmektedir.

### Yazısız Temel Haklar

Haklardan bazıları kural olarak yazılı bir metin haline getirilmemiştir; bunlar soyut olarak insan hakları olarak kabul edilseler de, teknik anlamda pozitifleştirilmedikleri sürece bunlara temel haklar denmemektedir.

Bazı ülkelerin anayasalarında anayasa üstü normlar yer almamaktadır. Buna rağmen bu ülkeler kimi normları yazılı veya yazısız normlar haline getirerek iç hukuk düzeniyle bütünleştirmişlerdir.

İsviçre, AİHS’ndeki insan haklarını, bir transformasyon işlemine gerek olmadan, milli hukuk olarak benimsemiştir.

İsviçre Anayasasında mevcut olmayan temel haklar katalogu Federal Mahkeme tarafından yıllar boyu içtihatlarla “yazısız temel haklar” olarak kabul edilmiştir.

Türk Anayasa yargısı, İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için sadece Anayasa ya da diğer pozitif hukuk metinlerini yeterli görmemekte, Anayasaya uygunluk denetimi yaparken, “Anayasaların açık kurallarından önce hukukun bilinen, bütün uygar ülkelerde benimsenen ilkelere uygun olması” koşulunu aramaktadır<sup>64</sup>.

Kısaca Anayasa Mahkememiz hukuksal pozitivismden doğal hukuka geçişe olanak tanımaktadır ki, Anayasanın 12 nci maddesinin incelenmesinden bu görüşün izlerine rastlamak mümkündür. Anayasanın “temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlığı altında yer alan 12 nci maddesindeki “ Her-

---

(64) Anayasa Mahkemesi kararı, 1966/19, 1968/25, AMKD, C:7, s.28.

kes(...) sahiptir” kuralı düzenleniş biçimi ve özülüyle hem doğal hukuktan yararlanmakta, hem onu izleyen ve “herkes” sözcüğüyle başlayan maddelerdeki temel hak ve özgürlüklerin kaynağını ve hareket noktasını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkememiz, söz konusu 12 nci maddenin Türk Anayasasında yer almayan ya da Türkiye tarafından onaylanmamış uluslararası sözleşmelerde yer alan bireysel hak ve özgürlükleri de etki alanına alabileceğini, anayasada bulunmadığı halde “direnme hakkını” kabul ederek benimsemiştir<sup>65</sup>.

Demokratik fonksiyonel temel hak görüşüne göre, temel hakların ilk amacı, özgür demokratik idare oluşumunu sağlamaktır. Temel haklar yalnız bireysel herhangi bir sübjektif özgürlüğü korumakla kalmayıp, demokratik irade oluşumu sürecine yönlendirilmiş özgürlüğü de güvence altına almaktadır.

Temel haklar demokratik rejimlerde en iyi kabul gören ve korunan haklar oldukları için, belli bir değer, yani demokrasinin korunmasına ve zenginleşmesine de katkıda bulunurlar.

Bir demokraside özgürlüğü belirleyen çoğunluktur. Ancak demokrasilerin çoğunlukları, azınlıkta kalan düşüncelere de özgürlük tanıdığından, temel hakların korunması noktasında demokratik rejim yöneticileri peşinen bu hakları korumayı taahhüt etmiş olmaktadır. Çünkü demokraside çoğunluğun yönetmesi ve kuralları koyması, üzerinde anlaşmaya varılmış olan temel hakların korunması zorunludur. Kuşkusuz demokratik sistemlerde temel olmayan haklar için de güvence söz konusudur. Ancak temel haklar bireylerin olmazsa olmazları arasındadır. Bu itibarla çoğunluğun sınırsız egemenliğinden söz etmek mümkün değildir.

---

(65) Anayasa Mahkemesi kararı, 1988/2, 1988/1, RG:16.5.1989/20167, s.59.

Şu halde vatandaşa temel hakları, hem özgür ve bağımsız bir birey, hem toplumun bir üyesi olduğu için tanımak gerekmektedir. Temel hakların tanınmasında bireyler(toplum içerisinde) arasında ayırım yapılmaması gerekmektedir. Yani temel hak garantisi sadece bireysel değil, demokrasinin birlikte işletilmesi nedeniyle aynı zamanda kamu çıkarı için sağlanmıştır.

### **Temel Haklar Kategorisinin Gerekliği**

Kimi yazarlar haklar arasında temel olan olmayan biçiminde bir ayırma gerek görmezlerken, kimileri insan haklarının “temel” niteliğinde olduklarını sürerek, bunları listeleme yoluna gitmektedirler. “İnsan” hakları söz konusu olduğunda gerçekten böyle “temel” bir haklar kategorisi bulunup bulunmadığı tartışılmaya değer kabul edilmektedir.

Bir “Temel” İnsan Hakları Kategorisi var mıdır?

İnsan haklarının bazılarını “temel haklar” olarak ayıran birçok yazar bulunmakla beraber, bunların önerdikleri listeler birbirinden oldukça farklıdır. Bunun nedeni, “temel” niteliğin her bir yazar tarafından farklı tanımlanmasıdır.

Örneğin Henry Shue'ya göre, “bütün diğer haklardan yararlanmanın temeli olan” haklar temel niteliktedirler. Ancak, bir hakkın “temel hak” sayılması onun değer bakımından diğer haklardan daha üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Bu anlamda temel haklar üç tanedir: güvenlik, geçim ve özgürlük. Bu temel haklar diğer insan haklarından yararlanmanın ön şartıdır; yani bunlardan birinin ihmal edilmesi, hiçbir haktan yararlanılamaması sonucunu doğurur<sup>66</sup>.

Başka bir yazar, temel hakları “herkesin herkesle ilişkisinde saygı gösterilmesini isteyebileceği haklar” olarak tanımlamıştır. Bu tanımdan yola çı-

(66) Erdoğan, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Ankara 1996, s.139 vd.



kacak olursak, ikili ayrıma gitmek gerekir: birincisi ya bütün insan hakları temel insan haklarıdır, ki bu durumda insan haklarını "temel" sıfatı ile nitelendirmek gereksizdir; ikincisi, ya da diğer (temel olmayan) insan haklarına başkalarının saygı göstermesine gerek yoktur. Oysa böyle bir nitelendirme insan haklarının ihlaline açık kapı bırakır<sup>67</sup>.

Diğer temel hak listesi önerilerine gelince: H.A Bedau ve başka bazı yazarlar bu listeyi esas itibarıyla sivil ve siyasal haklarla sınırlamaktadırlar. Buna karşılık, F.Ajami'nin önerdiği liste ile Matthews ve Pratt'ın listesi ise özünde Shue'nun listesine benzemektedir<sup>68</sup>.

O halde cevaplandırılması gereken asıl soru şudur: Bazı hakları "insan hakkı" olarak tanımladıktan sonra, bunların içinden bir grubu ayırıp onları "temel haklar" olarak nitelendirmek tutarlı mıdır? Eğer böyle bir ayırım yapılacaksa, o zaman üstün ahlaki gereklilikler olarak "insan hakları"nın ne anlamı kalmaktadır? Öyle görünüyor ki, "temel insan hakları" diye ayrıcalıklı bir liste önermek, bütün insan haklarıyla korumayı istediğimiz temel değere hizmet etmekten uzaktır. Donnelly'nin ifadesiyle "insan onurunu korumak için, diğer insan hakları olmadan, yalnız başına 'temel insan hakları' yeterli değildir. Her insan hakkının sistematik olarak ihlal edilmesinin tam anlamıyla onurlu bir hayatı gerçekleştirmeyle engellemesi, yani bir kimsenin insan değerine sahip bir hayat için zorunlu olan asgari şartlara kavuşmasının engellenmesi anlamında, bütün insan hakları 'temel haklar' dır"<sup>69</sup>.

Bu tartışma bize, günümüzde genel kabul gören insan hakları listesinin aşırı kabarık hale geldiğini ve bu listenin, çeşitli teorik ve özellikle de pratik nedenlerle ayıklanmasına ihtiyaç bulunduğunu göstermektedir. Bu durum-

(67) Donnelly J. :Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Ç.:M.Erdoğan-L.Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.49; Erdoğan, 1996, s.139.

(68) Donnelly, 1995, s.49-50; Erdoğan, 1996, s.139-140.

(69) Erdoğan, 1996, s.140.

da, mantıklı olan yol, önce bir insan hakları listesi önerip, onun içinden de ikinci bir temel haklar listesi çıkarmaya çalışmak yerine; insan haklarını, böyle ek bir çabaya gerek duyurmayacak bir teorik sağlamlık ve titizlikle tanımlamak olmalıdır.

Burada özetlenen temel haklar tartışması hukuki değil, felsefi ve ahlaki bir tartışmadır. Bu nedenle, hukuk terminolojisinde yer etmiş "temel haklar" terimi felsefi anlamda "temel insan hakları" ile doğrudan doğruya ilgili değildir. Hukuk dilinde bu terim başka bir anlama gelmektedir. Buna göre, "temel haklar" siyasal iktidarın kullanımında esas alınması gereken, devlet örgütlenmesinin temelini oluşturan veya anayasal sistemin temelinde yatan haklar demektir. Belli bir siyasal toplumda bu hakların "temel" olması, onların anayasal hükümler hüviyetinde olmaları ve bütün devlet faaliyetinin bunlara uygun olarak gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu anlamına gelir. Ayrıca, bu hakların hepsinin doğru anlamda "insan hakları" niteliğinde olması da şart değildir. Kısaca hukuk dilinde temel haklar, iç hukukta öncelikle anayasalarda yer alan ve anayasada yer almamakla beraber anayasa yargısı tarafından kabul edilen haklar demektir.

Hukuk dilinde buna benzer şekilde "**kamu özgürlükleri**" terimi de yerleşiktir. Bu terimin "devlet tarafından güvenceye bağlanmış" ve "kamunun güvencesi altında" olan özgürlükleri veya insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka geçirilmiş bölümünü ifade ettiği belirtilmektedir. "Bunlara 'kamu' hürriyetleri denmesi, sadece bir sınıf veya zümreye değil, fakat istisnasız olarak herkese (kamuya) tanınmış olmasından ve dolayısıyla fert-devlet ilişkilerini düzenleyen kamu hukukunun bir kolunu teşkil etmesindedir"<sup>70</sup>.

---

(70) Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981, s.14.

Esasında insan hakları olmadan temel insan haklarından söz edilemeyeceği gibi<sup>71</sup>, kimi hakları diğerlerine oranla öne almadan, bunların mutlak surette korunmaları ve güvencelendirilmeleri olmadan diğer hakları korumanın ve hatta yeni hakları geliştirmenin de mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Uluslar arası sözleşmelerde ve Anayasalarda yer aldığı gibi (örneğin ALHS'nin 15 nci ve 1982 Anayasasının 15 maddesinde yer alan haklar), kimi hakların mutlak dokunulmazlıkları sağlanmadan, insan haklarının güvencede olduğunu savunmak da güçtür. İnsan haklarının pozitifleştirilme çizgisine göz atıldığında, tümünün birden pozitif metinlere dökülmediklerini ve zamanla benimsediklerini görürüz. Ama buna kavuşabilmesi için, insanın olmazsa olmaz haklarının mutlak koruma görmesi gerektiği hususunun ilk pozitifleştirildikleri anlaşılır. Örneğin, halkın can, mal ve namusunun korunması gibi hakların ilk metinlerde korumanın başında yer aldıklarını; büyük dünya savaşları sonrasında ise, bugün temel haklar olarak nitelendirdiğimiz hakların çoğunun anayasalarda ve sözleşmelerde koruma güvencesine kavuşturulduklarını ve nihayet bunların içerisinde yer alan kimi hakların ise olağanüstü hallerde dahi mutlaka korunmalarının sağlandığına tanık olunmaktadır. Bu kabullerin insanın insan olarak değerine verilen ve yaşamı için ilk sıralarda yer alan haklar oldukları anlaşılır. Bu bize haklar arasında temel olan ve olmayan ayrımı yanında, temel haklar arasında da kimilerinin en çok korunması gerektiğini ortaya koyuyor. Çünkü, insana en çok gerekli olan en çok korunmaya layık görülmede, giderek haklar arasında bir kademelenme benimsenmektedir. Gerçi kimine göre en önde olması gerektiği savunulan hakların bir başkasına göre sıralamada sonlarda olduğu şeklinde farklı yaklaşımlar ileri sürülebilir. Ancak tüm dünyada ve çoğunlukla demokratik ülkelerde kabul gören yaklaşım, farklı görüş ve değerlendirmeler olsa da, haklar arasında bir kademelenmenin varlığıdır.

---

(71) Donnelly, 1995, s.50.



Öyleyse, hiç değilse günümüzde haklar arasında en çok korunması gerekenler biçiminde bir ayırımdan korkmamak gerekir. Önemli olan temel hak olarak kabul edilen hakların tüm güvenceleriyle korunmasıdır. Bunun sağlanmasından sonra temel haklar listesinin insan hakları ve demokrasideki gelişmeye bağlı olarak gelişeceğinde kuşku yoktur. Eğer böyle yapmaksızın tüm hakları temel hak kabul edecek olursak, bunların aynı güvencede tümünden korunmasındaki güçlük, hükümetleri zor durumda bırakıp, insanlığın yeniden temel haklar öncesi toplum yaşamına dönmesini sağlayabilir. Oysa zaman ve gereksinim duyuldukça temel hakların sayısını, insanlar ve yönetimler sindire sindire benimser, korur ve hak arama yollarını kavrarlarsa, bunlardan geriye gidiş kolay olmaz. Kuşkusuz çağdaş demokratik hukuk devletlerinin hedefi tüm hakların temel haklar biçiminde ayrımsız korunmasıdır. Ancak tecrübeler göstermiştir ki, gerek mantalite, gerek çeşitli olanaksızlıklar, gerek toplumların demokrasi ve hukuk devleti anlayışlarındaki farklılıklar, böyle olağanüstü idealin bir anda gerçekleştirilmesine elverişli olamıyor. Hükümetlerin parti olarak muhalefette iken savundukları ve halkın oyu ile iktidara geldikten sonra, eleştirdikleri ve gelmesini istediklerinin çoğunu düşündükleri gibi uygulayamadıkları bir gerçektir. O nedenle, bir çok konuda olduğu gibi, haklar konusunda da, onların daha ileri düzeylere yükseltmeleri için neler gerekiyorsa o'nu toplum ve dünya gelişmeleriyle birlikte değerlendirerek gerçekleştirmekte yarar var.

### **Temel Haklar ve Direnme Hakkı**

Direnme hakkının temelini Ortaçağ'da görmek mümkündür. Locke'a göre iktidara gelenlerin meşruluğundan söz edebilmek için iki koşul gerekir: Birincisi, iktidarın yasalara uygun olarak ele geçirilmesi, yani gasp edilmemesi; ikincisi, iktidarın halka baskı uygulamaması, özellikle yaşama hakkı, mülkiyet hakkı ve kişisel özgürlükleri çiğnememesi gibi temel haklara zarar vermemesidir.

Direnme hakkı hukuka aykırı ve fazlaca ileri gitmeyen, teröre dönüşmeyen ve temel hakların çiğnenmesine karşı eylem biçimleridir. Geçmişte ve günümüzde kimi pozitif hukuk metinlerince benimsenmiş olan direnme hakkı, 1215 tarihli Magna Carta'da direkt olmamakla beraber, dolaylı olarak, Beratta yer alan hakların çiğnenmesi halinde yirmibeş Barondan oluşan Kurul'un Kral'a karşı savaş açma hakkı tanınmıştır(m.52).

Yine 1789 tarihli Fransız Belgesinde, "baskıya karşı direnmeden"(m.2) söz edilirken, "mülkiyet, güvenlik ve özgürlüğün" korunması dile getirilmekteydi. Baskıya karşı direnme, 1791, 1793 ve 1795 tarihli Fransız Anayasalarında yer aldığı gibi; 19 ncu ve 20 nci yüzyıl Avrupa Anayasalarında klasik hak ve özgürlükler arasında yer almıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan hakları Evrensel Bildirgesinin önsözünde, "İnsanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur bırakılmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması esaslı bir zorunluluk" olarak kabul edilmiştir.

Osmanlı İmparatorluğunda ise, ilk kez 1808 Sened-i İttifak'ında, Sadrazamın yasalara aykırı davranması durumunda, Ayan'ın oybirliği ile direnme hakkı kabul edilmişti. 1961 Anayasası'nın Başlangıç kısmında, Türk Ulu-su'nun meşruluğunu yitirmiş bir iktidara karşı "direnme hakkı"nı kullandığı dile getirilirken; 1982 Anayasası'nın sonradan Başlangıçtan çıkarılan düzenlemesine göre, 12 Eylül yönetimi iktidara halkın çağrısı ile gelmişti. Her iki Anayasa'nın bu düzenlemelerinin halkoylamasıyla kabul edilmesi dikkate alındığında, direnme hakkının halk adına kullanılmış olduğu yönünde görüşler dile getirilmiştir<sup>72</sup>.

---

(72) Aliefendioğlu, Yılmaz: "Direnme Hakkı", Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, TODAİE Yayını, Ankara 2002, s.400.

Direnme hakkı hemen en ufak bir yanlış uygulama nedeniyle kullanılmaz. Aksi takdirde anarşi olur ki bunu demokratik devletlerin kabul etmesi mümkün değildir<sup>73</sup>.

Ancak şu husus konumuz için çok önemlidir. Direnme hakkına yer veren kimi anayasada, bu hakkın “insan hakları” veya “temel hakların” ihlali halinde kullanılabilmesine yer verilmiştir<sup>74</sup>.

Ancak temel hakların açıkça çiğnendiğinden bahisle direnme hakkının varlığı iddiasıyla hukuk devleti ilkelerinin de çiğnenmemesi gerekir. Çünkü direnme hakkı hukuk devletini korumanın aracıdır; işletilmez hale getirilmesinin değil.

### Temel Haklardan Vazgeçme

Bu kadar önemli olan haklardan bireyin vazgeçmesi mümkün mü? Kuşkusuz insanlar kendilerine tanınan haklardan özgür iradesiyle vazgeçebilirler. Ancak bildiriler ve anayasalar temel hakların vazgeçilmezliğinden söz etmekte<sup>75</sup>. Herkesin, “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip” olması, kendi isteği ile de bunlardan bir kısmını kullanmaktan vazgeçemeyeceği anlamına mı gelir?

Anayasamız bu konuda açık bir vazgeçmeye yer vermemekte; çünkü, buradaki “vazgeçilmezlik”, hakkın yararlanıcısı dışında kalanlara karşı ileri

(73) Direnme hakkının koşulları olarak, “İktidarın meşru olmayan(hukuk dışı) yollarla gasp edilmesi ya da baskı ve zulmün iktidar aracı durumuna gelmesi”; “Direnme hakkının ulusça kullanılması gerektiği yönündeki inancın, genelde mevcut ortak kaniya ve etkili bir güce dönüşmesi”; “Zulüm ve baskıdan kurtulmanın başka yolunun kalmamış olması”ndan söz edilmektedir. Bkz. Aliefendioğlu, 2002, s.397-399.

(74) Federal Alman Anayasasında hukuk düzeninin ortadan kaldırılmasında(m.20); Bremen Anayasasına göre, “insan haklarına kamu gücü tarafından anayasaya aykırı biçimde dokunulduğunda”(m.19) ;Berlin Eyaleti Anayasasına göre de, “temel haklar açık bir biçimde ihlal edildiğinde”(m.23/3) direnme hakkının kullanılabilmesine yer verilmiştir.

(75) Örneğin 1982 Anayasasının 12 nci maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”.



sürülebilmesi içindir. Hakkın sahibinin hakkını kullanmaktan vazgeçebilmesinin kabul edilmemesi demek, hakkı zarar görenin bizzat dava açılmasına gerek kalmaksızın devlet tarafından hukuki ve cezai yönden dava edilmesini gerektirir. Oysa Anayasa, hak arama özgürlüğünü kabul ederken(m.36), bireye bunu bir hak olarak tanımaktadır. Birey ister dava açar ister açmaz; ama devlet kimi durumlarda re'sen ceza davası açılmasını kabul etmekle, özde bireyin hakkından vazgeçtiğini kabul etmemektedir. Çünkü, örneğin birini öldüren cezalandırılır; ancak kişi intihar ederse, yaşama hakkından kendi isteği ile (başkasının yardımı veya yönlendirmesi olmadan) vazgeçtiğinden yapacak bir şey yoktur. Öyleyse temel hakların nitelikleri elverdikçe kullanımından bireyler vazgeçebilirler<sup>76</sup>.

## VI-TEMEL HAKLAR ARASINDA AYIRIM

Öncelikle haklar arasında, özellikle de temel haklar arasında ayırım yapılması eleştirilebilir. Ancak ulusal ve uluslar arası belgelerde kimi hak ve özgürlüklerin diğerlerine oranla daha fazla korunmaya değer kabul edildikleri görülmektedir. Çünkü olağan koşullarda tüm temel haklar için o koşullara uygun sınırlama(koruma) nedenleri öngörülürken, olağanüstü koşullarda bazıları için getirilecek sınırlamaların özel olarak öngörüldüğü ve bunlar için diğerlerinden farklı bir hukuki rejimin benimsendiği bir gerçektir. Örneğin, AİHS'nin 15 ve 1982 Anayasasının 15 nci maddelerine şu düzenlemeler mevcuttur:

**AİHS'nin "Olağanüstü hallerde askıya alma" başlıklı 15 nci maddesinde,** "1.Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve

(76) AİHM devlet tarafından güvenceleriyle belirlenmiş olan hakkın kullanımından kişilerin kendi istekleriyle vazgeçmelerini kabul etmekte ve vazgeçmeden sonra veya o hakkın kullanılmaması nedeniyle ilgili devletin ihlalini kabul etmemektedir. Tüm temel hakların kullanımından istekle vazgeçilmesinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Örneğin, ahlaka aykırı özel hukuk sözleşmeleri geçersizdir. Bkz. Gören, 1995, s.54 vd.

uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlalle mezun kılmaz. 3. Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir"; 1982 Anayasasının "**Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması**" başlıklı 15 nci maddesinde de "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler<sup>77</sup> dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanınca ya kadar kimse suçlu sayılamaz" düzenlemesi yer almaktadır.

O halde gerek Anayasamızdaki bu düzenleme ve gerekse, Anayasanın 90 ncı maddesindeki düzenleme<sup>78</sup> gereğince iç hukukun bir parçası sayılan AİHS'nin bu düzenlemeleri, temel hak ve özgürlükler arasında bir ayırım ya-

(77) 15 nci maddenin ikinci fıkrasında yer alan "ile, ölüm cezalarının infazı" ibaresi 5170 Sayılı yasanın 2 nci maddesi ile fıkra metninden çıkarılmıştır.

(78) Anayasanın 90 ncı maddesine 7.5.2004 gün ve 5170 Sayılı Yasanın 7 nci maddesiyle eklenen cümle şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır".

pıldığını ve bunlardan bir kısmının daha kıskançlıkla korunmak istendiğini göstermektedir. Öğretide temel haklar arasında yer alan ve bu şekilde daha özel koruma öngörülen haklara "sert çekirdekli temel haklar" denmektedir<sup>79</sup>.

## VII-TEMEL HAKLARIN DOĞRUDAN UYGULANMASI

Anayasayla veya yargı kararlarıyla tansınmış temel hakların doğrudan uygulanmaları konusu büyük önem taşımaktadır. Anayasa ile tanınan temel haklardan bir kısmının uygulanabilmesi için yasayla somutlaştırılması gerekebilir. Bir kısmının ise, ayrıca yasayla düzenleme yapılmasına gerek olmayacak biçimde uygulanabilir açıklıkta olduğu görülmektedir. Bu nedenle anayasaların doğrudan uygulanmalarının ayrık olduğu dile getirilmektedir. Çünkü yasaların uygulanmasında, hiyerarşideki sıralamanın aksine bir sıralama söz konusudur: üstün olan kural en son uygulanır. Gerçi bu yaklaşım, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü(1982/11) kuralı nedeniyle, derhal uygulanmasını zorunlu kılar gibi değerlendirilebilse de, bu, anayasanın her koşulda doğrudan uygulanacağı anlamına gelmez. Kuşkusuz anayasanın derhal uygulanabilir, bir yasama işlemine gerek kalmayacak biçimde somut düzenlenmesi en ideali denebilse de, pratikte anayasanın uzun erimli olabilmesi, değiştirilmesindeki güçlük ve kimi konuların zaman ve gereksinime göre yasama organınca düzenlenmesinin daha yerinde olacağı benimsenmiştir.

Konuyu ikili ayrıma tabi tutarak değerlendirmekte yarar var: Birincisi, anayasayla uygulanabilir açıklıkta düzenleme varsa; ikincisi, anayasada düzenleme olmakla beraber, somutlaştırılması için yasamaya yetki(görev) verilmişse<sup>80</sup>.

(79) Gören, 1995, s.30.

(80) Değişik olasılıklar bakımından değerlendirme için bkz. Akıllıoğlu, 1993, s. 23 vd.



Birinci halde anayasanın doğrudan uygulanacağında kuşku yoktur. Ancak böyle bir düzenlemeye rağmen, yasayla düzenleme getirilmiş ve yasa anayasaya uygun ise, sorun yok, her ikisi de uygulanacaktır. Buna karşın, yasa anayasaya aykırı düzenlemeye sahip ve hakkın kullanımını anayasadan daha güvencesiz hale getiriyorsa, bu durumda yasanın bir şekilde bertaraf edilmesi, örneğin, anayasaya aykırılığında iptalinin ve doğrudan anayasanın uygulanmasının sağlanması gerekir. Bir başka husus da, yasa anayasa-daki düzenlemeyi yararlanıcının daha lehine düzenliyor, bu durumda yasayla getirilmiş ve daha lehe olan düzenlemenin doğrudan uygulanması gerekir. Çünkü, temel hakların daha lehe ve uygulanabilir olmasının sağlanması temel hakların tanınması çizgisi bakımından en uygun anlayıştır. Ancak burada da anayasadaki düzenlemeden daha lehe olarak düzenlendiği iddia olunan hakkın anayasal rejimi tanınmaz hale getirmesi halinde de, yine anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalinin sağlanması gerekebilir. Bunu her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Zira anayasayla tanınmış bir haktan daha ileri düzenlendiği iddia olunan hakkın, başkalarının hakları ve demokratik sistemle uyumlu da olması gerekir<sup>81</sup>.

İkincisi, anayasada yer alan bir hakkın somutlaştırılması için yasamaya yetki(görev) verilmesi halinde, yasamanın anayasaya uygun olmak üzere kavramlarda hakkın kullanımına kolaylık sağlayacak biçimde düzenleme yapması gerekir. Öyleyse, bir yasayla uygulanabilir hale getirilmesi gereken haklar bakımından anayasanın doğrudan uygulanabilirliğinden söz etmek güçtür.

Ancak yine de, bu sonuncu halde de, anayasa ile kabul edilen bir hakkın yasayla yararlanılabilir hale getirilmemesi durumunda, yasanın yokluğun-

---

(81) Anayasanın 4 ncü maddesinde belirtilen değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkeler ile 13 ve 14 ncü maddeleri ile ilgisi oranında diğer maddelerdeki düzenlemelerin göz önünde bulundurulması gerekir.

dan veya kavrama açıklık getirilmediğinden bahisle haktan yararlandırmama söz konusu olamayacağından, bu durumda da anayasanın yorum yoluyla doğrudan uygulanması gerekir. Aksi takdirde anayasa ile tanınmış bir hakkın yasayla uygulanabilir(yararlanılabilir) somutluğa kavuşturulmamış olması nedeniyle, o temel haktan yararlandırmama söz konusu olur ki bu kabul edilemez. Bu durumda anayasanın bir konuyu hak olarak tanımasına karşın, yararlanılabilir hale getiren bir yasal düzenleme yokluğundan bahisle hak sahibini o haktan yararlandırmamazlık edemeyiz. Çünkü anayasada bir hakkın tanınmasıyla beraber, kullanılabilir açıklığa kavuşturulabilmesiyle görevli yasanın o konuda düzenleme getirmemesi halinde, yasamayı o konuda yasa yapmaya zorlayacak açık bir emredici kural olmamakla beraber, hak sahibini o haktan yararlandırmaya engel bir durum da yoktur. Bu durumda o hakla ilgili işlem yapmakla görevli organın, yasa yokluğundan bahisle haktan yararlandırmama yerine, hak sahibine hakkını teslim edici uygun bir işlem yapması zorunludur.

### VIII-SONUÇ

Kural olarak temel haklardan “herkes” yararlanır. Anayasamız bunu, “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlığı altında, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”(m.12) şeklinde düzenlemiştir. Ancak Anayasa yabancılar bakımından istisnai düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”(m.16). Bu konuda düzenleme yapma yetkisi, Anayasaya uygun olmak kaydıyla, yasama organına aittir. Yasama organının getireceği düzenlemelerle, uluslar arası gelişmeleri gözeteneğinde kuşku yoktur. Yani mutlak surette vatandaşların yararlanmaları gerekenler hariç, temel haklardan yabancıların da yararlandırılacakları anlaşılmaktadır.

İnsan hakları pozitif hukuka aktarılmak suretiyle temel haklara dönüşmekte. Bu kimi zaman anayasalarla, kimi zaman yasalarla ve kimi zaman

da yargı organlarının kararlarıyla gerçekleştirilmektedir. Temel hak haline dönüştürülen insan hakları, devlet tarafından daha çok korunmalarının gerektiği şeklinde anlaşılabilceği gibi, aynı zamanda bireylere, başkalarının haklarına zarar vermeme şeklinde, içkin sınırlanmalar yanında, devlete bu amaçla sınırlama yetkisi de vermektedir. Çünkü toplum haline geçişle beraber, insanoğlu tek başına yaşamadığını, kendi hakları yanında başkalarının da haklarının olduğunu bilmek zorundadır. Devlet, bireylere bu hakları güvenceleriyle tanırken, aynı zamanda her bir hak kullanıcısına yükümlülük de öngördüğünden, bir bakıma özgürlüklerin bir birini sınırlandırması/dengelemesi kabul edilmiş olmaktadır. Demokratik toplumların hoşgörülü toplumlar olarak kabul edilmesindeki anlayış, devlet tarafından özgürlüklerle ilgili sınırlama getirilmesinde sadece devletin hoşgörülü olması değildir. Hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvenceye alınması kadar, kullanıcılarının da bunlardan yararlanırken başkalarına zarar vermeme veya hakları kötüye kullanmamada(Anayasa, m.14; AİHS, m.17)<sup>82</sup> azami dikkati göstermeleri gerekir. Temel haklardan herkesin yararlanmasındaki amaç, bunların tanınmasındaki amaçlarına uygun olarak kullanılmalardır.

Öyleyse temel hakların sağlanmasındaki evrimleşme çizgisi, demokratik devletlerin geldikleri aşama itibarıyla, hep devletten hak istemeyle bitmeyip; yararlanıcıların da temel hakların kazanımlarını demokratik gelişmeye

---

(82) 1982 Anayasasının 14 nci maddesine göre, "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir"; AİHS'nin 17 nci maddesine göre ise, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz".



uygun olarak benimseyip, buna göre kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Bunu sağlayabilmek için, yine de devletlere büyük görev düşmektedir. Devletin temel hakları tüm güvenceleriyle tanımak ve kötüye kullanım yasağını belirtmesi yetmiyor; insanların hem haklarını bilmeleri, hem de haklarından yararlanırken(devlet dahil) başkalarına zarar vermeyecekleri konusunda oldukça güçlü eğitim verme görevi bulunmaktadır. Sanırım insan hakları konusunda eleştiri alan ülkelerin eksikliklerinin başında bu geliyor. Çünkü hak ihlallerini ister tek tek bireyler yapsın, ister kamu görevlileri yapsın, devletin her iki yönden de ihlali en aza indirgeyebilmesi insan hakları konusunda güçlü bir eğitim vermesini gerektirmektedir. Anayasamızın 11 nci maddesindeki "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" şeklindeki düzenleme, sadece devletin değil kişilerin de, nitelikleri elverdikçe, Anayasada yer alan temel haklar bakımında sorumluluklarının olduğunu ortaya koymaktadır. Devlet sadece kamu görevlilerinden gelebilecek hak ihlalleri için değil, bireylerden gelen/gelebilecek hak ihlalleri için de gerekli önlemleri almak zorundadır.

### KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin: Temel Haklar ve Özgürlükler, Ankara 1993.
- Akın, İlhan F.:Kamu Hukuku, İstanbul 1987.
- Aliefendioğlu, Yılmaz: "Direnme Hakkı", Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, TODAİE Yayını, Ankara 2002, s.395-405.
- Batum, Süheyl: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul - 1996
- Çeçen, Anıl:İnsan Hakları, Ankara 1990.
- Donnelly,J. :Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Ç.:M.Erdoğan-L.Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.
- Erdoğan, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Ankara 1996.
- Gemalmaz, Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayını, İstanbul 1997.
- Gören, Zafer:Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997.
- Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995.
- Gözler, Kemal:Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000.
- Hirş, Ernest: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk Baran(Veziroğlu), Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001/XII.
- Kaboğlu, İ.Ö.:Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, AFA, İstanbul 1994.
- Kanadoğlu, O.Korkut: Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yayını, İstanbul 2000.
- Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981.
- Kubalı, H.N.: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1971.

-Kuçuradi, Ioanna: "Felsefe ve İnsan Hakları", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan:Ioanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.49-54.

-Madiot, Yves: Droits de l'Homme et Libertés Publiques, Masson 1976.

-Mercier, André: "İnsan Haklarının Temelleri", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan:Ioanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.15-23.

-Mourgeon, Jacques:İnsan Hakları, İletişim Yayınları, Ç:Ayşen Ekmekçi-Alev Türker, İstanbul 1990.

-Mumcu, Ahmet: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1994.

-Paine, Thomas:İnsan Hakları, Ç.: O.Dostel, İstanbul 1964.

-Savcı, Bahri: "Yaşam Hakkı" "Felsefi Açısından Pratiğe Doğru", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: Ioanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.57-63.

-Shue, Henry: "Temel Hakların Evrenselliği", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: Ioanna Kuçuradi, Ankara 1982, s.25-42.

-Soysal,Mümtaz:100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986.

-Tanör, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayını, İstanbul 1990.

-Tunaya, T.Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980.

-Uygun, Oktay: Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, Ankara 1996.

-Ünal,Şeref:Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.



## 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE İŞYERİ DEVRİ

**Osman Güven ÇANKAYA - Şahin ÇİL (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: A)- Açıklama, 1-Tanımı ve Unsurları, 2- İşyeri Devri ile Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Arasındaki Bağlantı, 3- Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu Açısından İşyeri Devri, B)-İşyeri Devrinin Bireysel İş Sözleşmesi ve İşçilik Hakları Üzerinde Etkisi, C)-İşyeri Devrinin Toplu İş Hukuku Yönünden Sonuçları, D)-İşyeri Devrine Rağmen Yasa Hükümlerinin Uygulanmadığı Durum, E)-İşyeri Devrinin İşe İfade Etkisi, F)-Yasal Düzenlemeler, 1- 4857 Sayılı İş Kanunu (ilgili madde), 2-Borçlar Kanunu (ilgili madde), 3- 1475 Sayılı Yasanın 14 Üncü Maddesi, 4-854 Sayılı Deniz İş Kanununun İlgili Hükümleri, a)-Feshi Kapsamayan Hal (madde 19), b)-Kıdem Tazminatı (madde 20- ilgili bölüm), 5-1475 Sayılı Yasanın 53. Maddesi (mülga), 6- 2822 Sayılı Yasanın 8. Maddesi (ilgili madde), 7- 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (ilgili madde)*

### A)- AÇIKLAMA

#### 1-Tanımı ve Unsurları

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. Devralanın devir öncesinde ayrı bir işyerinin olması ve işveren sıfatının haiz olması bir zorunluluk değildir. Nitekim yasada işyerini devralandan, işveren olarak söz edilme-

(\*) Osman Güven Çankaya -Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı  
Şahin Çil - Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

miş, “*başka biri*” olarak tabiri kullanılmıştır. Devralan, işyerinin tamamını veya bir bölümünü devralmakla yasa gereği iş sözleşmesi devam eden işçilerin hizmet akitleri devralana geçecek ve devralan işveren sıfatının kazancaktır.

Bununla birlikte işyeri devrine dair işlemin devreden tarafı, işveren yada bu konuda yetkili temsilcisi olmalıdır.

Yine işyeri devrinden söz edilebilmesi için ortada bir işyerinin bulunması ve bu işyerinde mal ve hizmet üretimine dair bir faaliyetin olması gerekir. 4857 sayılı İş Kanununun ikinci maddesinde işyeri, “*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği*” birim olarak adlandırılmıştır. O halde işyeri, içinde işçi çalıştırılan yerdir. İşçinin bulunmadığı mal veya hizmet üretimine dair bir faaliyetin olmadığı yer işyeri sayılamayacağından, düşüncemize göre böyle bir yerin devri, işyeri devri olarak değil, mamelek devri olarak değerlendirilmelidir.

1475 sayılı İş Kanununda işyeri devri ayrı bir madde olarak düzenlenmemişti. Anılan Kanunun 14/2. maddesinde işyerinin devri halinde kıdem tazminatının hesaplanması şekli ve anılan tazminattan devreden işverenin sorumluluğu belirlenmiş, aynı şekilde izin hakları bakımından işyeri devrinin sonuçları 53. maddede açıklanmıştı. Uygulamada izin hakları yönünden anılan madde ve kıdem tazminatı bakımından 14/2. madde ve diğer işçilik hakları açısından ise, Borçlar Kanununun 179. maddesi uyarınca çözümlere gidilmekteydi.

Kanunun ayrı bir madde ile İş Hukuku açısından işyeri devrini etraflıca düzenlenmesi isabetli olmuştur. Özellikle Borçlar Kanununun 179. maddesi yönünden işyeri devri ile ilgili ilanın yapıp yapılmadığı ve yine anılan hükümün sadece işyerinin küll halinde devrini düzenlemiş oluşu sebebiyle işyerinin bir bölümünün devrinde uygulanıp uygulanamayacağı noktalarından so-

runlar ortaya çıkmaktaydı. Gerçekten, Yargıtay'ın bir kararında işyeri devrinin, Borçlar Kanununun 179. maddesi uyarınca gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiğinden söz edilmiştir<sup>1</sup>.

1475 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde, kıdem tazminatından devreden ve devralan işverenin sorumluluğu yasanın 14. maddesinde açık biçimde belirlendiğinden bu tazminat yönünden bir tereddüt ortaya çıkmamıştır. Aynı şekilde izin ücretinin (m53) devralan işverence ödenmesi gerektiği konusunda bir sorun yaşanmamıştır. Ancak, devreden işveren döneminde yapılan çalışmalar sebebiyle ortaya çıkan fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil alacakları ile ödenmemiş ücret ve ikramiye gibi işçilik haklarından devralan işverenin sorumlu olmayacağı yönünde Yargıtay kararları mevcuttur<sup>2</sup>.

Daha sonra, bu konuda önce muhalefet şerhleri ortaya çıkmış<sup>3</sup>, sonunda Yargıtay görüş değiştirmiş ve devralan işverenin de devreden işveren döneminde ortaya çıkan bu tür işçilik alacaklarından devredene birlikte sorumlu olduğu Borçlar Kanununun 179 maddesi uyarınca kabul edilmiştir<sup>4</sup>.

Türk Hukukunda konuyla ilgili bir yasal düzenleme de 2822 sayılı Yasanın 8. maddesinde yer almıştır. Bu hükümlerle işyerinin hukuki bir işleme dayalı olarak devri ile birlikte işyerinin bir şekilde başka işveren devri halinde toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceği açıklanmıştır. Söz konusu hükümde, iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceğine dair örtülü bir düzenleme olarak kabul edilebilir.

İsviçre Borçlar Kanununun 333.Maddesine göre, işveren işyerini başka birine devrettiğinde, işçinin devri kabul etmemesi dışında, iş ilişkisi bütün hak

(1) Yargıtay 9.HD 3.11.2004 gün 2004 /9244E, 2004/24808K.( kararlar için bkz. Çankaya, O.Güven / Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 s. 201 vd.)

(2) Yargıtay 9.H.D., 5.7.2001 gün, 2001/10947 E., 2001/12054 K.

(3) Yargıtay 9.H.D., 2001/18371 E., 2002/4008 K.

(4) Yargıtay 9.HD 30.9.2004 gün 2004/5530 E, 2004/21060 K.



ve borçlarıyla birlikte devralana geçer. İşçinin devri reddetmesi halinde iş ilişkisi kanuni bildirim süresi sonunda sona erer; bildirim süresinin sonuna kadar işçi ve işyerini devralan işveren hizmet aktinin yüklediği edimleri yerine getirmekle yükümlüdürler<sup>5</sup>.

4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. İşyeri devrinde işçinin rızası aranmadığı gibi, İsviçre Borçlar Kanunundan ayrı olarak iş sözleşmesinin devralana işverene geçmesi konusunda da işçinin iradesinin ortaya çıkması gerekmez.

Yasa koyucu, işyeri devrinin bir hukuki işleme dayalı olarak yapılabileceği öngörmüştür. Bu işlem, satış, başıslama, trampa, kiralama, şirketleşmeye gidilmesi ve benzeri şekillerde ortaya çıkabilir.

Miras yoluyla intikalin işyeri devri kapsamında olmadığı madde gerekçesinde açıklanmıştır. Gerçekten, işverenin ölümü halinde işyerinin bir hukuki işleme dayalı olarak mirasçılara devri söz konusu olmaz. Kaldı ki, bu konuda 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 599. maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan hükme göre, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Yine aynı maddede, mirasbırakanın aynı haklarının, alacaklarının, diğer malvarlığı haklarının, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerinin doğrudan doğruya mirasçılar tarafından kazanılacağı ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumluluğun doğduğu açıklanmıştır. Bu itibarla miras yoluyla intikal 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi anlamında teknik olarak bir işyeri devri değildir. İşverenin yerini yasa gereği mirasçılar almakta ve bunun sonucu ola-

---

(5) Ekonomi, Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkinin Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 327.

rak da yine iş sözleşmeleri mirasçılara geçmektedir. Ölen işverenin ödemekle yükümlü olduğu işçilik alacaklarının da mirasçılara geçeceği 4721 sayılı Yasanın 599. maddesine açıklanmıştır. O halde miras yoluyla intikal hukuki işleme dayalı bir işyeri devri değilse de, bir kısım sonuçlar işyeri devri ile benzerlikler gösterir. Ancak ölen işverenin sorumluluğu düşünülemeyeceğinden, işçilik haklarından birlikte sorumluluk düşünülemeyecektir.

Kamuya ait işyerlerinin özelleştirilmesi sonucu kısmen veya tamamen başka işverene devri de işyeri devri olarak değerlendirilmelidir. Özelleştirme sonrasında işverenin önceki gibi tüzel kişiliği devam etmekle birlikte sadece şirketteki pay durumu değişmişse, bu durum, işyeri devri olarak değerlendirilemez. Kamuya ait işyerlerinin özelleştirme kapsamına alınması ve bu aşamada 4046 sayılı yasa uyarınca Özelleştirme İdaresinin işyeriyle ilgili bazı tasarruflarda bulunabilmesi yetkisini elde etmesi, işyerinin anılan kuruma devri niteliğinde değildir. Bu nedenle özelleştirme işlemlerine aracılık eden anılan kurumun devralan işveren gibi sorumluluğu düşünülemez. Kurumun sadece 4046 sayılı yasadaki kaynaklanan ödeme yükümlülükleri mevcuttur.

İşyerinin önceleri gerçek şahıs tarafından yada birden fazla kişi tarafından adi ortaklık hükümlerine göre işletilmesi ve daha sonra şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki işverenlerin devralan tüzel kişi işverenin ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmaktadır.

Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir.

Adi ortaklardan birinin hissesinin devri de işyeri devri olarak işlem görür. Zira adi ortaklardan birisi adi ortaklıktaki hissesini devrederek ortaklıktan çıkmış durumdadır. Yargıtay'ın bir kararında hissesini devreden adi

ortağın kıdem tazminatından kendi çalıştırdığı süre ile devri tarihindeki ücreti ile sınırlı olarak sorumlu olduğu kabul edilmiştir<sup>6</sup>.

İşyerine kamu makamlarının el koyması da bir hukuki işlem olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten çeşitli yasalardan doğan bu yetkiyi kamu makamları kullanmaktadır. Ancak bu işlem sonunda -bankalara TMSF tarafından el konulması örneğinde olduğu gibi- çoğu kez işverenin hukuki kişiliği sona ermemektedir. Bu nedenle faaliyetleri durdurulan veya işyerine el konulan işverenin tüzel kişiliği devam etmekte olduğundan işyeri devrinden söz edilemez. Kamu makamlarının yasalara dayanılarak gerçekleştirdiği el koyma işlemleri işyeri devrinin hukuki sonuçlarını doğurmaz. Kamu makamları işyeriyle ilgili kararlar alabilmekte ve yönetim hakkını kullanmakta ise de, bu yetki yasadan doğmaktadır. Düşüncemize göre iş ilişkisinin tarafı tüzel kişiliği devam eden işverendir. Ancak kamu makamları, bu el koyma işlemi sonrasında işyerinin kısmen veya tamamen başka işverenlere devrini gerçekleştirirse, bu işlemin ardından işyeri devrinden söz edilebilir<sup>7</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Bankalar Kanununun hükümleri çerçevesinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yönetimine el konulan bankalar yönünden Fonun yükümlülüğü, işyeri devrinden değil ilgili yasalardan kaynaklanmaktadır. Yargıtay bir kararında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankanın tüzel kişiliği devam ettiğinden kararın banka hakkında kurulması gerektiğini ve Fon hakkında davanın husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerekeceğini kabul etmiştir<sup>8</sup>.

İşyerinin bir kısmının herhangi bir hukuki işleme dayalı olarak devri de mümkündür. Ancak bu işlem için işyerinin ayrı biçimde işletmeye uygun bir bölümünün varlığı gerekir. Örneğin işyerinin sosyal tesislerinin başka bir iş-

(6) Yargıtay 9.HD 2004/ 10507 E, 2005/ 4324K.

(7) Yargıtay 9.HD. 23.2.2005 gün 2004/16523 E, 2005/ 6042 K.

(8) Yargıtay 9.HD 18.10.2004 gün 2004/7076 E, 2004/ 23309K.



verene satılması sonrasında anılan birim işyerinde çalışanların iş sözleşmeleri de yasa gereği devralan işverene geçecektir. Yine iplik üreten bir işyerinde ayrı bir birim olan boya imalathanesinin başka işverene belli bir hukuki işleme dayalı olarak devri mümkündür. Ancak, işin bölünmesi ve hukuki işlemin tesisinden sonra ayrı bir işyeri olarak değerlendirilmesi mümkün değilse, bu durumda işyeri devrinden söz edilemez.

İşyerinin tamamının kira ilişkisine dayanılarak devri de mümkündür. Bu husus 6. maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay da bir kararında, işyerinin kiralama yoluyla devrinde husumetin devralana yöneltilmesinin yerinde olduğunu kabul etmiştir<sup>9</sup>.

Maddenin 4.fıkrasında tüzel kişiliğin birleşme, katılma veya türünün değiştirilmesi hallerinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir. Esasen maddede bahsi geçen her üç işlemde de önceki işverenin tüzel kişiliği sona ermektedir. Bu nedenle tüzel kişiliğini yitiren önceki işverenin işçilik haklarından sorumluluğu zaten düşünülemez.

1475 sayılı Kanun döneminde ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde iş sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı sorun oluşturmamıştır. Zira Türk Ticaret Kanunu ticari şirketlerin birleşmesi halinde (birleşme m. 147) külli halefiyet ilkesi benimsendiğinden, ortadan kalkan şirketlerin bütün hak ve borçları, kalan veya yeni kurulan şirkete intikal eder(m.151). Bu durumda iş sözleşmeleri de yeni kurulan şirketle devam eder<sup>10</sup>.

## **2- İşyeri Devri İle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Arasındaki Bağlantı**

İşyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması birbirinden farklıdır. Alt işverene verilmeye geçici bir durum söz ko-

(9) Yargıtay 9.HD 7.3.2005 gün 2005 /802 E, 2005/ 7443K.

(10) Mollamahmutoglu,Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2004 s. 163.

nusudur. Alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almıştır. Devralan işveren ise işyerini elde etmiştir.

Burada asıl sorun, işyerinin bir bölümünün uzun süren kira ilişkisi ile başkasına devri halinde ortaya çıkar. Belediyeye ait bir sosyal tesisin işletmeciliğinin ihale yoluyla 49 yıllığına ve kira ilişkisine dayanılarak bir şirkete verildiği bir örnekte, işyeri devrini mi, yoksa asıl işveren alt işveren ilişkisinin mi geçerli olduğu üzerinde durulabilir. Düşüncemize göre konuyu ikiye ayırarak ele almak gerekir. İlk olarak, kira ilişkisinde işyerinde bulunan araçlar, makine alet ve diğer işin yürütümü ile ilgili her türlü donanım kiracıya devredildiği taktirde işyerinin o bölümüyle ilgili işverenin kira ilişkisi boyunca hiçbir tasarruf hakkı kalmamıştır. Aslında mülkiyet hakkı kiraya veren işverende olduğundan kira ilişkisi içinde işyerinin kiraya verilen bölümünün satım, trampa, bağışlama şeklinde bir işlemle başka birine devri her zamana mümkündür. Ancak mülkiyet hakkından doğan bu üstün hakkın kullanımı dışında, kiraya veren işverenin kira ilişkisinin devamı sırasında kiraya verdiği bölümle ilgili olarak işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkının olmadığı hallerde kiralama işleminin, işyeri devri olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu açıklamalara göre yukarıdaki örneğe dönülecek olunursa, belediyenin kiraya verdiği sosyal tesiste hizmetin yürütümüyle ilgili her türlü donanım kiracıya devredilmiş ve yada malzemesiz olarak teslim edilmekle birlikte kiracı mal veya hizmet üretimine yardımcı her türlü malzemeyi kendi getirmişse, kiraya verenin işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkının olmadığı, ancak koşulların oluşması halinde kira ilişkisini sonlandırabileceği düşünülmeli ve aradaki ilişkinin işyeri devri niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır. Uzun süreli kiralama kira ilişkisinin kurulması da bizi, kiraya veren işverenin tasarruf yetkisini devrettiğine ve işlemin, işyerinin bir bölümünün devri niteliğinde olduğuna yaklaştırmaktadır.

Bu durumda kiraya verilen bölümde sadece kiracı konumundaki işverenin kiraya veren işverenden devraldığı yada kendisinin işyerine getirdiği

işçilerinin çalışması gerekir. Kiraya veren işveren işçilerinin de bu bölümde çalışmaları halinde bu işçiler ile işverenler arasındaki ilişkinin, geçici iş ilişkisi veya hizmet akti devri niteliğini taşıması olasıdır. Aksi halde kiraya veren işverenin kiralanan bölümde işçi çalıştırması, bu yerde tasarruf yetkisini haiz olduğu anlamındadır.

İkinci olarak; işyerinin bir bölümünün kiralınmasına rağmen kiraya verilen bölümde her iki işveren işçilerinin birlikte çalışması ve işyerinde mal veya hizmet üretimine yardımcı donanım üzerinde tasarruf yetkisinin kiraya veren işverende kalması durumunda her iki işveren arasındaki ilişkinin, asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliğinde olduğu düşünülmelidir.

İşverenler arasındaki ilişkinin tespiti önemlidir, zira işyeri devri ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonuçları birbirinden farklıdır. İşyeri devrinde devreden işverenin devir anında doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğu iki yıllık süre sınırlı ve iken asıl işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü dönemde alt işverenin ödemekle yükümlü olduğu işçilik alacaklarından sorumludur. Yine devreden işverenin devirden sonraki dönemle ilgili bir sorumluluğu mevcut değildir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin aynı şekilde asıl işveren işyerinde çalışmaya devam etmeleri halinde, işçiler artık asıl işverenin gerçek işçisi olarak değerlendirilmelidir. Bu durum da alt işverenin işyerini asıl işverene devretmiş sayılmalıdır. İlerde doğacak olan kıdem tazminatından devreden alt işverenin devir tarihindeki ücret seviyesi ve kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı sorumluluğu esastır. Bunun yanında aynı dönem için önceki asıl işveren de alt işverenle birlikte sorumludur.

Alt işverenlerin işyerinden ayrılmalarının ardından kesinti olmaksızın yeni bir alt işverenin gelmesi ve işçilerin birbirini izleyen bu alt işverenler yanında aralıksız çalışmaya devam etmeleri halinde, alt işverenler açısından bir iş-



yeri devrinin olup olmadığı, çözüm bekleyen önemli bir sorun olarak karşımızdadır. Çoğunlukla asıl işverene ait işyerinden birbiri ardına iş alan alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi arasında bir hukuki işlemin varlığından söz edilemez. Hatta alt işverenler birbirlerini tanımamış dahi olabilirler.

Bu konuyu da ikiye ayırmak suretiyle ele almak gerekir; İlk olarak alt işverenin ihale süresi sonunda işyerinden tamamen ayrılması ve işçilerini de birlikte götürmesi ihtimali üzerinde durulmalıdır. İşyerinde daha sonra aynı işi alan başka bir alt işveren bulursa dahi, her iki alt işveren arasında işyeri devrinden söz etmek pek mümkün değildir. Zira 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde işverenler arasında hukuki bir işleme dayalı olarak işyeri devri halinde devam eden hizmet akitlerinin devralan işverene geçeceği, yine devir anında doğmuş olan borçlardan her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Alt işverenin süresinin sonunda yada süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleşmiştir. Düşüncemize göre işin daha sonra başka bir alt işverene verilmesi 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi anlamında işyeri devri niteliğinde değildir.

İkinci olarak, süresi sona eren alt işverenin işçilerini başka işyerine götürmemesi ve aynı işçilerin yeni alt işveren işyerinde ara vermeksizin çalışmaları ihtimali üzerinde durulmalıdır. Belirtmek gerekir ki, asıl olan süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu hukuki işlemde alt işveren işçilerini başka bir işyerine davet et-

memiş ve yeni alt işveren işverende çalışmaya devam etmeleri örtülü biçimde istenmiştir. Bunun bir tür işyeri devri olduğu kabul edilmelidir.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz taktirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu esas alınmalıdır. Bu ihtimalde asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumlu olduğu tutarı aşamayacağından bazı uygulama sorunları ortaya çıkar. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 er aylık sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin ödemekle yükümlü olduğu miktarları geçmesi düşünülemez.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerini devir veya intikalden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı daha geniş biçimde çizilmiştir. Bu itibarla alt işverenler arasında belli bir hukuki işleme dayanan yada dayanmayan her türlü el değiştirmeler, 1475 sayılı Yasanın anılan maddesinin uygulanmasını gerektirecektir. O halde kıdem tazminatı açısından sorunu çözmek daha kolaydır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki yada fiili bir bağlantı olsun yada olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu düşünülecektir.

### **3- Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu Açısından İşyeri Devri**

İşyeri devriyle ilgili olarak 854 sayılı Deniz İş Kanununda da 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi paralelinde bir hüküm mevcuttur.(m 20) Anı-

ilan hükme göre, geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi ve ya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır.

Kıdem tazminatı dışında işyeri devriyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği için ve yine 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin gemi adamları yönünden uygulanma imkanı olmadığından, diğer işçilik haklarıyla ilgili olarak sorunun genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanununun 179. maddesi çerçevesinde çözülmesi gerekir. Ancak bu noktada Borçlar Kanununun anılan hükmünün uygulanma alanının geniş tutulması ve mamelek devri dışında kalan işyerinin bir bölümünün devrinin de bu kapsamda değerlendirilmesi yerinde olur. Yine, üçüncü kişilere ihbar ve ilan keyfiyeti üzerinde katı biçimde durulmamalıdır.

Deniz İş Kanununda işyeri devriyle ilgili bir başka düzenleme de, 19. maddede yer almaktadır. Anılan hükme göre, geminin Türk Bayrağını taşıma hakkı bulunduğu sürece mülkiyetin kısmen veya tamamen herhangi bir şahsa geçmesi hizmet aktinin feshini gerektirmemektedir. O halde devam eden hizmet akitlerinin geminin devri ile devralana geçeceği örtülü biçimde hükme bağlanmıştır. Hizmet akitlerinin devralana geçmesi de, ilerde hak kazanılabilecek ihbar tazminatından tüm süre esasıyla son işverenin sorumlu olmasını gerektirir. Yine devir öncesinde kullanılmayan izinler yönünden sorumluluğun devralan işveren geçmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı yasada ise, sadece 3. maddede yasa kapsamında olan bir işyerini devir alanların ilgili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. İşyeri devrinin iş sözleşmelerine ve işçilik haklarına etkisi anılan Yasada da ayrıca ele alınmamıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 116. maddesinde gazeteciler yönünden kıyasen uygulanabilecek olan maddeler arasında işyeri devrini düzenleyen 6. maddeye de yer verilmiştir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanununun anılan hükmünün basın çalı-



şanları açısından uygulanması olanaksızdır. Üstelik 5953 sayılı yasada kıdem tazminatının da devir halinde nasıl hesaplanacağı ve sorumluluğun nasıl belirleneceği açıklanmış değildir. İşyeri devrinin ardından kesintisiz şekilde çalışmaya devam eden bir gazetecinin kıdem hakları bakımından 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olan 14. maddesinin uygulanması ve devreden işveren ile devralan işverenin sorumluluğunun anılan hükme göre belirlenmesi doğru olmaz.

Bununla birlikte, 5953 sayılı Yasada 6. maddede gazetecilerin kıdem hakkı düzenlenmiş ve aynı maddede gazetecinin kıdeminin mesleğe ilk girişinden itibaren hesaplanacağı belirtilmiştir. Düzenleme, gazeteciye daha önce çalıştığı yerlerde kıdem tazminatı ödenmemiş olunması halinde son işveren tarafından tüm meslek kıdemi için kıdem tazminatı ödeneceği şeklindedir. O halde basın çalışanları yönünden işyeri devrinin de ötesinde gazetecinin başka işyerlerinde ve farklı işverenler nezdinde geçen çalışmaları da birlikte değerlendirilebilecektir<sup>11</sup>.

Gazetecinin meslek kıdemi yıllık izin hakkı yönünden de bir hak sağlamaktadır( 5953 s Yasa madde 21). Bu durumda gazetecinin başka işverenlere ait işyerlerinde geçen hizmetleri dahi kıdem tazminatı ve izin hakkı yönünden dikkate alındığına göre, aynı işyerinde ancak farklı işverenler nezdinde çalışılan sürelerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Kıdem tazminatı ve izin hakkı dışında kalan işçilik hakları yönünden ise anılan yasada da bir düzenleme yoktur. İhbar tazminatının da devralan son işverence ödenmesi gerektiği işin niteliğinden doğmaktadır. Ancak bunların dışında kalan işçilik hakları yönünden sorunun yine genel kanun olarak kabul edilen Borçlar Kanununun 179. maddesine göre çözümü yerinde olur.

---

(11) Açıklama ve konuyla ilgili tartışmalar için bkz, Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 53 vd.

Gazetecinin izin ücreti yönünden 5953 sayılı Yasada İş Kanunundan farklı bir durum daha vardır. Basın İş Kanununda yıllık izin zamanında kullandırılmaması veya ücretinin ödenmemesi 29. maddeye göre cezayı gerektirmektedir. Yargıtay da yıllık izin ücretinin son ücret yerine dönem ücretinden hesaplanacağını kabul etmiştir<sup>12</sup>. Bu noktada yasanın 29. maddesindeki yükümlülükler aykırı davranan her bir işverenin cezalı olarak izin ücretinin ödenmesinden sorumlu olacağı düşünülebilir. İşyeri devri halinde devreden işveren zamanında doğan izin ücretini zamlı olarak ödeme yükümlülüğü de devir tarihinde devralan işverene geçecektir.

### **B)- İŞYERİ DEVRİNİN BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞÇİLİK HAKLARI ÜZERİNDE ETKİSİ**

Bir işyerinin devri, daha geniş anlamıyla başka işverene geçmesi ya da işverenin değişmesi, iş ilişkisini çok yönlü etkilemektedir. Bu etkilerin başında, işverenin değişmesi halinde iş ilişkisinin sona erip ermeyeceği gelmekte, bu sorunun çözümünde iş ilişkisine süreklilik sağlanması ve işçi yönünden bir iş güvencesine ulaşılması gelmektedir<sup>13</sup>.

İşyerinin devri ile birlikte devir tarihinde devreden işverenle işçiler arasında var olan tüm iş sözleşmeleri devralan işverene geçecektir. (m 6/1) Bunun için devir işleminin taraflarının ayrıca bir karar almalarına gerek yoktur. Devreden işveren ile devralan işverenin aksi yönde anlaşmaları da yasa hükmü karşısında geçersizdir. İş ilişkilerinin devralan işverene geçmeyeceği ya da işçilik haklarından sorumlu olunmayacağı şeklinde bir anlaşma sonuç doğurmaz. Taraflar iş sözleşmesinin devralan işveren geçmesini istemiyorsa devir öncesinde iş ilişkisinin sonlandırılması gerekecektir.

(12) Yargıtay 9. HD. 7.3.2003 gün 2002/20463 E, 2003/3196K . Gökteş/Çil , Basın İş Kanunu, 2003 ,s.270.

(13) Güzel,Alı: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Aktine Etkisi, İstanbul 1987 s. 4.

İşçi ve işveren arasında yapılmış olan yazılı iş sözleşmesinden doğan tüm yükümlülükler devralan işverene geçecektir. Örneğin iş sözleşmesinde öngörülen ikramiye ödeme, ücret artışı yapma gibi yükümlülükler ve cezai şart ödemeye dair hükümler devir sonrasında da iş sözleşmesi taraflarını bağlamaya devam edecektir.

Önemli olan devralan işverenin sadece hizmet akitlerine taraf olması değil, iş ilişkisin kapsamındaki bütün hak ve borçları, kısaca çalışma şartlarını üstlenmesidir. Bunlar her şeyden önce hizmet aktinden doğan hak ve borçlardır; kapsamına hizmet aktinin hükmü ve eki niteliğindeki personel yönetmeliği, iç yönetmelik veya başka ad ile düzenlenmiş çalışma şartları ile “işyeri uygulaması” da dahildir. İşverence yürürlüğe konulan talimatlar geçerliliğini korurlar<sup>14</sup>.

Önceki işverence işçiye verilmiş olan disiplin cezaları, görevlerini yapması konusunda ve aksi halde iş sözleşmesinin feshedileceği noktada yapılmış olan uyarılar da geçerlidir. Yine, işe devamsızlık tutanakları da devir ile değerini yitirmez. İşçinin devreden işverene verdiği zararlar sebebiyle yapılmakta olan kesintiler de devralanın hakları arasında yerini alır.

Tarafların doğmuş bulunan haklı fesih nedenleri işyeri devri ile değerini yitirmez ve fesih hakkı devralan işverence veya işçi tarafından devralan işverene karşı kullanılabilir. İşyeri devri, 4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesinde öngörülen fesih için hak düşürücü süreye etki yapmaz. Düşüncemize göre, devreden işverenin haklı fesih nedenini öğrenmesi üzerine 6 işgünlük süre işlemeye başlar ve bu arada işyerinin devrinde devralan işveren için yeni bir hak düşürücü süre devreye girmez. Devralan işverenin feshe konu olan olayı daha sonra öğrenmiş olması, bu noktada sonucu değiştirmez.

---

(14) Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 331.



İşyeri devri işçiye tanınan ihbar öneli içinde gerçekleşmişse, henüz iş sözleşmesi sona ermediğinden, bu işçi yönünden de iş sözleşmesi devralan işverene geçmiş sayılmalıdır. İhbar öneli içinde çalıştırma yükümü devralan işverene aittir. Yasanın 27. maddesine göre iş arama izinlerini devralan işveren kullandırmalıdır. Buna aykırılık halinde iş arama sürelerine ait ücretlerin zamlı olarak devralan işverence ödenmesi gerekir. İhbar önelinin kullanılmamasından ve iş arama izinlerinin verilmemesinden devreden işverenin sorumlu olduğu düşünülemez. Devir anında doğmamış olan kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü önel bitiminde devreden işverende olmalıdır. İşçinin iş sözleşmesini bildirimli olarak fesheden işverenin devir anında kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü henüz doğmadığından bu tazminattan sorumlu tutulması doğru olmaz.

Belirli süreli iş sözleşmesi devreden işverenle yapılmış olsa da, devirden sonra devralan işverenin sözleşme süresi kadar işçiyi çalıştırma yükümlülüğü söz konusudur. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde devralan işveren bakiye süre ücreti ödemelidir. Yine iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde öngörülen cezai şart işçi aleyhine ve tek taraflı olmadıkça sonuç doğurur. Devralan işverenin iş sözleşmesinden haberdar olmadığından söz ederek önceki sözleşmeden doğan sorumluluklardan kurtulması düşünülemez. Ancak devralan işverenle işçi arasında yeni bir sözleşme imzalanması durumunda bu yeni sözleşmenin kuralları uygulanır. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararında, devreden bankanın personel yönetmeliğinde kıdem ödülü olmasına rağmen devralan işverenin personel yönetmeliğinde bu ödemeye yer verilmemesi ve devralan işverenle işçi arasında yapılan iş sözleşmesinde de bahsi geçen ödemeden söz edilmemesi halinde kıdem ödülünün ödenmesinin gerekmediği sonucuna ulaşmıştır<sup>15</sup>.

---

(15) Yargıtay 9.HD 28.11.2005 gün 2005/34314E, 2005/37363K.

Konu, Yargıtay'ın bir başka kararında da tartışılmış ve özelleştirme kapsamına alınan bir işyerinin başka bir işverene devri sırasında çalışmakta olan işçilerin tamamının "personel devir teslim tutanağı" kapsamında devrinin ardından, işçilerle devralan davalı işveren arasında yeni bir iş ilişkisinin kurulduğu açıklanmıştır. Kararda devreden işverenin kendi dönemi ile ilgili kıdem tazminatı ödemiş olması, iş ilişkisinin devir sebebiyle sona ermesi nedenleri arasında gösterilmiştir<sup>16</sup>.

İş sözleşmesinde işçiye verilen eğitim karşılığında belli bir süre çalışma şartı öngörülmüş ve işçi tarafından süresinden önce fesih halinde eğitim giderlerinin geri ödenmesi şartı mevcutsa, iş sözleşmesinin bu hükmü, işyeri devrinin ardında da işçiyi bağlamaya devam eder. İşçinin taahhüt ettiği sürede çalışması gerekir. Aksi halde devralan işverene eğitim giderlerini ödemekle yükümlü olur. Eğitim masraflarını devreden işverenin yapmış olması düşüncemize göre önemsizdir. İşyeri devri ile devralan işveren devreden işverenin hak ve yetkilerini iktisap eder.

Yasada iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tarih, devir tarihi olarak açıklanmıştır. Bunun işyeri devri yönündeki hukuki işlemi mi, yoksa işyerinin fiilen devrini mi ifade ettiği üzerinde durulmalıdır. Devralan işverenin yönetim hakkının işyerinin fiilen devri anında belireceği düşünülürse hukuki işlem tarihi yerine, fiili devir tarihinin esas alınması gerektiği ortaya çıkar. Taraflar devir tarihini devir sözleşmesinde belirlemişlerse, bu durumda devir tarihi kararlaştırılan tarih olmalıdır. Devir tarihinin kararlaştırılmamış olması ve fiili devir tarihinin de anlaşılabilmesi halinde hukuki işlem tarihine değer verilmelidir. İşyerinin devir tarihinin belirlenmesi, her şeyden önce iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tarihin tespiti bakımından önemlidir.

---

(16) Yargıtay 9.HD 7.3.2005 gün 2005/814 E, 2005/7382K.

Devralan işverene geçecek olan iş sözleşmeleri devir anında mevcut olan sözleşmelerdir. Bu tarih öncesinde ya da en geç devir anında sona ermiş olan iş sözleşmeleri devralan işverene geçmeyecektir. Bu durumda işçinin devir tarihinde hak kazandığı ve devreden işverenin ödemekle yükümlü olduğu feshe bağlı haklarından devralan işverenin de sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. (m6/3)

Devralan işverene geçecek olan iş sözleşmelerinin belirli süreli, belirsiz süreli olması, kısmi süreli veya tam süreli olması, işçinin çağrı üzerine çalışması, deneme süresinin hüküm sürmesi veya işçinin geçici iş ilişkisi kapsamında başka bir işverene ait işyerinde iş görme edimini ifa etmesi bir farklılık doğurmaz. Her türlü iş sözleşmeleri ve mevcut şekliyle çalışma koşulları ile birlikte devralan işverene geçer. İşçinin, iş sözleşmesi yada başkaca bir belgeyle işverene tanımış olduğu nakil yetkisi, devralan işverence kullanılabilir. Yine devreden işverenle işçi arasında yapılmış olan rekabet yasağı sözleşmesi devralan işveren açısından da hüküm doğurur. Öğretide haklı olarak, yeni işverenin bir başka amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde rekabet yasağı konusunda da bir değişikliğin geldiği ileri sürülmüştür<sup>17</sup>. Buna göre işçi ile devralan işveren arasında işyerinin yöneldiği faaliyet alanına göre yeniden bir rekabet sözleşmesi yapılması gerekir. Devreden işverenle işçi arasındaki rekabet yasağı sözleşmesi geçerli sayılmaz.

Askıda olan iş sözleşmeleri de devralan işverene geçecektir. Devralan işveren askı süresi sonunda işçiyi işe başlatmak durumundadır. Aksi halde iş sözleşmesi devralan işveren tarafından feshedilmiş sayılır.

Devralan işveren, hizmet süresinin esas alındığı haklar bakımından önceki işveren yanında geçen süreleri de gözetmek zorundadır. İşçinin hiz-

(17) Ekonomi Münir; İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 358.



met süresinin esas alındığı hakları, ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık izin hakkı ve iş güvencesinden yararlanma bakımından önem kazanır. Bu durumda devreden işveren yanında geçen süreler adeta devralan işveren yanında geçmiş gibi değerlendirilecektir.

Devralan ve devreden işveren devirden önce doğmuş bulunan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumludur. Ancak devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. Buna göre devreden işverenin sorumlu tutulabilmesi için, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken bir hak bulunmalıdır. İş sözleşmesinin devreden işverence feshedilmediği hallerde ihbar tazminatı ile izin ücreti, devir anında doğmuş haklardan değildir. Devreden işverenin anılan işçilik haklarından sorumluluğu yoktur. Bununla birlikte devreden döneminde gerçekleşen fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil çalışmaları karşılığı alacaklar ile ikramiye, prim gibi ödemeler ve yine ücret alacaklarından devreden devralan ile birlikte sorumludur. Kıdem tazminatı, devir tarihinde doğmamış olmakla birlikte 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi uyarınca işçinin anılan tazminata ilerde hak kazanması halinde devreden işverenin kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Devreden işverenin devirden sonra doğan işçilik alacaklarından sorumlu tutulması imkansızdır. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>18</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, devirden sonra devralan işverence kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde işçinin iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatı devirden sonra doğmuş olmakla birlikte, devreden işverenin sorumluluğu gerekecektir. Bununla birlikte, devreden işverenin, devralan işveren yanında geçen çalışma süresi dikkate alınarak bir sorumluluğu düşünüle-meyecektir.

---

(18) Yargıtay 9.HD 11.4.2005 gün 2004/23994E, 2005/12847K.

Burada asıl sorun kıdem tazminatı konusunda ortaya çıkacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hariç diğer maddelerini yürürlükten kaldırmıştır (m.120) Geçici 6. maddede ise, kıdem tazminatı için bir fon kurulacağı, fon ile ilgili Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesine göre kıdem haklarının saklı olduğu belirtilmiştir. Böyle olunca devreden işverenle devralan işverenin kıdem tazminatından sorumluluğun belirlenebilmesi bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi ve aynı Kanunun 120. maddesinden hareketle 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birlikte nasıl uygulanacağı üzerinde durulmalıdır. Gerçekten 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi yürürlükte olduğu sürece devreden işverenin sorumluluğu, devir tarihindeki ücret seviyesi ve kendi çalıştırdığı süre ile sınırlıdır. Ancak, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde devreden işveren devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken haklardan sorumlu tutulmuştur. Devir tarihinde kıdem tazminatı hakkı doğmayacağından, bu hüküm dikkate alınırsa kıdem tazminatından devreden işverenin sorumluluğu olmadığı söylenebilecek midir? Sorunun 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olan 14. maddesi uyarınca çözümü gerektiği, zira kıdem tazminatı ile ilgili özel ve açık bir düzenlemeyi ihtiva ettiği görüşündeyiz. Yine, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde devreden sorumluluğunun süre ile sınırlandırılması cihetine gidilmediğinden devreden iki yıllık sorumluluk sınırının kıdem tazminatı bakımından uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Buna göre 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi yürürlükte kaldığı sürece kıdem tazminatı ile devreden ile devralanın sorumluluğunu belirlemede bu hüküm uygulanmalıdır.

Devralan işverenin aynı iş kolunda kurulu başkaca işyerlerinin bulunması halinde bu işyerlerinde uygulanmakta olan iş koşullarının farklı olması durumunda devralınan işyerinde çalışan işçiler yönünden eşit davranma borcu ortaya çıkabilir. Gerçekten devralan işverenin diğer işçilerinin daha yüksek ücret alması ya da bazı sosyal hakların bulunması durumunda devralınan işyerinde çalışan işçilerin de bu hakları elde etmesi beklenmelidir. Ancak işve-

renin diğer işçilerinin daha düşük haklara sahip olduğu durumlarda devralınan işyerinde çalışan işçilerin haklarının kısıtlanması mümkün değildir. Bu durum iş koşullarında esaslı değişikliği oluşturur ve ancak işçi tarafından yazılı olarak kabulü ile geçerlilik kazanır. Devralan işverenin devir sonrasında işçilerle yeni iş sözleşmeleri düzenlemek suretiyle çalışma koşullarını ve işçinin haklarını yeniden belirlemesi durumunda irade fesadına dayanmayan bu sözleşmelere değer verilmelidir.

Tüzel kişi şirketin bir başka şirketle birleşmesi ya da diyelim ki, A. Ş. olan türünün Limited Şirkete dönüştürülmesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanamaması son derece doğaldır. Zira önceki işveren şirketin tüzel kişiliği son bulmuştur. Buna göre her türlü haklardan sorumluluk tüzel kişiliği haiz yeni işverene aittir.

İşyerinin tamamen veya kısmen devri sebebiyle işçinin iş aktinin feshedilemeyeceği ve yine bu durumun işçiye haklı fesih imkanı vermeyeceği yasadışı öngörülmüştür. Esasen bu hususlar Yargıtay tarafından istikrarlı olarak kabul görmekteydi<sup>19</sup>.

İşyerinin devri suretiyle işverenin değişmesi de fesih niteliğinde değildir. Yargıtay, devirden sonra çalışılan sürenin yeni bir iş sözleşmesi olmadığını bir kararında vurgulamıştır<sup>20</sup>.

Ekonomik ve teknolojik nedenler ile iş organizasyonunun gerekli kıldığı zorunlu nedenlerle devreden işverenin ve devralan işverenin fesih hakkı saklı tutulmuştur. Bu nedenlerden biri yada birkaçının bulunduğu hallerde devreden yada devralan işveren yasal haklarını ödemek kaydıyla işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir. Böyle bir durumda işçinin İş Kanununun 18 vd. maddelerinden yararlanması ve işe iadesini talep hakkı bulunmamaktadır.

(19) Yargıtay 9. HD 4.10.2004 gün 2004/5986 E, 2004/21949 K.

(20) Yargıtay 9.HD 25.1.2005 gün 2005/6474 E, 2005/ 1454K.



4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin 5.fıkrasında ayrıca işçi ve işverenin haklı sebeplerle derhal fesih haklarının saklı olduğu belirtilmiştir. İş Kanununun 24 ve 25. maddelerinde yer alan işçinin ve işverenin derhal fesih haklarının burada saklı tutulması gereksiz gibi görünebilir. Ancak, düşünce-mize göre maddede geçen ekonomik ve teknolojik nedenler veya iş organizasyonundaki değişikliklerin sonucu olarak işçi ya da işverenden kaynaklanan bazı uygulamalar sonucunda doğabilecek haklı fesih imkanı belirtilmek istenmiştir. Örneğin işyerini devralan işverenin, işyerinin yeniden yapılandırılması için yaptığı bazı görev değişikliklerinde, çalışma koşulları esaslı şekilde değiştirilmediği halde, bunu kabul etmeyen ve hatırlatıldığı halde görevlerini yapmayan işçinin aktini 25/II-h maddelerine göre feshedebilecektir.

İşçinin çalıştığı sırada işçinin birkaç kez işyeri devrinin gerçekleşmesi de olasıdır. Her bir işyeri devrinde 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. Bu noktada asıl sorunun kıdem tazminatı bakımından ortaya çıkması imkan dahilindedir. Konuyu düzenleyen 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak ortaya çıkabilecek kıdem tazminatını düzenlemiş ve devralan son işverenin, işçinin işyerinde geçen tüm çalışma süresine göre sorumlu olacağını belirlemiştir. Devreden işverenin sorumluluğu ise kendi çalıştırdığı süre ve son ücret seviyesi ile sınırlıdır. Bu konularda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak işyerini bir işverenden devralmış olan ve sonra devreden işveren, kendinden önceki işveren döneminde geçen çalışmalar sebebiyle kıdem tazminatından sorumlu tutulabilecek midir? Yasal düzenlemeye göre bu soruya olumlu cevap vermek pek mümkün değildir. Zira anılan 14/2. maddede, devreden işverenin "*kendi çalıştırdığı süre*" ile sınırlı bir sorumluluğu öngörülmüştür. İşyerini başka bir işverenden devralan ve sonra da devreden işveren, akti sona erdiren son işveren olmadığından yasada ifadesini bulan "*devreden işveren*" konumundadır. Şu hale göre bu işverenin de kıdem tazminatından kendi dönemi ile sınırlı sorumlu olduğu bir görüş olarak ileri sürülebilir.

Bu konuda uygulama daha çok alt işverenlerin işyerini yeni alt işverenlere devri halinde ortaya çıkabilecektir. Birbiri ardına işyerini devralan alt işverenlerin, kıdem tazminatı açısından önceki alt işverenler dönemlerini yüklenip yüklenmediklerinin tespiti önem kazanmaktadır. Şayet her bir alt işverenin kendinden önceki alt işverenler nezdinde geçen süreler bakımından kıdem tazminatını yüklenmedikleri kabul edildiğinde, son alt işveren hariç her bir alt işverenin kendi çalıştırdığı süre ve son ücret seviyesi ile sorumlu oldukları sonucuna ulaşılır. İşçinin her bir alt işveren yanında birer yıl çalıştığı bir örnekte, ilk alt işverenin bir yıllık süre ve ilk bir yılın bitimindeki ücret seviyesi, ikinci alt işverenin yine bir yıllık süre ve ikinci yılın sonundaki ücret tutarına göre ve son alt işverenin ise asıl işverenle birlikte olmak üzere tüm hizmet süresine göre hesaplanacak olan kıdem tazminatından sorumlu olduğu düşünülebilir.

Konuyla ilgili diğer bir görüş olarak da, 1475 sayılı yasada devralan işveren kendinden önceki dönemlerden sorumlu tutulmuş olmakla, her bir devralan işverenin devreden işverenler dönemiyle ilgili sorumluluğu üstlenmiş olması gerektiği ileri sürülebilir. Esasen sorun, işyerini devralan sonra da devreden bir işverenin, 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesine göre kıdem tazminatı açısından devralan işveren mi olduğu, yoksa devreden işveren olarak mı değerlendirilmesi gerektiği noktasında düğümlenmektedir. Devralan işveren olarak kabul gördüğü takdirde, kendinden önceki işverenlerin dönemlerinden sorumlu olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu ikinci görüşe göre yukarıdaki örneğe dönülecek olunursa, işyerinde birer yıl süreyle üç alt işverene bağlı olarak çalışan işçi, işyerini ilk olarak devralan ve ikinci sırada olan işverenden iki yıllık süre ile sınırlı olmak üzere kıdem tazminatı talep edebilecektir. Bu çözüm tarzının çok daha işçi lehine olduğu söylenebilir. Bir defa işçinin kıdem tazminatından birlikte sorumluluğun esas alındığı işverenlerin sayısı arttıkça bu alacağa kavuşmak o denli güvence altına alınmış olmaktadır.

Düşüncemize göre, son işverenin tüm süreden, devreden işverenlerin her birinin kendi çalıştırdıkları süre ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu olduğu şeklinde bir çözüm tarzı, yasal düzenlemenin özüne daha uygun olur. Konuyu bu yönleri ile ele alan bir Yargıtay kararına rastlanmadığını da belirtmek gerekir. Yargıtay tarafından işçi lehine olan ikinci görüşün kabul görmesi de ihtimal dahilindedir.

### **C)- İŞYERİ DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI**

Yukarıda değinildiği üzere, 2822 sayılı Yasanın 8. maddesinin "...toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez" hükmü, temelde işyerinin el değiştirmesinde hizmet akitlerinin yeni işverenle devamına dayanan bireysel iş ilişkisi yanında kolektif düzenlemelerle beliren çalışma şartları arasında paralelliği sağlayan bir düşünceyi yansıtmaktadır<sup>21</sup>. Bu hükmün işyeri devri yönünden bütün hallerde uygulanabilecek açık bir çözüm getirmediği işletme toplu iş sözleşmeleri yapılan işyerleri bakımından hemen dikkati çekmektedir. Daha zor olanı, bir işyeri bölümünün devrinde toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen çalışma şartlarının yeni işverenin işyerinde etkili olup olmayacağını belirlemede ortaya çıkar<sup>22</sup>.

İşletme toplu iş sözleşmesinin geçerli olduğu aynı iş kolunda kurulu işyerlerinin bir bütün olarak başka bir işveren devri halinde anılan 8. madde uyarınca toplu iş sözleşmelerinin devralan işvereni bağlayacağı tartışmasızdır.

Öğretide, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinden birinin başka bir işverene devredilmesi halinde işletme sözleşmesinin devre-

(21) Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 359.

(22) Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 359.



dilen işyeri için ayrıca bağımsız bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin kolay olmadığı, ancak işletme toplu iş sözleşmesinin işyerini de kapsayan bir süreçte oluşması sebebiyle toplu iş sözleşmesinin devredilen işyeri bakımından son bulmayacağı şeklinde çözümün 2822 sayılı Yasanın 8. maddesine uygun bir çözüm olduğu ileri sürülmüştür<sup>23</sup>.

İşyerinin bir bölümü başka işverene devredildiğinde, yeni işveren burasını bağımsız bir işyeri olarak yada mevcut işyerinin bir bölümü olarak örgütleyebilir. Kaldı ki, bölüm devri ile bundan yeni bir işyeri oluşumunda, yeni işyerinin dahil olduğu işkolu ile bölümün kapsamında olduğu işkolu da farklı olabilir<sup>24</sup>. Hatta bölümün, ayrı bir işyeri olarak örgütlenmesi halinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın bağlı olduğu iş kolundan farklı bir işkolunun da dışına çıkmış olunabilir. Bu durumda işyerinin bir bölümünün devrinde işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmelerinin devredilen bölümde de uygulamaya devam edilmesi imkansızdır. Düşüncemize göre en uygun çözüm tarzı, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet akti olarak devamı şeklinde olmalıdır.

#### **D)- İŞYERİ DEVRİNE RAĞMEN YASA HÜKÜMLERİNİN UYGULANAMADIĞI DURUM**

Maddenin son fıkrasında işyeri devrine dair hükümlerin uygulanamayacağı bir durumdan söz edilmiştir. İşyerinin iflas sebebiyle tasfiyesi sonucu devri halinde, bu hükümlerin hiçbirisi uygulanmaz. Bu durumda, işyerinin iflas sonucu devrinden sonra hizmet sözleşmeleri devralana geçmiş sayılmaz ve önceki işveren borçlarından iflas suretiyle alan işveren sorumlu tutulamaz. Hüküm iflas yoluyla devralan işverenin devir öncesi dönemden sorumluluğunu kaldırmak suretiyle, şirketlerin tasfiyesini kolaylaştırmak amacını

(23) Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 359.

(24) Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 360.

taşımaktadır. Ancak yine de işçilerin haklarının korunmaması bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yasada sadece iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün devri üzerinde durulmuştur. Bu noktada devir şekli önemsizdir. Cebri icra, pazarlık veya ihale suretiyle satış işlemi gerçekleştirilir. İflas dolayısıyla mal varlığının tasfiyesi dışında kalan cebri icra yoluyla satışlar bu kapsamın dışındadır.

Yasa, iflas sonucu işyeri devirleri halinde 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağını öngörmektedir. Şu hale göre genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanununun 179. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkar. Düşüncemize göre İş Kanununun 6. maddesi, Borçlar Kanununun anılan hükmünün İş Hukukuna uyarlanmış halidir ve son fıkradaki kural Borçlar Kanununun uygulanmasına da engel oluşturur.

Bununla birlikte, kıdem tazminatı açısından ayrı bir düzenlemeyi öngören 1475 sayılı İş Kanununun 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğunun sınırı, devir tarihindeki ücret ve kendi çalıştırdığı süre esasıyla çizildiğine göre anılan tazminat açısından iflas sonucu devreden işverenin ve devralan işverenle birlikte sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

Yargıtay'ın 2005 yılında verdiği bir kararında, işverenin borcundan dolayı tasfiye süresine girmesi ve isim değiştirerek yeni bir oluşumla fiilen devir olgusunun gerçekleşmesi halinde, devralan işverenin devreden önceki dönemden de sorumlu olması kabul edilmiştir<sup>25</sup>.

---

(25) Yargıtay 9.HD 7.3.2005 gün 2005/ 6628 E, 2005/7496 K.

## E)-İŞYERİ DEVRİNİN İŞE İADEYE ETKİSİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işyeri devri başlı başına fesih için geçerli nedeni oluşturmamaktadır. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır<sup>26</sup>. Devralan işverenin işyerinde yeniden yapılanmaya gitmesi ve bu planlama çerçevesinde işgücü fazlalığı çıkması halinde feshin son çare olması da gözetilerek bir kısım işçilerin iş sözleşmesinin feshi mümkündür. Hatta işyerinde yapılacak olan değişiklikler sebebiyle mal ve hizmet üretiminin bir süre tamamen durdurulması gerekiyorsa, 4857 sayılı İş Kanununun 29 maddesi hükümlerine uygun olarak tüm işçilerin iş sözleşmeleri geçerli nedene dayanılarak feshedilebilir.

İşyeri devri, işçi yönünden de haklı fesih nedenini oluşturmaz. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>27</sup>. Devir sebebiyle çalışma koşullarının ağırlaştığı ortaya konulduğunda işçinin 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesi uyarınca bu değişikliği kabul etmeme ya da aynı yasanın 24/2 f son cümle uyarınca haklı fesih imkanı vardır.

Yargıtay'ca tüm işçilerin iş sözleşmesini fesheden işverenin daha sonra işyerini başka bir işverene devri halinde işveren aleyhine açılan işe iade davalarında, davalının işyerini devretmiş olması sebebiyle işçileri çalıştırabileceği bir işyeri olmadığı gerekçesiyle, işe iade isteklerinin reddine karar vermiştir<sup>28</sup>. İşyerini kapatan ve tüm işçileri çıkaran bir işverenin ardından işyerini devretmesi, iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek için kullanılabilir. Gerçekte işyerini işçileri ile birlikte devretmiş olması halinde bu durum devralan işveren için geçerli nedeni oluşturmayacaktı. Devreden işverenin önce işyerini kapatması ardından devretmesi halinde uygulamanın iş gü-

(26) Yargıtay 9. HD 1.2.2005 gün 2004/ 30981 E 2004/ 2829 K.

(27) Yargıtay 9. HD. 27.10.2005 gün 2005/ 5396 E, 2005/ 34825K.

(28) Yargıtay 9. HD 23.12.2004 gün 2004/ 10726 E, 2004 / 29238 K.



venesini devre dışı bırakmayı amaçlayıp amaçlamadığı titizlikle incelenmelidir.

Devir tarihinden önce işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ve iş güvencesi kapsamında olan işçi işe iade davasını açmışsa, mahkemece karar verilinceye kadar fesih askıda kabul edilmektedir. Şu hale göre işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarih ile işe iade kararının kesinleştiği tarihe kadar olan süre içinde yapılan işyeri devirlerinde de askıda olan iş sözleşmesi devralan işverene geçmiş olmaktadır. Bu nedenle işe iade davasının iş sözleşmesini fesheden işveren yerine devralan işverene karşı açılması gerekir. Yargılama sonunda feshin geçerli nedene dayandığının tespiti halinde işçinin işe başlamak için devralan işverene başvurması gerekecektir. Devreden işverene başvuru geçerli değildir. İşçinin süresi içinde işe başlamak için devralan işverene başvurmaması halinde yasa gereği fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağından bu defa devralan işveren devir tarihinden önce doğmuş olan işçilik alacaklarından devreden işverenle birlikte sorumludur.

Devir tarihinden sonra işçinin iş sözleşmesi devralan işverence feshedilmişse, işe iade davasının devralan işverene karşı açılması gerekir. Devreden işverenin feshin geçersizliğine dayanan sonuçlardan sorumlu tutulması mümkün değildir. Yargıtay, işyeri devrinden sonra devralan işverence yapılan fesihlerde, devreden işverene karşı açılan işe iade davasının husumet yokluğu sebebiyle reddini gerekeceğini kabul etmiştir<sup>29</sup>.

İş sözleşmesinin feshi üzerine işçinin açacağı işe iade davasında yargılama sırasında işyerinin devrinin, devam eden davada husumet yönünden bir sorun oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulmalıdır. Bir görüş olarak, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususu fesih tarihine göre çö-

(29) Yargıtay 9. HD 7.3.2005 gün 2005/814 E, 2005 / 7382 K.

zümü gereken bir konu olmakla ve davanın açıldığı tarihte husumette yanılmadan söz edilemeyeceğinden, açılmış davanın devreden işveren aleyhine görülerek sonuçlandırılmasının doğru olacağı söylenebilir. Yine davanın devreden işveren hakkında devamı savunma hakkının kısıtlanmaması bakımından da önemlidir. Zira, geçerli neden (veya haklı neden) iddiasıyla fesheden devreden işverendir. Bu yönde savunma yapması gereken de devreden işveren olmalıdır. Bu ihtimalde en büyük sorun, devreden işveren hakkında kurulabilecek bir işe iade kararının devralan işverene karşı nasıl infaz ettirilebileceği noktasında ortaya çıkmaktadır. İşe iadeye dair kararların tespit niteliğinde olduğu, ilamlı icraya konu edilememesi ve devreden işverenin 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca devam eden iş sözleşmelerini de devralmış olması, devralan işverenin, işe iade kararının tarafı olmamasına rağmen işe iadeyle yükümlü olduğu sonucuna bizi yaklaştırmaktadır. Kesinleşen mahkeme kararı feshin geçersizliği noktasında bir tespit niteliğindedir. Bu tespit ile işçinin iş sözleşmesinin feshi ortadan kalkmaktadır. O halde işçi devralan işverene devredilmiş durumdadır ve işe iade yükümlülüğü devralan işverene aittir. Devralan işverenin işe başlatmaması durumunda fesih, bu tarihte gerçekleşmiş olmakla işe başlatmamaktan kaynaklanan tazminat ile boшта geçen süre ücreti, hatta feshe bağlı olan ihbar ve kıdem tazminatları devralan işverence ödenmelidir. Devralan işverenin devreden işveren tarafından yapılmış olan ve geçerli bir nedene dayanmayan bu feshin sonuçlarından sorumlu tutulması İş Kanununun kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır. İş güvencesinden yararlanması gereken işçinin yargılama sırasında işyeri devrinden etkilenmesi, hakkına ulaşması konusunda bazı sakıncaları beraberinde getirir. Hatta, iş sözleşmesinin feshi üzerine davasını açan ve işyeri ile bağlantısı kesilmiş olan işçinin işyerinin devrinden haberdar olamaması da imkan dahilindedir. İşyerini devretmiş olması sebebiyle işe iadeyle ilgili yükümlülüğü ortadan kalkmış olan ve davanın tarafı olan işverenin de yargılamanın seyri sırasında devir halinden söz etmemesi olanaklıdır. Bu halde devreden işveren aleyhine işe iade kararını alan işçinin, bu kararın uygulanmasını devralan işverenden isteyemeyeceği-

ni kabul etmek, işçinin haklarının önemli ölçüde ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. Yine belirtmek gerekir ki, işyeri devrinin feshin geçersizliğinin tespitine dair kararın kesinleşmesinin hemen ardından gerçekleştirilmesi de olanaklıdır. Bu ihtimalde, husumetin devralana yöneltilmesi imkanı bulunmamaktadır. Buna rağmen işçi, işe başlamak için devralan işverene başvurmalıdır. Devralan işveren bu örnekte de tarafı olmadığı bir mahkeme kararının gereklerini yerine getirmek zorunda kalabilecektir. Devreden işverenin feshine bağlı olarak ortaya çıkabilecek olan bu sorumlulukta, devralan işverenin devreden işverene rücu hakkının olduğu da düşünülmelidir.

Diğer bir görüş olarak da, yargılama sırasında gerçekleşen işyeri devrinde davanın devralan işverene karşı yöneltilmesi gerektiği şeklinde bir çözüme gidilebilir. Devreden işveren hakkındaki davanın husumet yokluğu sebebiyle reddi ve hükmün devralan işveren hakkında kurulması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak devralan işverenin davalı sıfatını kazanması noktasında sorun yaşanabilir. Zira davanın açıldığı sırada işyeri devri gerçekleşmemiş olmakla husumette yanılmadan söz edilemeyecektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda dahili dava yoluyla hasım değiştirilmesi düzenlenmemiştir. Konuyla ilgili olarak anılan yasanın 186. maddesi ele alınmalıdır. Maddede, yargılama sırasında dava konusunun temlik hali düzenlenmiştir. Davacıya seçimlik bir hak tanınmış ve dilerse temlik eden taraf ile olan davasından sarfınazar ederek, temlik alana karşı dava açabileceği yasada ifade edilmiştir. Ya da davacı davasını, temlik edene karşı tazminat davasına dönüştürebilecektir. Hükmün işe iade davası yönünden uygulanması pek mümkün görünmemektedir. Bir defa, işyeri devri dava konusunun devri niteliğinde değildir. İşçinin davasını tazminat davasına dönüştürmesi de mümkün olmaz. Zira, iş güvencesinde temel amaç işçinin işine dönebilmesini sağlamak olmalıdır. İşe başlatmama tazminatı ve boştaki geçen süre ücreti feshin geçersizliğinin tespitine bağlı olmakla, bu yönde bir karar verilmeden tazminat istenmesi olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, anılan 186. maddede, temlik edene karşı devam eden davadan vazgeçme ve temlik alana kar-



şı dava açılması şeklinde bir hüküm olmakla, bu uygulama işe iade davaları yönünden aranan bir aylık dava açma süresinin geçmesi halinde işçi aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Yapılan bütün bu açıklamalara rağmen uygulamada, işçilik alacaklarına dair dava sırasında işyerinin devri halinde husumetin devralan işverene yöneltilmesi yoluna gidildiği ve işe iade davalarında da benzer bir çözüme gidilebileceği varsayılabilir.

Son olarak, işe iade davası sırasında işyeri devrinde ilerde işe iade yükümlülüğü doğabilecek olan devralan işverene davanın ihbarının yapılabileceği düşünülmelidir. Böylece devralan işveren işe başlatma ile ilgili bir yükümlülük altına girebileceğini öğrenmiş olacak ve buna bağlı bir ödeme yapması halinde devreden işverene rücu edebilecektir.

İşe iade davası sırasında işyeri devrinin ardından devam eden davada husumete ilişkin sorunlarının çözümü, yukarıdaki seçeneklerin tartışılmasının ardından mümkün olabilecektir. Konuyla ilgili olarak henüz Yargıtay tarafından verilmiş bir kararın bulunmadığını da belirtmek gerekir.

İşçinin iş sözleşmesini devirden önce fesheden işverenin iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücretlerden sorumlu olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Gerçekten işçinin iş sözleşmesini geçerli bir neden olmaksızın fesheden devreden işveren olduğuna göre söz konusu ücret ve tazminattan sorumlu olduğu söylenebilecek midir? Düşüncemize göre iş güvencesi tazminatı geçersiz feshin değil işe başlatmamanın sonucudur. Anılan tazminat devreden işverenin geçerli nedenle feshi ile bağlantılı olsa da bu fesih anında doğmamıştır. Bu nedenle devreden işverenin işe başlatmamanın sonucu olan iş güvencesi tazminatından sorumlu olmadığı kabul edilmelidir. Boşta geçen süre ücreti de bir tür ücret olarak kabul edildiğinden fesihten sonra gerçekleşen bu alacakla ilgili yine devreden işverenin sorumlu olduğu düşünülemez. Ancak işe iade davasının sonucu olan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla işverenlerin muvazaalı olarak işyeri devri ilişkisine girdiklerinin saptanması durumunda sorumluluk devreden işverene aittir. İşe iade davası açıldıktan sonra devir gerçekleşirse de durum değişmez.

Boşta geçen süre ücretlerinden de sorumluluk yine devralan işverene ait olmalıdır.

Bununla birlikte işçinin işe başlamak için başvurusu tarihinden sonra işyeri devri gerçekleştiğinde boşta geçen süre ücreti devir tarihinde doğmuş sayılacağından, yasa gereği her iki işveren bu ücretlerden birlikte sorumlu olacaktır. İşyeri devri, işçinin işe başlamak için başvurduğu tarih ile bir aylık işe başlatma süresi arasında gerçekleştiğinde, işe başlatmamanın sonucu olan iş güvencesi tazminatı devir tarihinden sonra doğmuş olmakla sadece devralan işverenin sorumluluğu düşünülecektir.

İşçinin işe başlatılmayacağına açıklamasının ardından ya da bir aylık işe başlatma süresi sonunda işyeri devri gerçekleştiğinde ise, devir tarihinde iş güvencesi tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmuş olmaktadır. Bu nedenle anılan tazminattan her iki işverenin birlikte sorumlu tutulması gerekir. Bu örnekte devralan işverenin işçiyi işe başlatması da yeni bir iş ilişkisi olduğundan yasadan doğan iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverenin süresinin sona ermesi yada başkaca yolla işyerinde ayrılması ve işyerinde diğer bir alt işverenin aynı işçileri çalıştırmaya başlaması halinin de koşulların oluşması durumunda bir tür işyeri devri olarak değerlendirilebileceği yukarıda açıklanmıştır. Böyle bir ihtimalde de işyeri devrinin yapıldığı tarihe göre devreden ve devralan alt işverenlerin işe iade ve sonuçları yönünden sorumluluğu, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde ele alınmalıdır.

## **F)-İŞYERİ DEVRİ İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER**

### **1- 4857 SAYILI İŞ KANUNU (ilgili madde)**

#### **İşyeri Devri**

**MADDE 6—** İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölü-

münde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.

## **2-BORÇLAR KANUNU (ilgili madde)**

### **V - Bir Mamelekin veya bir işletmenin devralınması:**

**Madde 179 -** (Değişik: 29/6/1956 - 6763/41 md.)

Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki



yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır.

### 3- 1475 SAYILI YASANIN 14 ÜNCÜ MADDESİ

#### Kıdem Tazminatı

*(Değişik birinci fıkra: 29.07.1983— 2869/3 md.)*

Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

1. İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

2. İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,

3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5. (Ek: 25/8/1999 - 4447/45 md.) 506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kı-

dem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

*(Değişik fıkralar: 17/10/1980 - 2320/1 md.)*

İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/07/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/07/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

İşçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz.

T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Ancak, bu tazminatın T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz.

Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar.

Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez.

Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

(Değişik: 29/07/1983— 2869/3 md.) 13 üncü maddenin (C) bendinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26 ncı maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır.



(Değişik : 17/10/1980— 2320/1 md.) Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akidleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir.

(Değişik: 10/12/1982— 2762/1 md.) Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.

(Değişik: 17/10/1980— 2320/1 md.) İşçinin ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılara ödenir.

Kıdem tazminatından doğan sorumluluğu işveren şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez.

İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya %50 hissedenden fazlası Devlete ait bir bankada veya bir kurumda işveren tarafından kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir.

Fon tesisi ile ilgili hususlar kanunla düzenlenir.

#### **4-854 SAYILI DENİZ İŞ KANUNUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ**

##### **a)- Feshi kapsamayan hal:**

Madde 19 - Geminin Türk Bayrağını taşıma hakkı bulunduğu sürece mülkiyetin kısmen veya tamamen herhangi bir şahsa geçmesi hizmet aktinin feshini gerektirmez.

##### **b)-Kıdem Tazminatı:**

##### **Madde 20- ( ilgili bölüm)**

Gemi adamlarının kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasıllarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik gemilerinde ve hizmetinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. Geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıde-

mi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır.

### **5-1475 SAYILI YASANIN 53. MADDESİ : (mülga)**

#### **İşverenin değişmesi:**

**Madde 53** - İşyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi bu işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin haklarının ortadan kalkmasına sebep olamaz.

Aksine bir sözleşme olsa bile yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretler yeni işveren tarafından ödenir.

### **6- 2822 SAYILI YASANIN 8. MADDESİ: (ilgili madde)**

#### **Tarafların durumunda değişiklik:**

**Madde 8** - Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya infisahı yahut faaliyetten menedilmiş olması veyahut yetkiyi kaybetmiş olması veya toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez.

### **7- 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU:(ilgili madde)**

#### **A. Kazanma**

##### **I. Mirasçılar tarafından**

**Madde 599** - Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.

Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.

Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler.

**GENEL AHLAKA KARŞI SUÇLAR VE GENEL AHLAK KAVRAMI****Harun MERT (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: I. Giriş, II. Ahlak Kavramı, 1. Ahlak Kavramı, 2. Ahlakın Sınıflandırılması, a. Bireysel Ahlak, b. Toplumsal Ahlak, III. Ahlak ve Hukuk İlişkisi, 1. Genel Olarak Ahlak ve Hukuk İlişkisi, 2. Ahlak ve Ceza Hukuku İlişkisi, IV. Genel Ahlak Karşı Suçlar, 1. Genel Ahlak Karşı Suçların Tarihi Gelişimi, a. Mukayeseli Hukukta, b. Türk Hukukunda, 2. Genel Ahlak Kavramı, a. Türk Ceza Kanunlarında, b. Doktrinde, c. Anayasa Mahkemesi Kararında, d. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında, 3. Genel Ahlak Kavramının Yerindeliği, a. Korunan Hukuki Değer Açısından, b. Kavramsal Açından, V. Sonuç*

**I. GİRİŞ**

2005 yılı Haziran ayına kadar yürürlükte kalan 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve 26.9.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "genel ahlaka ve adaba karşı suçlar" başlığı altında bir kısım suç düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu çalışmada söz konusu kanunlarda yer alan genel ahlaka karşı suçlardan hareketle "genel ahlak" kavramı inceleme konusu yapılacaktır. Suçların tasnifinde çerçeve bir kavram olan genel ahlak kavramının iyi anlaşılması bakımından öncelikle ahlak kavramı ile ahlak ve hukuk ilişkisi, özel-

---

(\*) Eynesil Cumhuriyet Savcısı



likle de ahlak ve ceza hukuku ilişkisi üzerinde durulacaktır. Ardından genel ahlaka karşı suçların mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki tarihi gelişimi incelenecek, bilahare genel ahlak kavramının Türk Ceza Kanunlarındaki ve doktrindeki anlamı ile Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genel ahlaka ilişkin kararları değerlendirilecektir. Bu açıklamalar ışığında, genel ahlak kavramının korunan hukuki değer açısından ve kavramsal açıdan yerinde bir kavram olup olmadığı ve suç düzenlemelerinde bu kavramın yerine başka kavramların kullanılıp kullanılmayacağı hususunda bir sonuca ulaşmaya çalışılacaktır.

## II. AHLAK KAVRAMI

### 1. Ahlak Kavramı

Ahlak, "belli bir dönemde belli insan topluluklarıncı benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen törel davranış kurallarının, yasalarının, ilkelerinin bütünü" veya "farklı toplumlarda ve zamanlarda 'kapsamı ve içeriği değişen' ahlaki değerler alanı" olarak tanımlanabileceği gibi, "bir kişi ya da bir insan öbeğince benimsenen eylem kurallarının bütünü" olarak da tanımlanabilir.<sup>1</sup>

İnsan davranışları açısından yapılan başka bir tanıma göre ise ahlak, "insan nefsinde (ruhunda) köklü bir şekilde yerleşip kendisinden fiil ve davranışların, tekrar tekrar düşünmeye, zorlamaya ihtiyaç duymadan, kolaylıkla meydana gelmesi ve istikrar kazanmasına" denir. İnsan nefsinde köklü bir şekilde yerleşen bu halden, iyi ve mükemmel fiiller (adalet, cesaret, cömertlik, fedakarlık, vb.) çıkarsa, buna "iyi ahlak", eğer düzensiz, kötü fiiller (zulüm, korkaklık, cimrilik, bencillik vb.) çıkarsa buna da "kötü ahlak" denir. Ancak nefisten çıkan her şey ahlaki ilgilendirmez; örneğin insanın korkunca yü-

(1) KILLIOĞLU İsmail, Ahlak-Hukuk İlişkisi, İstanbul, 1988, s. 135-136.

zünün sararması, hastalanınca ateşinin artması, susayınca ağzının kuruması gibi. Bir davranışın ahlaki ilgilendirebilmesi için onun seçim ve iradeye dayanması gerekir. Bu nedenle ahlakın, "iradenin seçme gücü" yönünden doğduğunu söylemek mümkündür.<sup>2</sup>

## 2. Ahlakın Sınıflandırılması

Ahlak biri teorik, diğeri de pratik olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Teorik ahlak, ahlaka bir temel oluşturmak amacını güder ve insanın hangi amaçlar için yaşaması gerektiği, iyi ile kötünün, ödev ve yükümlülüğün, iyi sayılan şeyler arasındaki sıra ve bağlılığın neler olduğu gibi genel sorunları incelemeye çalışır. Pratik ahlak ise insanın ailesine, mesleğine, ülkesine ve diğer insanlara karşı olan ödevlerini belirlemeye ve bunlarla olan ilişkilerini düzenlemeye çalışır. Bu bakımdan pratik ahlakın teorik ahlakın özel durumlara uygulanmasıyla meydana gelen ve bütünüyle ona bağlı olan bir bölüm olduğu söylenebilir.<sup>3</sup>

Pratik ahlak, çoğunlukla bir vazifeler sistemi ve vazifelerin uygulanışı olarak anlaşılmakta ve "bireysel (ferdi) ahlak" ve "toplumsal (sosyal) ahlak" olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Bireysel ahlak yerine "sübjektif ahlak", toplumsal ahlak yerine "objektif ahlak" kavramları da kullanılmaktadır.<sup>4</sup>

### a. Bireysel Ahlak

Bireysel ahlak, insanın kendi iç dünyasıyla ilişkilerinden doğan ve kendisine karşı vazifelerini oluşturan ahlaki davranışlar ile Allah'la olan ilişkilerin-

(2) ERDEM Hüsamettin, *Ahlak Felsefesi*, Konya, 2003, s. 14.

(3) KILLIOĞLU, s. 138-139.

(4) ARTUK M. Emin – GÖKÇEN Ahmet – YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara, 2002, s. 142-143.; Ahlak kurallarına ilişkin olarak, ahlak kurallarının muhatabı açısından yapılan ayrımın dışında, bu kuralların kapsamı göz önünde tutularak "değer ahlakı" ve "ödev ahlakı" olmak üzere ayrı bir sınıflandırma da yapılabilir. "Değer ahlakı" birbiriyle çatışan değerler arasında hangisinin diğerine oranla daha üstün olduğu konusunda bir yargıda bulunmak amacıyla hizmet eder. "Ödev ahlakı" ise, belirli davranışların yapılması veya belirli davranışlardan kaçılması, yani o tür davranışların yapılmaması sorunu ile ilgilidir. GÜRİZ Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2003, s. 15.

den doğan davranışlardan oluşur. İnsanın nefisini temizleyebilmesi ve bunda da başarıya ulaşabilmesi için bazı emir ve yasakları yerine getirmesi gerekmektedir. İnsanın şahsi vazifelerinin başında nefisini, bedenini ve sağlığını koruması gelir. Bunların yanı sıra terbiyeli olmak, doğruluk, yalan söylememek, iffet ve haya sahibi olmak, iyi niyetli olmak, mütevazı ve vakarlı olmak, mutedil olmak, hasetten, cimrilik ve israftan kaçınmak gibi hususlar bireysel ahlaki ilgilendiren konulardır. Diğer taraftan, insanın Allah'a karşı vazifeleri ile ilgili inanç ve ibadetlere ilişkin hususlar (dini ahlak) da bireysel ahlak kapsamına girmektedir.<sup>5</sup>

Bireysel ahlak, kişinin içinde yaşadığı toplumdaki ziyade, daha çok bireyin kendisini ilgilendiren ve kendi vicdanına karşı sorumlu olduğu hususları içerir. Bir kimsenin mütevazı ya da kibirli olması, cimri veya cömert olması toplumu pek ilgilendirmez. Yine, bir kişinin dindar olup olmaması ya da ibadetlerini yerine getirip getirmemesi de aynı mahiyettedir. Bu hususların toplumsal yaptırımı yoktur.

### b. Toplumsal Ahlak

Toplumsal ahlak insanın diğer insanlara karşı yapmakla sorumlu olduğu görevleri ifade eder. İnsan bir toplum içinde yaşar ve yaratılışı gereği toplumsal bir varlıktır. İnsanın kendine karşı görevleri olduğu gibi içinde yaşadığı insan topluluğuna karşı da görev ve sorumlulukları vardır. Toplumsal ahlak aile ahlakı, toplum ahlakı ve devlet ahlakı olmak üzere üç bölüme ayrılmaktadır. Aile fertlerine ve akrabalarına karşı olan görev ve sorumluluklar aile ahlakının kapsamına; bireylerin devlete, devletin de bireylere karşı görev ve sorumlulukları devlet ahlakının kapsamına girer.<sup>6</sup>

(5) Bireysel ahlakın kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi için bk. ERDEM, s. 104 vd.

(6) ERDEM, s. 135 vd. ; Toplumsal ahlak hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bk. GÜNGÖR Erol, Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak, İstanbul, 1998, s. 93 vd.; SEYYAR Ali, "Sosyal Ahlak Nedir?", <http://www.sosyalsiyaset.com/documents/sa.htm>. (Erişim Tarihi: 03.02.2005) Bu sonuncu çalışmada toplumsal ahlakın boyutlarına ilişkin daha ayrıntılı bir sınıflandırma yapılmıştır. Buna göre toplumsal ahlakın sınıfları şunlardır: Aile Ahlakı, Toplum Ahlakı, Siyaset Ahlakı, Örgüt Ahlakı, İş-Meslek ve Görev Ahlakı, Çevre Ahlakı, Ticari-İktisadi Ahlak, Bilimsel Ahlak. SEYYAR, s. 1-2.



Toplum ahlakı ise bireyin içinde yaşadığı toplumuna karşı sorumluluklarını ifade eder. Toplumun da bireylere karşı görev ve sorumlulukları vardır. Zira birey ve toplum iç içedir ve biri olmadan diğeri varlığını sürdüremez. İnsan hayatına saygı ve adam öldürmemek, insanlara sevgi, şefkat ve merhamet göstermek, adaletle davranmak ve zulümden kaçınmak, insanlara zarar vermemek ve meşru yollardan kazanç elde etmek, hırsızlık yapmamak, rüşvet almamak, hile ve sahtekarlık yapmamak, emanete hıyanet etmemek, ahde vefa göstermek ve sözünden dönmemek, yalancı şahitlik yapmamak, dostluk ve arkadaşlığın gereklerini yerine getirmek gibi hususlar toplum ahlaki kapsamına giren insan davranışlarına örnektir.<sup>7</sup>

Bireysel ahlak başlığı altında belirtilen insan davranışlarının aynı zamanda toplumsal yönü olduğu gibi, toplumsal ahlak kapsamında belirtilen davranışların da bireysel yönü bulunmaktadır. Bu açıdan yukarıdaki tasnifin söz konusu davranışların ağır basan yönü esas alınarak yapıldığını belirtmek gerekir. Esasen toplumsal ahlakın temelinde bireysel ahlak vardır. Ancak bu bireysellik, sübjektif bir bireysellik değil, "insanlıktır"; yani tüm insanların ortaklaşa hissettiği genel duygudur. Zira toplumun bireyleri ortaklaşa değer yaratırlar.<sup>8</sup>

Hukuk, siyasi hayat ve ekonomik hayat gibi diğer toplumsal unsurlar ile karşılıklı etkileşim halinde olması nedeniyle, toplumsal ahlak zaman içinde değişikliğe uğrar. "...İnsanlar ahlakın değişmesine engel olamazlar; ahlakın değişmemesi için toplumda her şeyin sabit kalması gerekir ki, bunu yapmaya, yani her şeyi olduğu gibi tutmaya kimsenin gücü yetmez. Esasen böyle bir durgunluk istenen bir hal de değildir. Fakat insanlar engel olamadıkları değişmeyi kontrol altında tutabilirler."<sup>9</sup>

(7) ERDEM, s. 153 vd.

(8) ÖKTEM Niyazi – TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, 2003, s. 58.

(9) GÜNGÖR, s. 23.

Toplumsal ahlak toplumdan topluma da farklılık gösterir. Kimi toplumlarda ahlak dışı olarak tanımlanan bazı davranış biçimleri, başka toplumlarda bu şekilde görülmeyebilir. Bu bakımdan toplumsal ahlak “belirli bir ülkede, belli bir dönemde toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen ahlak anlayışı”<sup>10</sup> olarak da tanımlanmaktadır.

### III. AHLAK VE HUKUK İLİŞKİSİ

#### 1. Genel Olarak Ahlak ve Hukuk İlişkisi

İnsanları yönlendiren, onlara buyruklar veren ve davranışlarını düzenleyen ahlak ve hukuk kuralları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Her iki kurallar bütünüünün ortak yönleri bulunduğu gibi, aralarında bazı ayrılıklar da söz konusudur. Hukuk ile ahlakın ortak yönlerinin başında hukukun ideali olan “adalet” kavramının ahlaktaki “iyi” kavramıyla olan bağlantısı gelmektedir. Zira hukukun gerçekleştirmek istediği adalet de “iyi”dir ve bu yüzden aynı zamanda ahlaki bir kavramdır. Çünkü adalet de insanla ve onun yetkinliği ile ilgili bir değerdir.<sup>11</sup>

Hukuk ile ahlak arasındaki bu amaç birliğinin neticesi olarak ortaya çıkan ortak yönlerden biri, her iki kavram arasında konu ve muhteva bakımından bir birliğin söz konusu olmasıdır. Nitekim adam öldürme yasağı, hırsızlık yasağı, girilmiş yükümlülüklerin yerine getirilmesi gereği, eşlerin birbirine sadakat borcu gibi buyruklar hem hukukun hem de ahlakın konu ve muhtevası arasında yer almaktadır.<sup>12</sup>

Yine hukuk bireylerin ahlaka uygun kararlar almalarını sağlayacak özgür bir davranış alanı düzenleyerek ahlakın gerçekleşmesine imkan sağlamakta-

(10) GÜRİZ, s. 14.

(11) ÖKTEM-TÜRKBAĞ, s. 56; ARAL Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1991, s. 81.

(12) ARAL, s. 82.

dir. Diğer taraftan ahlak da hukuku desteklemekte ve ona yardımcı olmaktadır. Zira hukuka uygun bir davranış ahlakın da istemidir. Çünkü adalet ve onun gerektirdiği düzen ve insanların barış içinde yaşamaları, aynı zamanda ahlaki bir değer taşımaktadır. Bu nedendir ki, adalete, barış ve düzene yönelmiş olan hukuka saygı gösterilmesini ahlak da emretmektedir.<sup>13</sup>

Bu ortak yönlerin haricinde, hukuk ile ahlak arasında var olduğu belirtilen ayrılıkların başında ise, hukukun dışa, ahlakın içe dönük olması gelmektedir. Hukuk insan fiillerinin dış görünümünü düzenlemekte ve bu fiillerin dış dünyada meydana getirdiği olaylarla ilgilenmekte, buna karşılık, ahlak ise iç fiillerle, insan davranışının psikik yanı ile, düşünce ve zihniyetle ilgilenmektedir. Buradan hukuka uygun bulunan bir fiilin zorunlu olarak ahlaka da uygun bulunmasının gerekmediği sonucu çıkmaktadır.<sup>14</sup>

Hukuk ve ahlak arasındaki ayrılıklardan biri de hukukun yürürlük kaynağının dışta, ahlakın ise içte olmasıdır. Hukuk bireyin dışında ve üstünde, ona yabancı bir iradenin ürünüdür ve hukukta bir dış kanun koyma (heteronomi) söz konusu olup, bu kanun koyma işini yapan devlettir. Buna karşılık ahlak, bireyin kendi vicdanının ürünüdür ve ahlakta bir iç kanun koyma (otonomi) durumu vardır. Ahlak kurallarının, onları koyan bireyin, vicdan ve zihniyetinden başka bir kanun koyucusu yoktur. Bir fiil ve davranışın ahlaki açıdan iyi olup olmadığına karar verme konusunda, yalnızca bireyin kendisi yetkilidir. Hukukun heteronom ve ahlakın otonom oluşunun bir anlamı da, hukukta sorumlu olunan makamın dışta (devlet), ahlakta ise içte (vicdan) bulunuşudur.<sup>15</sup>

Ancak bu ayrımın kesin olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira hukuk heteronom olmasının yanında, iç saikleri, zihniyeti ve ruh durumunu da

---

(13) ARAL, s. 82.

(14) ARAL, s. 71-72.

(15) ARAL, s. 74-75.



dikkate alır. Nitekim hukukta bazı hallerde bir fiilin kasten mi, yoksa tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu mu işlendiği göz önünde bulundurulur, kötü niyet iyi niyete oranla farklı bir değerlendirmeye tabi tutulur.<sup>16</sup> Diğer yandan, ahlak da iç fiillerle birlikte dış fiillere de önem verir. Zira yerine getirilmemiş iyi niyetin insanın kendi vicdanı önünde fazla bir önemi yoktur. Bu bakımdan, zihniyet ahlakının zorunlu olarak davranış ahlakı ile tamamlanması gerekir.<sup>17</sup>

Yine, yalnız ahlak otonom değildir, hukukun da otonom bir yanı vardır. Zira "...hukuk adalet değerine dayalı olmakla, belli bir adalet görüşünü yansıtmakla, anlayışlarına yöneldiği bireylerden kendisinin onanmasını beklemekte ve ancak böylece, belli davranışlar için bir buyruk karakteri kazanmaktadır; yoksa, vicdanen kabule değer olmayan, salt dışarıdan buyurulan bir normun bağlayıcılığı, bireyleri yükümlü kılması, anlaşılabilir."<sup>18</sup>

Uygulanacak yaptırımın şekli bakımından da hukuk ve ahlak arasında bir ayrılık vardır. Hukuk kurallarının bir toplumda uygulanması devlet otoritesi tarafından teşkilatlı ve düzenli bir şekilde güvence altına alınmıştır. Ahlak kuralları ise bu tür bir yaptırıma sahip değildir. Ahlak ilkelerine aykırı hareket eden, örneğin yalan söyleyen bir kimsenin uğradığı ruhsal sıkıntı dışında ona karşı uygulanan kesin ve belirli bir yaptırım biçimi yoktur. Kimi zaman bu kişiye davranışının doğru olmadığı hatırlatılır, kendisine güvenilemeyeceği belirtilir, kimi zaman da kendisi içinde bulunduğu grupla ilişkisini kesmeye zorlanır. Buna karşılık, mahkemede yalancı tanıklık yapan kişiye verilecek ceza kanunda açıkça gösterilmiştir.<sup>19</sup>

---

(16) GÜRİZ, s. 17-18.

(17) ARAL, s. 75-76.

(18) ARAL, s. 76.

(19) GÜRİZ, s. 18.

## 2. Ahlak ve Ceza Hukuku İlişkisi

Ahlak ile ceza hukuku arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Ceza hukuku tarihine bakıldığında önce cezalandırılan fiillerin ahlaka aykırı oldukları görülmektedir. Ancak bu ilişki günümüzde giderek gevşemektedir. Ahlak, insanlar arasındaki ilişkiye dayanan yönü bakımından, ceza hukukunun kaynaklarından birini teşkil etmektedir. Ceza kanunları bazen belirli suçlar bakımından ahlaka atıfta bulunabilirler. Bu hallerde ceza kanununun hükmü bir şekil, kalıp halinde bulunmakta ve bu kalıbın içeriğini ahlak kuralları oluşturmaktadır.<sup>20</sup>

Ceza hukukunun ilişkili bulunduğu alan daha çok ahlakın toplumsal yönüdür. Bireysel ahlak kurallarına uymamak hukuku ve ceza hukukunu ilgilendirmez. Bireylerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini konu edinen ve bu alanda onların hareket tarzını belirleyen toplumsal ahlakın, aynı amacı taşıyan ceza hukuku ile ilgisi bulunması doğaldır. Toplumsal ahlak kurallarının bireylere yüklediği ödevler de ikiye ayrılabilir: Başkalarına iyilik yapma, hayır işleme ve adalet ödevleri. Ceza hukuku, birey için topluma karşı ahlaki ödevler olarak kabul edilen iyilik ve hayır işlerini yapmamayı cezalandırmaz; adalet ödevlerinden sadece yerine getirilmemeleri kamu düzenini bozacak nitelikte olanları cezalandırır. Başka bir anlatımla, hukuk, kamu düzenini bozmadıkça ahlaki kurallara uymamayı cezalandırmaz.<sup>21</sup>

Ahlak ile ceza hukuku arasında bu şekilde bir ilişki bulunmakla birlikte, ceza hukukçuları bu ilişkinin derecesini belirlemede birbirlerinden ayrılmışlardır. Kimi hukukçular ahlaka aykırı fiillerle suçların aynı olduğu görüşünü savunmuşlardır. Bu görüşe göre, ahlaka aykırı her fiil suç teşkil ettiği gibi,

(20) DÖNMEZER Sulhi, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt I, İstanbul, 1997, s. 153-154.

(21) ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 142-143.; İÇEL Kayıhan - DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım I, İstanbul, 1993, s. 18.

suç olan her fiil de ahlaka aykırıdır. Bu görüş bazı sakıncalar taşımaktadır. Zira ahlak kuralları çok fazla olduğundan, bütün bunların suç olarak yasalara sokulması büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu kurallar zamana ve ortama göre değişebildikleri için, ceza hukuku kurallarının da sürekli olarak değiştirilmesi durumu ortaya çıkacaktır. Ayrıca, ahlak kurallarının sayısının çokluğu, suçların sayısının artmasına neden olacağı gibi, suçların kovuşturulmasını da imkansız hale getirecektir. Suçların çokluğu nedeniyle ceza yasasının müdahalesi, bireysel özgürlüğün sınırlanmasına da neden olacaktır.<sup>22</sup>

Bazı hukukçulara göre ise, bütün ahlaksızlıklar suç olmayıp, ancak çok önemli ahlaksızlıklar suç sayılmaktadır. *Jellinek*'in tanımlamasına göre hukuk, devlet tarafından bireylerce uyulması istenen "asgari ahlak"tır. Hukuk kuralları ile ahlak kuralları arasındaki fark, hukuk kurallarının ahlakın yasakladığı fiillerin hepsini değil, fakat toplum içinde bireylerin bir arada yaşayabilmeleri için yeter miktarda olanı yasaklamakla yetinmesidir. Böylece hukuk medeni bir yaşama yetecek oranda asgari ahlaklılığı sağlamak için, en önemli ahlaksızlıkları yaptırım altına almaktadır. Bu görüşe göre, hukuk bir kısım ahlaksızlıklara yabancı kalmakta ve onlara herhangi bir yaptırım uygulamamaktadır. Örneğin, çok zengin bir kişinin fakir bir komşusunun yardım isteğini reddetmesi, kişinin sözünde durmaması hallerinde olduğu gibi. Diğer bazı ahlaksızlıklar ise toplum düzenini daha ağır bir biçimde bozmaları nedeniyle hukukun müdahalesine uğrarlar. Örneğin, borcunu zamanında ödemeyen kişi bunu ödemeye zorlanabilmektedir. Şu halde, hukuka aykırı her fiil, mutlaka cezayı gerektirmemekte, bu fiillere başka yaptırımlar da uygulanabilmektedir. Hukuki yaptırımlarla da önlenemeyen daha tehlikeli fiiller suç sayılmakta ve cezalandırılmaktadır. Örneğin, başkasının malını çalan kimse malı iadeye zorunlu tutulduğu gibi, cezai bir yaptırıma da maruz kal-

---

(22) ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 142-143.



maktadır. Bu görüşü savunan *Bouzat*, ceza hukuku ve ahlaki, *ahlakın daire-si daha geniş olmak üzere, ortak merkezli iki daire* olarak kabul etmiştir.<sup>23</sup>

Ancak bu görüşün her zaman doğru olduğu söylenemez. Zira ceza hukuku ahlaka aykırı sayılmayan fiilleri de cezalandırmaktadır. Örneğin, kendi ülkesi için hayatını tehlikeye atarak bazı sırları elde etmeye çalışan kişinin hareketi, ahlaka aykırı olarak nitelendirilmemesine rağmen, ceza yasaları tarafından suç olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Suç sayılan bütün fiillerin aynı zamanda ahlaksızlık sayıldığı sonucuna ulaşan bu görüş, ahlaksızlık sayılmayan bazı fiillerin de suç sayılmalarından dolayı eleştiriye uğramıştır.<sup>24</sup>

Bu konuda bir diğer görüş ise, ceza hukuku ve ahlak kurallarının ortak ve ayrı sahalarının bulunduğunu kabul etmektedir. Nitekim ceza hukuku tarafından suç sayılarak cezalandırılan birçok fiiller, örneğin adam öldürme, cinsel saldırı, hırsızlık vb. aynı zamanda ahlaksızlık sayılmaktadır. Buna karşılık bazı ahlaksızlıklar ise ceza hukuku tarafından suç sayılmamaktadır. Örneğin, pek yakın akraba arasındaki "fücur" tabir edilen cinsel ilişkiler Türkiye'de büyük bir ahlaksızlık olarak kabul edilmesine rağmen suç sayılmadığı gibi, yakın akraba arasında mal aleyhine işlenen fiiller de ahlaka aykırı olmakla birlikte suç sayılmamaktadır. (765 sayılı TCK m. 524/1; 5237 sayılı TCK m. 167/1). Bunun gibi fahişelik de, genellikle ahlaksızlık sayılmakla beraber, birtakım nedenlerden dolayı devlet tarafından bir meslek olarak tanınmakta ve bazı koşullarla cezalandırılmamaktadır.<sup>25</sup>

Suç sayılmayan ahlaksızlıklar bulunduğu gibi, ahlaksızlık sayılmayan suçlar da vardır. Örneğin, 765 sayılı TCK'nun 543. maddesine göre otelcile-

(23) ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 143-144.; Aynı görüş için bk. İÇEL-DONAY, s. 18.

(24) ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 144-145.

(25) ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 145-146.

rin defter tutmaları ve otele gelen müşterilerinin ad ve kimliklerini deftere yazmaları zorunlu idi. Defter tutmayan otelcilerin fiilleri her ne kadar ahlaka aykırı görülme de, toplumun yararı düşüncesiyle konulmuş olan bu zorunluluğa uymamak cezalandırılmıştır. Aynı şekilde işlenen birçok kabahat (örneğin 765 sayılı TCK m. 549), taksirli suçlar ve siyasi suçlar ahlak kurallarına aykırı olmadıkları halde cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan, ceza hukukunun alanının toplumsal ahlaktan daha geniş olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş, ceza hukuku ve ahlakı, *ortak bir alana sahip olmalarına rağmen, kendilerine özgü alanları da olan, kesişen iki daire* şeklinde kabul etmektedir.<sup>26</sup>

Kanaatimizce ceza hukuku ve ahlak ilişkisini açıklamada en isabetli olan ve çağdaş suç ve ceza politikasına da uygun düşen görüş bu sonucusudur.

#### IV. GENEL AHLAKA KARŞI SUÇLAR

Genel ahlak ve adap ile aile düzeni toplumun temel hukuki menfaatleri arasında önemli bir yer teşkil etmektedir. Kanun koyucular tarafından çeşitli zamanlarda ve toplumlarda bu menfaatlerin korunmasına ihtiyaç duyulmuş, tarih boyunca çeşitli devletler bakımından farklılıklar gösteren bu korunma ile, genel adabın, edep ve iffet duygusunun, cinsel özgürlüğün ihlal edilmemesi ve ailenin toplum içindeki yerinin sarsılmaması için bazı fiiller suç sayılmıştır.<sup>27</sup>

Genel ahlak ve adap ile aile düzenine karşı suçlar mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda zaman içinde değişikliğe uğramışlar, belli süreçlerden

(26) ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 146.; Ceza hukukçusu Garçon da ceza hukuku - ahlak ilişkisini aynı şekilde açıklamıştır. Bk. DÖNMEZER, Nazari ve Tatbiki..., s. 155.

(27) YARSUVAT Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", İÜHFİM, C. XXX, 1964, Sayı 1-2, s. 115.; YARSUVAT Duygun, "Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul, 1977, s. 647.

geçtikten sonra bugünkü noktaya ulaşmışlardır. Bu nedenle genel ahlak kavramının daha iyi anlaşılması bakımından öncelikle genel ahlaka karşı suçların tarihi gelişimi incelenecektir.

## 1. Genel Ahlaka Karşı Suçların Tarihi Gelişimi

### a. Mukayeseli Hukukta

Roma Hukukunda 8. yüzyıla kadar ahlaka karşı işlenen fiillerin cezalandırılması aile reisine ve *ensor*'lara bırakılmıştı. Sonradan evlenmelerin azalması dolayısıyla ahlak ve adabın gevşemesi üzerine, bizzat devletin temellerinin sarsılacağı endişesiyle *Lex Julia de Adulteris* adlı bir kanun çıkarılmış ve zina, evli olmayan bir kadınla cinsel ilişki ve fücür eylemleri suç olarak kabul edilerek cezai müeyyidelere bağlanmıştır.<sup>28</sup> İmparatorluk hukuku tabiata aykırı hareketleri işleyenlere, kadınlara karşı yapılan iffetsiz fiillere nazaran daha ağır cezalar öngörmüş, bazı hallerde ölüm cezasını da kabul etmiştir. Irza geçme ise özgürlüğe karşı bir tecavüz olarak nitelendirilmiştir. Roma hukukunda, İmparatorluğun son devrelerinde profesyonel fahişelik müstakil bir suç olarak cezalandırılmıştır. Bu ticaretin cezası önceleri keyfi olup, kız ve esirleri fuhşa sevk edenler için müsadere, sürgün ve madenlerde çalıştırma cezaları verilmekte iken daha sonraları ölüm cezası hükmolunmuştur.<sup>29</sup>

Tabiata aykırı fiillerin cezalandırılması eski Fransız ve Germen hukuklarında da yer almıştır.<sup>30</sup>

18. yüzyılın yarısına kadar Avrupa ülkeleri mevzuatının ahlak ve adaba aykırı suçlar konusundaki bariz özelliği, mevzuatın dini etkiler altında kalması, yani günah ile suç arasında bir sınır bulunmaması olmuştur. Bunun sonu-

(28) YARSUVAT, *Mukayeseli Hukukta...*, s. 115-116; DÖNMEZER Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım – Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul, 1983, s. 25-26.

(29) YARSUVAT, *Mukayeseli Hukukta...*, s. 116.

(30) DÖNMEZER, *Genel Adap...*, s. 27.



cu olarak günah sayılan fiiller en ağır cezalarla karşılanmış ve kimi zaman evlenme dışı ilişkiler için ölüm cezası verecek kadar ileri gidilmiştir.<sup>31</sup>

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren filozofların etkisi ile toplumsal kanunların bireysel ahlak alanına sızmasına karşı kuvvetli bir tepki belirmiş ve bunun sonucu olarak ahlak ve adaba karşı işlenen suçlar için öngörülen cezaların hafifletilmesi yönünde bir eğilim ağırlık kazanmaya başlamıştır. Doktrin alanında, bu tür suçların devletin bütünlüğünü tehlikeye sokmadığı ve önemli bir kısmının da başkalarına tecavüz içermediği gerekçesi ile mümkün olduğu kadar hafif cezalar verilmesi düşüncesi hakim olmuştur. Bu şekilde başlayan söz konusu akım 19. yüzyılda bir esas haline gelmiş, doktrin ve mevzuatta ahlaka ve adaba aykırı suçların listesi ve cezalandırılması bakımından uyulması gereken esaslar belirlenmiş, hukukun ahlak ve dinden ayrılması sağlanmıştır.<sup>32</sup>

Uzun bir gelişme sonunda ulaşılan bu anlayışa göre, ahlak ve adaba karşı eylemlerin cezai yaptırıma bağlanması için bu hareketlerin; 1) Başkası üzerinde cebir ve şiddetle ya da sahih ve gerçek bir rıza açıklamasına gücü olmayan kimselere karşı işlenmeleri, 2) Fuhşa teşvik niteliğinde olmaları, 3) Aile inancını ihlal etmeleri, 4) Aleni olarak işlenerek herkesin edep ve iffet duygusuna karşı bir saldırıyı belirtmeleri gerekir. Yoksa sadece bireysel ahlaka ilişkin fiiller adaba aykırı fiiller gibi cezalandırılmaz. Böyle olunca cebir ve şiddet olmadan iğfal, sodomi, sevicilik, livatacılık, hayvancılık gibi cinsi sapıklıkların alenen icra edilmedikçe suç sayılmaması gerekir. Buradaki temel düşünce, ahlaka aykırı fiillerin cezalandırılmasının daima ahlak kanunlarına ait bulunduğu, yoksa toplumsal kanunları ilgilendirmediğidir.<sup>33</sup>

(31) DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 28.

(32) YARSUVAT, Mukayeseli Hukukta..., s. 119; DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 28-29.

(33) DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 29.

Bu esaslar 19. yüzyıldan itibaren bütün Avrupa ülkeleri tarafından bütünüyle kabul edilmiş ve uygulanmış olmamakla birlikte, mevzuatı çok önemli bir şekilde etkilemiştir. Söz konusu esaslar 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda en iyi uygulama şeklini bulmuştur. Buna karşılık Almanya, Avusturya, Macaristan ve bazı bakımlardan Anglo-Sakson mevzuatı, bu prensipleri tamamiyle uygulamamışlar ve bireysel ahlaka aykırı bulunan bazı hareketleri mevzuat içinde tutmayı sürdürmüşlerdir.<sup>34</sup>

Genel ahlak ve adaba karşı suçlar açısından, 18. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan ve 19. yüzyılda yerleşen prensipler I. Dünya Savaşını izleyen dönemde de geçerliliğini sürdürmüştür. Ancak II. Dünya Savaşı sonrasında, bütün toplumlarda genel ahlak ve adap kuralları geniş ölçüde gevşemiş, bu suçların pek çoğu yönünden yürürlükteki mevzuat ile gerçek hayat arasındaki ilişki ortadan kalkmıştır. İnsanlar geleneksel ahlak ve edep kurallarına önem vermemeye başlamış ve bu durum kanun koyucular ile uygulamacıları etkilemiştir. Örneğin müstehcenliğe ait hükümlerin batı toplumlarında uygulanmaz hale gelmesi, Almanya ve İsveç gibi bazı ülkelerde müstehcenliğin suç olmaktan çıkarılmasına yol açmıştır. Ayrıca kanunlarda geleneksel olarak cezalandırılan buna benzer bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması ya da çok yumuşatılarak muhafaza edilmesi durumu ortaya çıkmıştır. Batı ülkelerinde yapılan kamuoyu araştırmalarında da fücur, eşcinsellik, sodomi, fuhuş, çocuk düşürme, zina, müstehcenlik ve alenen edebe tecavüz gibi fiillerden önemli bir kısmının suç sayılmaması yönünde bir eğilim ağırlık kazanmıştır.<sup>35</sup>

1964 yılında La Haye'de yapılan 9. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi'nde de sanayi toplumundaki dönüşümler, aile yapısının değişmesi, kadı-

---

(34) DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 29-30.

(35) DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 32-34.

nın dış hayata atılması gibi gelişmeler ve kamuoyunun bilinçlenmesinin etkileri göz önüne alınarak insanların cinsel özgürlükleri ve ceza hukukunun bu özgürlüğe ne ölçüde müdahale edebileceği tartışılmış, toplantı sonucunda, cinsel davranışların topluma ya da kişiye bir zarar getirmesi, zorla ve cebir yoluyla başkalarının cinsel ilişkide bulunmaya mecbur bırakılması, küçük yaştakilerin cinsel eylemlere karışması ya da cinsel ilişkilerin toplum düzenini bozması durumunda ceza normlarının uygulanabileceği düşüncesi genel kabul görmüştür. Bu görüşler ceza kanunlarında da yankısını bulmuş, kanun ile ahlak arasında açık bir ayırımın yapılması zorunluluğunu ortaya koymuştur. Yasama faaliyeti içinde bu yoldaki davranış iki yolda gerçekleşmiştir. İlk olarak, daha önce genel ahlak ve adaba karşı suçların bir cüzü gibi görülen ve fazla önem verilmeyen aileye karşı suçlar, genel adaba karşı suçlardan ayrılmış, bunun dışında kanunlarda "genel adap" gibi ölçütlere dayanmaktan ziyade, "kişi özgürlüğü" ve "cinsel özgürlük" gibi ölçütler esas alınmaya başlamıştır. Birinci duruma örnek olarak yeni İtalyan Ceza Kanunu'nun aile kurumunu genel adaba aykırı suçlardan ayrı olarak ele alıp düzenlemesi gösterilebilir. İsveç Ceza Kanunu ve Alman Ceza Kanunu da ikinci noktaya örnek teşkil eder. Bu kanunlar cinsel nitelikteki fiilleri genel adaptan ziyade "kişinin cinsel özgürlüğüne karşı" işlenmiş suçlar olarak kabul etmiş ve suç teşkil eden fiillerin cezalandırılmasında bu esas temel olarak ele alınmıştır.<sup>36</sup>

### b. Türk Hukukunda

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 1274 (1858) tarihli Osmanlı Ceza Kanunu ile 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda, 19. yüzyılda yaygınlaşan ve mehzaz kanunlara da hakim olan anlayışa paralel olarak, genel ahlak ve adaba karşı suçlara hafif cezalar verilmesini öngören bir anlayış benimsenmiştir.

(36) YARSUVAT, Cinsel Özgürlüğe..., s. 678-679.; Söz konusu kongrede tartışılan konular ve alınan kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. DÖNMEZER Sulhi, "IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar", İ.Ü.H.F.M., C. XXX, 1965, Sayı 3-4, s. 451 vd.



Genel ahlak ve adap ile aile düzenine karşı suçlar 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” başlıklı sekizinci babında düzenlenmiştir. 6 fasıl ve 44 maddeden oluşan bu bapta şu suçlar yer almıştır: Irza tecavüz (414-416), ırza tasaddi (415), hayasızca hareketler (419), fuhuş maksadiyla kadın oynamak (420), söz atma ve sarkıntılık (421), kadın kıyafeti ile kadınların bulunduğu yere girmek (422), evlenme vaadiyle kızlık bozmak (423), müstehcen hareketler (426-428), kadın ve küçüğü kaçırmak ve alıkoymak (429-434), fuhuşa teşvik ve kadın tedariki (435-436), zina (440-441)<sup>37</sup> ve nesep cürümleri (445-447).

Bunların yanı sıra, kanunun “Kabahatler” başlıklı üçüncü kitabında “*Ahlakı Umumiyyeye Müteallik Kabahatler*” arasında kumar (567-570), sarhoşluk (571-575), edebe muhalif hareketler (576) ve hayvanlara kötü muamele (577) eylemleri cezai yaptırıma bağlanmış, ayrıca “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü bapta yer alan 237. maddede de mukayeseli hukukta genel adaba veya aile düzenine karşı suçlar arasında sayılan çok evlilik suçu düzenlenmiştir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yapılırken sekizinci bapta yer alan hükümlerin toplumun ahlak anlayışı ile olan sıkı bağlantısı göz önüne alınarak, diğer suçlardan farklı olarak mehzaz kanunun bu fasıldaki hükümleri aynen iktibas edilmemiş, böylece kanunun toplumsal yapıya uygun olması sağlanmak istenmiştir.<sup>38</sup>

Söz konusu Kanun 2004 yılına kadar pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu süreçte sekizinci bapta da bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bu

(37) Zina suçunu düzenleyen 440. ve 441. madde Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1988 gün ve 3/28 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (R.G. 13.3.1999/23638)

(38) YARSUVAT, Cinsel Özgürlüğe..., s. 648-649.

bapta yer alan suç düzenlemeleri genel olarak aynen muhafaza edilmiştir.

26.9.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç ve ceza düzenlemeleri açısından çok önemli yenilikler getirilmiş ve 765 sayılı TCK'dan farklı pek çok hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede 765 sayılı Kanunun sekizinci babında yer alan suçlar da yeni kanunda kavramsal ve içerik olarak farklı bir şekilde düzenlenmiş, bu bapta yer alan bazı suçlar ile kanunun "Kabahatler" kısmında yer alan bir kısım eylemler suç olmaktan çıkarılmıştır.

5237 sayılı TCK'da çağdaş gelişmelere uygun olarak ırza geçme, ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık suçları "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde (102-105) yer almış, yeni anlayış doğrultusunda söz konusu suçların yöneldiği hukuki değerler dikkate alınarak sarkıntılık, ırza tecavüz ve tasaddi suçları "cinsel saldırı" ve "çocukların cinsel istismarı" başlığı altında, söz atma suçu ise "cinsel taciz" başlığı altında düzenlenmiştir. Yeni kanunda aile düzenine karşı suçlar ayrı bir bölümde yer almış, nesebi değiştirmek suçuna bu bölümde bulunan 231. maddede yer verilmiştir. Kaçırma ve alıkoyma suçları "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümündeki 109. maddede düzenlenmiş, çocuğu terk suçu ise "Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali" bölümündeki 97. maddede hüküm altına alınmıştır.

765 sayılı TCK'nun sekizinci babında yer alan hayasızca hareketler, müstehcenlik ve fuhuş suçları ise yeni kanunda "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmın "*Genel Ahlak Karşı Suçlar*" başlığı altındaki yedinci bölümünde düzenlenmiştir. İnceleme konumuz olan bu bölümde yer alan hayasızca hareketler suçu 225. maddede, müstehcenlik suçu 226. maddede, fuhuş suçu ise 227. maddede hüküm altına alınmıştır. Bu bölümde ayrıca 765 sayılı Kanunda "Ahlaki Umumiyeye Müteallik Kabahatler" arasında yer alan 567. maddede düzenlenen kumar oynatmak suçu da "kumar oynanması için yer ve imkan sağlama" başlığı altında 228. maddede düzenlenmiştir.

Yine 765 sayılı Kanunda "Ammenin Nizamına Müteallik Kabahatler" arasında 545. maddede yer alan küçüklere dilencilik yaptırmak da bu bölümde (229. m.) düzenlenen bir diğer suç olmuştur.<sup>39</sup>

765 sayılı TCK'nun sekizinci babında düzenlenen fuhuş maksadı ile kadın oynatmak, hile ile kadınların yanına girmek suçları ile "Ahlaki Umumiyye-yeye Müteallik Kabahatler" başlığı altında yer alan sarhoşluk ve hayvanlara kötü muamele yeni düzenlemede yer almamış, dolayısıyla suç olmaktan çıkarılmıştır.<sup>40</sup> Edebe muhalif hareketler ise teşhircilik olarak kısmen yeni kanunun 225. maddesinde suç olarak muhafaza edilmiştir.

Görüldüğü üzere, yeni kanunda, daha önce genel ahlak ve aile düzenine karşı cürümler arasında bulunan bir kısım suç düzenlemeleri korunan hukuki yarara ilişkin yeni anlayışa uygun olarak başka bölümlerde düzenlenmiş, böylece genel ahlaka aykırı suçların kapsamı daraltılmıştır.

## 2. Genel Ahlak Kavramı

Genel ahlak kavramı hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da yer almıştır. Ancak her iki kanunda da bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Genel ahlak kavramının açıklığa kavuşturulabilmesi için her iki ceza kanununun düzenleniş şekli, doktrinadaki görüşler ve Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarını incelemek yararlı olacaktır.

(39) 765 sayılı TCK'nun 544. maddesinde düzenlenen "dilencilik yapmak" eylemi ile 568. maddede yer alan "kumar oynamak" eylemi 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmemiş, dilencilik yapmak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 33. maddesi kapsamında, kumar oynamak da aynı kanunun 34. maddesi kapsamında idari yaptırıma tabi tutulmuştur. 5326 sayılı Kanun 30.3.2005 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(40) "Sarhoşluk" eylemi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında idari yaptırıma tabi tutulmuştur.



### a. Türk Ceza Kanunlarında

765 sayılı TCK'nun sekizinci babının başlığında "*adabı umumiye*" (genel adap) kavramı kullanılmış, bu bapta düzenlenen bazı maddelerde suçun teşekkülü için genel ahlak kavramına atıfta bulunulmuştur. "Kabahatler" başlığı altında yer alan üçüncü bapta da "*ahlakı umumiye*" (genel ahlak) ifadesine yer verilmiştir.

Genel ahlak ve genel adap kavramları aynı anlama gelmektedir. Nitekim sözlükte ahlakı umumiye ile adabı umumiye'nin aynı anlamı taşıdığı, adabı umumiye'nin "genel ahlak kaideleri" anlamına geldiği belirtilmiştir.<sup>41</sup>

Sekizinci bapta yer alan suç düzenlemelerinde genel ahlak, edep, iffet ve haya gibi kavramlar kullanılmış olmakla birlikte bu kavramların tanımları yapılmamıştır. Ancak bazı hallerin genel ahlak ve adaba saldırı teşkil edeceği belirtilmiştir. Örneğin 419. maddede alenen cinsel ilişkide bulunmanın "hayasızca hareket" teşkil edeceği ifade edilmiş, 420. maddede "genel adaba aykırı olarak" açık yerlerde fuhuş maksadıyla kadın oynatmanın suç olduğu açıklanmıştır. Müstehcenlik suçuna ilişkin 426-428. maddelerde, halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eden nitelikte "genel ahlaka aykırı" her nevi yayın yapılması, bu tip yayınların teşhir, dağıtım ve satımı ile umuma açık yerlerde bu şekilde konuşmalar yapılması, alenen şarkılar söylenmesi gibi hususların cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Böylece söz konusu maddelerde sayılan eylemlerin suç teşkil etmesi için "genel ahlaka aykırı" olması gerektiği belirtilmek suretiyle bu kavrama atıfta bulunulmuştur.

---

(41) DEVELLİOĞLU Ferit, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, İstanbul, 1998, s. 8-17.

“Kabahatler” bölümündeki 576. maddede de, “edebe muhalif bir surette” halka görünen veya bir yerini gösteren veyahut söz, şarkı ve sair suretle halkın edep ve nezahetine tecavüz eden kimselerin cezalandırılacağı öngörülmüş, maddede belirtilen eylemin kabahat sayılması için “edebe muhalif” olması gerektiği ifade edilmiştir.

5237 sayılı TCK’da yedinci bölümün başlığı “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” olarak düzenlenmekle birlikte bu kanunda da “genel ahlak” kavramının tanımına yer verilmemiştir. Ancak bu bölümde yer alan suç düzenlemeleriyle hangi hallerin genel ahlaka aykırı sayıldığı belirtilmiştir. Böylece hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar ve dilencilik eylemlerinin genel ahlaka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.<sup>42</sup>

Hayasızca hareketler suçunu düzenleyen 225. maddenin gerekçesinde; madde metninde, toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumların suç olarak tanımlandığı ifade edilmiştir.<sup>43</sup> Bu açıklamalar aynı zamanda yeni kanunda “genel ahlak” kavramından neyin kastedildiğini de ortaya koymaktadır.

(42) “Hayasızca Hareketler” suçunu düzenleyen 225. maddede, alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişilerin cezalandırılması öngörülmüştür. “Müstehcenlik” suçuna ilişkin 226. maddede, çocuklara müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi, bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesi, çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde sergilenmesi, bu ürünlerin, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz edilmesi, müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması gibi hususlar suç olarak düzenlenmiştir. “Fuhuş” suçunu düzenleyen 227. maddede, çocukları fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişiler ile erişkin kimseleri fuhşa teşvik eden ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden ya da maddede sayılan bunlara benzer eylemleri yapanların cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. 228. maddede kumar oynanması için yer ve imkân sağlamanın suç olduğu ifade edilmiş, “Dilencilik” suçuna ilişkin 229. maddede ise çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişilerin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu suç düzenlemelerine ilişkin ayrıntılı bilgi ve madde gerekçeleri için bk. MERAN Necati, Gereğçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004, s. 1035 vd.

(43) MERAN, s. 1035.

### b. Doktrinde

Doktrinde genel ahlak kavramının doğrudan bir tanımına rastlanmama birliktelikte bu kavramın anlamına ilişkin değişik açıklamalar yapılmıştır.

*Dönmezer* genel ahlakı "toplumdaki ortak ahlak ve edep kuralları" olarak izah etmiş ve genel ahlaka aykırı suçlar ile "insanlardaki edep ve nezahat duygusunun" korunmak istendiğine işaret etmiştir.<sup>44</sup>

*Yarsuvat*'a göre, (genel) ahlak kavramı belli zaman ve yerde değişken bir fikir ve hareket halini ifade etmekte olup, özellikle cinsel konularda "ahlak" genel bir kavram olarak kullanılır; "edep ve iffet", "ar ve haya duygusu" özellikle cinsel konularda ahlakı tanımlamak için kanunda yer verilmiş kelimelerdir. Genel ahlaka aykırı suçlar da kişinin ahlakı yerine belli bir toplumda, belli bir zaman süreci içinde çoğunluk tarafından kabul edilmiş bir ahlak anlayışını hedef alır.<sup>45</sup>

*Erem* (genel) adabı, "haya duygusunun rencide edilmemesi ve cinsi münasebet ahlakının, hürriyetinin ve emniyetinin zaruri kıldığı hudutlara riayet mecburiyetinin tesis ettiği hukuki-ahlaki nizam" olarak tanımlamıştır.<sup>46</sup>

*Manzini*'ye göre de (genel) adap, "Cinsi ilişkilerin ahlakiliği, serbestliği ve iffet duygusunun dokunulmazlığı için gerekli sayılan sınırlara uyulmasından oluşur. İffetsizce hoşgörü toplumu bozar ve kundaklar; önceleri aile içinde belirmese bile, aile düzenini dolayısıyla ve daima ihlal eder."<sup>47</sup>

*Soyaslan*'a göre ise, belli bir toplumda, belli bir tarihi anda insanlar arasındaki münasebetlerde iyi sayılmayan, cinsel duyguları rencide eden hareket, söz ve fiiller "edebe aykırı hareketler"i oluşturmaktadır.<sup>48</sup>

(44) DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 149-150.

(45) YARSUVAT, Cinsel Özgürlüğe..., s. 648, 663.

(46) EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, Cilt IV, Ankara, 1985, s. 188.

(47) DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 30.

(48) SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1999, s. 324.



Doktrindeki bu görüşler birbirini tamamlayıcı mahiyette olup, genel ahlakın belli bir zamanda ve belli bir toplum tarafından benimsenen ortak edep ve haya (ar) duygusunu ve ortak ahlak anlayışını ifade ettiği, genel ahlaka aykırı suçların da toplumdaki bu duygu ve anlayışları ihlal eden eylemler olarak açıklandığı anlaşılmaktadır.

Doktrindeki tanımlamalarda, genel ahlakın daha çok cinsellikle ilgili boyutunun ön plana çıktığı görülmekte ise de, bunun sebebi söz konusu tanımların 765 sayılı TCK'da yer alan "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar" bölümündeki suç düzenlemelerine ilişkin olarak yapılmış olmasıdır. 5237 sayılı TCK'nun "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" bölümünde yer alan kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (228. m.) ile küçüklere dilencilik yaptırmak (229. m.) suçları da toplumda ahlaken kötü görülmekte olup, bu suçların da toplumun ortak ahlaki değerlerini ihlal etmesi nedeniyle genel ahlak kapsamı içinde mütalaa edilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Nitekim 228. maddenin gerekçesinde, kumar suçuna ilişkin düzenleme yapılırken, kumarın toplumsal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası faciaların göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiş, 229. madde gerekçesinde ise, çocukları, fiziksel veya zihinsel engellileri dilencilikte araç olarak kullanmak suretiyle toplumun diğerkamalık ve acıma duygularının istismar edildiğine ve insanların yoksullara yardım etme yönündeki hasletlerinin zayıflamasına yol açıldığına işaret edilmiştir.<sup>49</sup>

### c. Anayasa Mahkemesi Kararında

Genel ahlak kavramı Anayasa'nın bazı maddelerinde (20/2, 21, 22, 28/6-8, 31/2, 33/3, 34/2) temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması sebepleri arasında sayılmış, ancak Anayasa'da da bu kavramın tanımına yer verilmemiştir.

(49) 228. ve 229. maddelerin gerekçesi için bk. MERAN, s. 1049-1052.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, genel ahlak kavramının, “belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımakta olduğunu” belirtmiştir. (1963/128 E.- 1964/8 K.)<sup>50</sup>

Yüksek Mahkemenin tanımına göre, ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin genel ahlak kavramı içinde değerlendirilmesi için üç ögenin bulunması gerekmektedir. Birincisi zaman ögesidir ve bu bağlamda ahlak kurallarının değişebilirliği söz konusudur. İkinci öge, ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin niceliği, yani toplumun büyük çoğunluğunun göz önüne alınmasıdır. Üçüncü öge ise sübjektif bir unsur olan benimsemedir. Buna göre, ahlak kuralları toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olmalıdır. Bu üç ögeye Anayasa Mahkemesinin tanımından çıkan bir dördüncü ögeyi de eklemek mümkündür. Bu, kolayca anlaşılabilirlik ögesidir. Anayasa Mahkemesi bu ibareyi kullanarak, belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen ahlaki düşüncelerin asgarisine, ilk bakışta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmiştir.<sup>51</sup>

#### **d. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10. maddesinde ifade özgürlüğü, 11. maddesinde ise, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu üç madde çerçevesinde herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne, ifade özgürlüğüne ve barışçıl amaçlarla toplanma özgürlüğü ile, kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da içeren örgütlenme özgürlüğüne sahiptir. Ancak sözleşmede öngörülen bu hak ve özgürlükler, doğal

(50) BULUT Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, A.Ü. Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 32.

(51) BULUT, s. 32-33.

olarak, bazı nedenlere dayanılarak sınırlanabilmektedir. Sınırlama sebeplerinden birisi de "genel ahlak"tır.

Genel ahlakın korunmasına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanının gündemini genelde müstehcen yayınlar işgal etmektedir. Divanın konuyla ilgili açıklaması ilk olarak Handyside kararında ortaya konulmuştur. Handyside davası, Londra'da yayınevi sahibi olan R. Handyside'in iki Danimarkalı'nın yazdığı, öğrenciler için küçük kırmızı kitabı yayınlaması çevresinde gelişen olaylara ilişkindir. Söz konusu kitap eğitim ve öğretim konularıyla ilgili olup bir bölümü cinsel eğitim konusuna ayrılmıştır. İngiliz mahkemelerince, müstehcen yayınlarla ilgili kanunlara dayanılarak kitabın nüshalarına el konulmuş, yayıncıya da para cezası verilmiştir. Yayıncının üst derece mahkemesine yaptığı itiraz, kitabın zararlı yayın olduğu, tamamen ele alındığında onu okuyan gençlerin büyük bölümünde ahlak bozukluğuna ve çöküntüye yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Divan öncelikle ahlaki değerlerin korunması zorunluluğunun zamana ve mekana göre değiştiğini, devletlerin değişen iç hukuklarından tek biçimli bir Avrupa ortak ahlakı kavramının çıkartılamayacağını belirtmiştir. Divana göre her ülkenin ahlaki değerlere yaklaşımı ve konu hakkındaki düşünceleri hızlı bir evrim geçirmekte olup, ahlaki gerekliliklerin kapsamı ve bunları karşılamak için düşünülen müeyyidelerin niteliği bakımından yerel otoriteler, herhangi bir görüşün açıklanmasında uluslararası bir yargıçtan daha elverişli bir konumda bulunmaktadır. Zira, Sözleşmenin devletlere ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi tanıdığını ancak bu yetkinin denetlendiğini belirten Divan, somut olayda ahlaki değerlerin korunmasını, meşru ve haklı bir sebep olarak değerlendirmiş ve Sözleşmeye aykırılığın bulunmadığına karar vermiştir.<sup>52</sup>

---

(52) SUNAY Reyhan, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyeti ve Sınırları, Ankara, 2001, s. 89-90.; BULUT, s. 39-40.



Avrupa İnsan Hakları Divanı başka davalarda da aynı yaklaşımı benimsemiştir. İsviçre ile ilgili bir davada, başvuru sahiplerinin sergiledikleri resimlere el konularak kendilerine ceza verilmesinin Sözleşmeye aykırı olduğunu iddiasına ilişkin olarak, Divan başvuru sahiplerine uygulanan kanun maddesinin “toplum ahlakı” ve “başkalarının haklarının korunması” gibi meşru bir amaçla sevk edildiğini, ayrıca insanlarla hayvanlar arasında cinsel ilişkileri tasvir eden resimlerle verilmek istenen mesajın anlaşılmadığı görüşünü ileri sürmüştür. Divan somut olay açısından, kültürel, sosyal ve dini etkenler yanında resimlerin sergilendiği kantondaki halkın yapısı ve serginin her yaş grubuna açık olması göz önüne alındığında, İsviçre makamlarının aldığı önlemin Sözleşmenin 10/2. maddesine aykırı bulunmadığına karar vermiştir.<sup>53</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme kararlarında da genel ahlakın tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte, ahlakın toplumdaki topluma değişebileceği ve devletlere ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi tanındığı vurgulanmak suretiyle genel ahlak kavramının açıklanmasında önemli bir noktaya işaret edilmiştir.

Mevzuat, doktrin ve mahkeme kararlarına ilişkin bu açıklamalardan sonra, “genel ahlak” kavramını, “Toplumdan topluma ve zamana göre değişebilen, toplumunun büyük çoğunluğu tarafından benimsenen edep ve hayaduygusu ile ortak ahlaki değerler” olarak tanımlamak mümkündür.

### 3. Genel Ahlak Kavramının Yerindeliği

Genel ahlak kavramını bu şekilde açıkladıktan sonra ceza kanunlarında yer alan suç düzenlemelerinde bu kavramın kullanılmasının isabetli olup olmadığı üzerinde de durmak gerekmektedir. Bu konu iki açıdan değerlendirilebilir: Birincisi korunan hukuki değer açısından “genel ahlak” kavramının yerinde olup olmadığı, ikincisi de kavramsal açıdan bu kavramın kullanılması

(53) SUNAY, s. 90-91.

sının isabetli olup olmadığı ve “genel ahlak” kavramı yerine başka kavramların kullanılıp kullanılmayacağı hususudur.

### a. Korunan Hukuki Değer Açısından

Toplumun edep ve haya duygusu ile ortak ahlaki değerlerinin, yani “genel ahlak”ın korunması amacıyla, muhtevaları farklı olmakla birlikte, 765 sayılı TCK’da ve 5237 sayılı TCK’da, bu değerleri ihlal ettiği düşünülen bir kısım eylemler suç sayılmış ve bu suçlar müstakil olarak “genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hususla ilgili olarak, her iki kanunda “genel ahlaka karşı suçlar” bölümünde düzenlenen suçlar dışındaki pek çok suçun da toplumun ortak ahlaki değerlerini koruduğu, bu açıdan ceza kanunlarında ayrıca genel ahlaka aykırı suçlar şeklinde bir bölümün ihdasına gerek olmadığı ileri sürülebilir.

Biz bu düşüncenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Şüphesiz ceza kanunlarında bir kısım suçların “genel ahlaka karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiş olması, sadece söz konusu bölümde yer alan suçların ahlaka aykırılık teşkil ettiği, bunun dışındaki suçların ahlak ile ilgisinin bulunmadığı anlamına gelmez. Genel ahlaka aykırı eylemlerin aynı başlığı taşıyan bölümde sayılan suçlardan ibaret olmadığı doğrudur. Zira ceza kanunlarında sayılan hırsızlık, dolandırıcılık, rüşvet, yalancı tanıklık vs. gibi suçların pek çoğu aynı zamanda ahlaka da aykırı eylemlerdir. Esasen, ceza kanunlarında suç tasnifi yapılırken suç ile korunan hukuki değerler esas alınmış ve buna göre bir sınıflandırma yapılmıştır. Nitekim, belli bir hukuki değer korunması ağır basmakla beraber çoğu zaman her suç “birden fazla hukuki değeri” korumaktadır.<sup>54</sup> Bu bakımdan örneğin hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında öncelikle korunan hukuki değer kişinin mal varlığı olmakla birlikte, başkasının rızası hilafına onun malına el uzatılmamasını öngören ahlak değeri de korun-

(54) SOYASLAN, s. 294.

maktadır. Yine 765 sayılı TCK'da ırza tecavüz, ırza tasaddi, söz atma ve sarkıntılık suçları –kanunun çıkarıldığı dönemdeki hakim düşüncenin etkisiyle- genel ahlak ve adabı koruduğu kabul edilerek “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” bölümünde yer almakta iken, 5237 sayılı TCK'da, bu husustaki çağdaş anlayış doğrultusunda, söz konusu suçların öncelikle kişilere karşı işlendiği ve kişilerin cinsel özgürlüğüne saldırı teşkil ettiği, dolayısıyla korunan hukuki değerın kişinin cinsel dokunulmazlığı olduğu kabul edilmiş ve bu suçlar “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında yer alan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu suçlar ile kişilerin cinsel özgürlüğü yanında genel ahlak ve adabın, dolayısıyla toplumun da korunduğuna şüphe yoktur.

Bu bakımdan, “genel ahlak” kavramının korunan hukuki değer olarak müstakil bir şekilde kanunda yer alması isabetli olmuştur. Yine, kişileri mağdur eden boyutları bulunmakla beraber, ağır basan yönü itibariyle toplumun ahlak, edep ve haya duygularını ihlal ettiği, bu açıdan öncelikli hukuki değer olarak “genel ahlak”ı koruduğu kabul edilen hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar ve dilencilik suçlarının “Genel Ahlak Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmesinde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

### **b. Kavramsal Açıdan**

Genel ahlak kavramı ile ilgili irdelenmesi gereken bir diğer husus da, toplumun haya (ar) duygusu ile edep ve iffetine, ortak ahlaki değerlerine tecavüz niteliğinde olan suçlar için “genel ahlak” kavramının kullanılmasının yerinde olup olmadığı, bu kavramın yerine başka kavramların kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Ahlak felsefesi açısından konuya bakıldığında, ahlakın sınıflandırılmaları arasında genel ahlak kavramının yer almadığı, genel ahlak ve özel ahlak şeklinde bir sınıflandırmanın yapılmadığı görülmektedir. Ahlak kavramı yöneldiği kişi ya da kişiler açısından, yukarıda da açıklandığı üzere bireysel ah-



lak ve toplumsal ahlak şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Yine toplumsal ahlakın, “belirli bir ülkede, belli bir dönemde toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen ahlak anlayışı” olarak tanımlandığına yukarıda işaret edilmiştir.

Genel ahlaka aykırı suçlar açıklanırken, bu suçlar ile bireysel ahlak yerine “belli bir toplumda, belli bir zaman süreci içinde çoğunluk tarafından kabul edilmiş olan bir ahlak anlayışının hedef alındığı” belirtilmiştir. Bu açıklamalardan, genel ahlak ile toplumsal ahlakın aynı anlama geldiği anlaşılmaktadır. Şu halde “genel ahlak” kavramı yerine “toplumsal ahlak” kavramının kullanılması düşünülebilir. Böylece suç tasnifinde de ahlakın sınıflandırılmasına uygun bir düzenleme yapılmış olacağı söylenebilir. Esasen 5237 sayılı TCK’da yer alan “Genel Ahlaka Karşı Suçlar”ın “Topluma Karşı Suçlar” kısmında düzenlenmiş olması da bu suçlar ile ahlakın toplumsal boyutu arasındaki ilişkiyi teyit eder mahiyettedir.

Bundan başka Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi<sup>55</sup> genel ahlak kavramı yerine, yanına herhangi bir nitelendirme sıfatı eklenmeksizin sadece ahlak kavramı konularak, “ahlaka karşı suçlar” şeklinde bir kullanım da söz konusu olabilir. Ceza hukuku bireysel ahlakla ilgilenmediği için, ahlak kavramının kullanılması halinde de genel ahlak ya da toplumsal ahlak kavramı ile kastedilen hususların anlaşılacağı söylenebilir. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinde “Kimsenin özgürlüklerini *ahlaka aykırı* olarak sınırlayamayacağı” ifade edilirken ahlak kavramına atıfta bulunulmuştur. Aynı kanunun 47, 54, 56. ve başka maddelerinde de “ahlaka aykırı” ibaresi yer almaktadır. Yine Türk Borçlar Kanunu’nun 41. maddesinde “*Ahlaka mugayir* bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs...” ifadesi ne yer verilmiş, doktrinde bu maddeye ilişkin uygulamada nazara alınacak ahlakın bireysel ahlak değil, “genel ahlak” olduğu belirtilmiştir.<sup>56</sup>

(55) YARSUVAT, Mukayeseli Hukukta..., s. 121.

(56) OĞUZMAN M. Kemal – ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt II, İstanbul, 1991, s. 49.

Konuya bir diğer açıdan bakıldığında ise, “genel ahlak” kavramının Anayasa’da ve pek çok yasal düzenlemede yer alan, yerleşmiş bir kavram olduğu ve anlamının da anlaşılır bir nitelik arz ettiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen kararında “genel ahlak” kavramının anlamının kolayca anlaşılabilir olduğuna işaret etmiştir. Doktrinde de bu kavramın anlamına ilişkin esaslı bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Türk Hukukunda genel ahlak kavramına yer verilen kanun maddelerine örnek olarak 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 11. maddesi<sup>57</sup>, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 4. maddesi<sup>58</sup> gösterilebilir.

Mukayeseli hukukta da genel ahlaka aykırı suç düzenlemeleri için genel adap (ahlak) kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin İsveç Hukukunda “umumi adap aleyhinde suçlar”, İsviçre Ceza Kanununda “umumi adaba karşı işlenen cürümler”, Fransız Hukukunda “umumi adaba tecavüzler”, Belçika Ceza Kanununda “umumi adaba aykırı fiiller” şeklindeki ibareler belirtilen kanunlarda bölüm başlığı olarak yer almıştır.<sup>59</sup>

Genel ahlak kavramı yerine toplumsal ahlak ya da ahlak kavramlarının kullanılması halinde, bu kavramların da genel ahlak ile aynı işlevi göreceği kabul edilebilirse de, genel ahlak kavramının mevzuatta yerleşik ve anlaşılır bir kavram olması nedeniyle bu kavramın değiştirilmesine gerek bulunmamaktadır.

(57) 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 11 inci maddesinde, polisin, *genel ahlak ve edep kurallarına aykırı* olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlarla bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, *genel ahlak ve edebe aykırı* mahiyetteki film, plak, video ve ses bantlarını yapan ve satanları herhangi bir müraaat veya şikayet olmasa bile engelleyeceği, davranışlarının devamını durdurarak yasaklayacağı öngörülmüştür.

(58) 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 4. maddesinde radyo ve televizyonların uymaları gereken ilkeler arasında *genel ahlaka uygun olmaları* ilkesi de yer almıştır.

(59) YARSUVAT, Mukayeseli Hukukta..., s. 122 vd.

## V. SONUÇ

Tarihin hemen her döneminde ahlak ve hukuk, özellikle de ceza hukuku yakın ilişki içinde olmuştur. Ahlaka aykırı olan pek çok eylemin cezai müeyyidelere bağlandığı, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen pek çok eylemin aynı zamanda ahlaka aykırı olduğu görülmüştür. Bu ilişki çerçevesinde ahlaka aykırı olan bir kısım eylemler ceza kanunlarında öncelikle korunan hukuki değer esas alınarak müstakil suç bölümlerinde düzenlenmiş, bazı suçlar ise toplumun ahlakının korunması amacıyla “genel ahlak” başlığı altında yer almıştır.

Genel ahlaka aykırı suçlarla toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olan edep ve haya duygusu ile ortak ahlaki değerlerin korunması amaçlanmış, bu nedenle ceza kanunlarında ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık, alenen hayasızca hareketler, fuhuş, müstehcenlik gibi suçlar “genel ahlaka karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiştir.

Zaman içinde suç ve ceza politikasında toplumun ahlaki değerleri yerine “kişi özgürlüğü” ve “cinsel özgürlük” korunan hukuki değer olarak ön plana çıkmış, bu gelişmeye paralel olarak önceleri genel ahlaka karşı suçlar bölümünde yer alan suçların bir kısmı başka bölümlerde düzenlenmiş, bir kısmı da suç olmaktan çıkarılmıştır. Böylece ceza kanunlarında “genel ahlak” a karşı suçların kapsamı daralmıştır.

Türk hukukunda 765 sayılı TCK’da “Genel Adaba Karşı Suçlar” ve “Genel Ahlaka Karşı Kabahatler” başlığı altında suç düzenlemeleri yer almış, 5237 sayılı TCK’da da “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlığı altında hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile dilencilik suçları düzenlenmiştir. 765 sayılı kanunda “Genel Adaba Karşı Suçlar” bölümünde yer alan bir kısım cinsel suçların çağdaş anlayış doğrultusunda yeni kanunda “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi isabetli olmuştur. Zira cinsel saldırı fiilleri aynı zaman-



da genel ahlaka aykırı olmakla birlikte, bu suçların öncelikle kişilerin cinsel dokunulmazlıklarına saldırı teşkil ettiği açıktır. Yine, uygulama imkanı olmayan bazı eylemlerin yeni düzenlemede suç olmaktan çıkarılması da yerinde olmuştur.

Bu çalışmada genel ahlak ile toplumsal ahlak kavramlarının aynı anlama geldiği ortaya konulmuştur. Bu nedenle ceza kanununda genel ahlak kavramı yerine toplumsal ahlak kavramının kullanılmasının düşünülebileceği, ya da ahlak kavramının da aynı anlamı ifade edeceği düşüncesiyle, sadece ahlak kavramının kullanılmasının da benimsenebileceği belirtilmiştir. Ancak genel ahlak kavramı Türk hukukunda başta Anayasa olmak üzere pek çok kanunda yer alan, yerleşmiş ve anlaşılabilir bir kavram olduğundan, uygulamada da bu kavramdan kaynaklanan esaslı bir sorun gözlenmediğinden, ceza hukukunda genel ahlak kavramının korunan hukuki değer ve bölüm başlığı olarak muhafaza edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

**KAYNAKÇA**

ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, 1991.

ARTUK M. Emin – GÖKÇEN Ahmet – YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara, 2002.

BULUT Nihat, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, Sayı 1-2, 2000.

DEVELLİOĞLU Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, İstanbul, 1998.

DÖNMEZER Sulhi, "IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXX, 1965, Sayı 3 – 4.

DÖNMEZER Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım – Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, İstanbul, 1983. (Genel Adap...)

DÖNMEZER Sulhi, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım**, C. I, İstanbul, 1997. (Nazari ve Tatbiki...)

ERDEM Hüsamettin, **Ahlak Felsefesi**, Konya, 2003.

EREM Faruk, **Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler**, Cilt IV, Ankara, 1985.

GÜNGÖR Erol, **Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak**, İstanbul, 1998.

GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Ankara, 2003.

İÇEL Kayıhan -DONAY Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım I**, İstanbul, 1993.

KILLIOĞLU İsmail, **Ahlak-Hukuk İlişkisi**, İstanbul, 1988.

MERAN Necati, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2004.

OĞUZMAN M. Kemal – ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Cilt II, İstanbul, 1991.

ÖKTEM Niyazi – TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, 2003.

SEYYAR Ali, "Sosyal Ahlak Nedir?", <http://www.sosyalsiya-set.com/documents/sa.htm>. (Erişim Tarihi: 03.02.2005)

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 1999.

SUNAY Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara, 2001.

YARSUVAT Duygun, "Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, 1977. (Cinsel Özgürlüğe...)

YARSUVAT Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXX, 1964, Sayı 1-2. (Mukayeseli Hukukta...)



## DÜZELTME

“Yargıtay Dergisi”nin Ocak, Nisan 2006, 1-2 sayısında yayımlanan Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi Süleyman ÜNAL’ın “Ticari Defter ve Belgelerin Mahkemeye İbrazı ve TTK Tasarısının Ticari Defterlere İlişkin Düzenlemesi” adlı makalesinin;

Yargıtay Dergisi’nin 177. sayfasının ilk paragrafının 4. satırındaki “704’üncü” rakamı “599’uncu” şeklinde,

182. sayfasının 5. paragrafının 2. satırındaki “II-A, B” rakam ve harfleri “II-B, C” şeklinde olacaktır.

**DÜZELTİRİZ**  
**(YD)**

